

EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Pedro A. Caminos♦

Resumen

Los constitucionalistas, al analizar el control de constitucionalidad, suelen asumir una cierta uniformidad práctica, esto es que siempre que un tribunal ejerce dicho control, está de hecho realizando una misma actividad. El presente trabajo se propone desafiar parcialmente esa asunción, demostrando la diversidad de formas en que se desarrolla el control de constitucionalidad en la práctica. Una vez que se demuestre esa diversidad, el trabajo intentará proponer una manera de conceptualizar el control que haga explícito qué es lo que tienen en común sus diferentes variantes, utilizando la noción de “derrotabilidad de las normas”. La identificación de los rasgos comunes a las variantes del control permitirá discutir cuáles son las normas que regulan el ejercicio del control y cuál es su alcance. Finalmente, en la última sección del trabajo, se sugerirá de qué forma el control de constitucionalidad puede entrar en tensión con el ideal de estado de derecho, cuestionándose así la idea, bastante difundida, de que control de constitucionalidad y estado de derecho constituyen las dos caras de una misma moneda.

1. Introducción: supremacía y control

♦ Abogado (UBA) y Máster en Ciencia Política y Sociología (FLACSO). Profesor Adjunto (i) de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y ex Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

Agradezco a Alejandro Calzetta por haber leído una parte del trabajo y haber realizado valiosos comentarios. Los errores que el lector pueda encontrar en el trabajo me son imputables en su totalidad.

En la literatura constitucional argentina es habitual encontrarse con que el tratamiento del control de constitucionalidad se hace en forma conjunta con el de la noción de supremacía constitucional.¹ Así, por ejemplo, prestigiosos constitucionalistas, como Germán Bidart Campos, sostienen que la doctrina de la supremacía “exige, para su eficacia, la existencia de un *sistema garantista* que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad”² [énfasis añadido]. En forma concordante, Néstor Sagüés afirma que de poco vale el principio de supremacía si no se cuenta con un aparato de control, esto es “una *magistratura constitucional*, que opere como órgano de control, y *procesos constitucionales*, mediante los cuales pueda efectivizarse realmente la superioridad de la constitución, cuando es infringida por normas, omisiones y actos de los poderes constituidos o de los particulares”³ [énfasis añadido]. En esta cuestión estamos, entonces, frente a un auténtico lugar común dentro de la disciplina.⁴

Este relativo consenso merece, sin embargo, algunos comentarios. Por una parte, es necesario clarificar qué clase de exigencia es la que, emanada del principio de supremacía constitucional, permitiría derivar el control (1.2). Por otra parte, como paso previo a ello, sería relevante establecer en qué consiste el principio de supremacía (1.1). Finalmente, y una vez contestados los interrogantes anteriores, restaría analizar de qué forma el control de constitucionalidad cumple con su función de “asegurar” la supremacía constitucional.

1.1 La noción de supremacía normativa

i) El sentido axiológico de la supremacía. El concepto de supremacía normativa, como suele ocurrir en general con las nociones que utilizan los juristas, no está libre de ambigüedades.

¹ Por comodidad, a lo largo del trabajo se hablará de “constitución” o de “derecho constitucional”. Pero tales expresiones deben entenderse como una forma abreviada de referirse no solo a las disposiciones del bloque de constitucionalidad federal (i.e., la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y aquellos que adquirieron jerarquía constitucional posteriormente a través del procedimiento establecido en dicha norma), sino también a las directivas, informes, dictámenes, sentencias y opiniones consultivas emanadas de los organismos encargados de aplicar en sede internacional los tratados enumerados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, además de los criterios jurisprudenciales elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

² Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada* (Buenos Aires: Ediar, 2001), I, 336.

³ Néstor Pedro Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2007), 99.

⁴ Véase Alberto B. Bianchi, *Control de Constitucionalidad* (Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002), I, 163-165; Maximiliano Toricelli, *El Sistema de Control Constitucional Argentino. La Acción Declarativa de Inconstitucionalidad como Mecanismo de Tutela* (Buenos Aires: LexisNexis, 2002), 35; María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (Buenos Aires: La Ley, 2005), 365; Susana G. Cayuso, *Constitución de la Nación Argentina Comentada. Claves para el Estudio Inicial de la Norma Fundamental* (Buenos Aires: La Ley, 2009), 193-195; Gregorio Badeni, *Manual de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: La Ley, 2011), 185.

Afirmar que una norma o un conjunto de normas X es “supremo” puede querer decir muchas cosas. Aquí nos referiremos tan solo a cuatro formas posibles de entender la supremacía.⁵ Por un lado, cuando los juristas afirman que la constitución es la norma “suprema” parecen destacar que ella tiene una enorme importancia desde un punto de vista axiológico. Esto es que, por diversas razones, las normas constitucionales formulan, encarnan o instancian ciertos principios o valores que resultan primordiales o fundamentales. En pocas palabras: una constitución es suprema si y solo si sus normas se hacen eco de tales valores.

Aunque este primer sentido es, ciertamente, muy utilizado, aquí no le daremos mayor importancia pues no parece tener demasiada relevancia para nuestros fines. Ello es así porque, en un nivel intuitivo al menos, la actividad de controlar la constitucionalidad de una norma es independiente de la valoración axiológica que se haga de las normas en cuestión. Un juez puede considerar valiosa una ley que establezca impuestos muy elevados a alguna actividad que sea altamente rentable, pero la declarará inconstitucional de todos modos si ella resulta confiscatoria, aun cuando el juez en cuestión considere que el principio de no confiscatoriedad es completamente disvalioso.⁶

Ciertamente, la evaluación axiológica puede adquirir relevancia en ciertos contextos, como por ejemplo en aquellos casos en los que son dos normas constitucionales las que entran en conflicto. Pero en ese caso la valoración de las normas en juego cobra relevancia precisamente porque ambas tienen una misma jerarquía formal, y por esa razón no es posible establecer cuál de ellas goza de “supremacía” frente a la otra, si no es recurriendo a algún criterio o estándar axiológico. Esto demuestra que el sentido axiológico del concepto de

⁵ La distinción entre los distintos sentidos de supremacía se inspira, aunque en forma algo libre, en el análisis de la noción de jerarquía normativa que efectúan Jordi Ferrer Beltrán y Jorge Luis Rodríguez. Debemos señalar que muchas de las ideas que nutren este trabajo son deudoras de la obra de Ferrer Beltrán y Rodríguez. Véase Jordi Ferrer Beltrán y Jorge Luis Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos* (Madrid: Marcial Pons, 2011), 135-146.

⁶ Para un caso en el que ocurrió algo similar, véase CSJN, “Camuzzi Gas del Sur S.A. c/ Río Negro, Provincia de”, *Fallos* 331:2178 (2008). En dicho caso, una empresa concesionaria del servicio público de gas solicitó la declaración de inconstitucionalidad de una ley de emergencia dictada por la provincia de Río Negro que le prohibía a la empresa cobrar una tarifa por el retiro de medidores, la reconexión del servicio o cualquier otra multa por facturas adeudadas, pese a que el marco regulatorio establecido a nivel federal le permitía percibir tales tarifas. La Corte, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial pero sostuvo en el considerando 11 que “el hecho de que la norma impugnada tenga por objeto reglar una situación particular o ciertos casos determinados de un modo especial no es lo que hace de ella un acto arbitrario o inconstitucional (...) máxime si, como en el caso, lo que se persiguió con su dictado fue brindar protección a usuarios procedentes de un segmento vulnerable de la sociedad rionegrina. Antes bien, su reproche resulta de la improcedencia de legislar del modo en que lo hace la provincia demandada sobre aspectos regulatorios confiados al Gobierno Federal” [énfasis añadido]. Como vemos, la Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma no porque ella no se condijese con ciertos valores que la Corte consideraba importantes (v.gr., la protección de usuarios procedentes de un segmento vulnerable de la sociedad) sino porque ella fue sancionada por quien carecía de competencia para hacerlo.

supremacía constitucional, tal como suele ser usado en el contexto del control de constitucionalidad, juega un rol secundario, aunque pueda ser muy importante en algunas ocasiones. Dado que ese papel se advierte en los contextos de aplicación de las normas, diremos algo más sobre este sentido de la supremacía en el cuarto apartado.

ii) La supremacía de la norma y el carácter soberano de su fuente. En un segundo sentido, se asocia a la “supremacía” de una norma con el carácter soberano que tenga su emisor. Esto significa que o bien no existe ninguna otra autoridad que tenga jurisdicción sobre aquella que crea la norma en cuestión, o bien no existe ninguna otra norma que regule su conducta. La supremacía, entendida en este sentido, posee un carácter relativo, pues ella se predica de una norma en relación a su fuente. Una norma se considerará suprema si y solo si ella emana de la fuente normativa soberana.

La dogmática constitucional tradicional suele dar cuenta de este sentido de supremacía recurriendo a la noción de poder constituyente.⁷ Sin embargo, el concepto de poder constituyente plantea perplejidades que, como señaló Genaro Carrió, resultan muy difíciles de superar.⁸ En efecto, los constitucionalistas caracterizan generalmente al poder constituyente como autónomo y no condicionado, pues su actividad no está subordinada a ninguna regla o norma. Quien ejerce el poder constituyente *es* el soberano, o al menos quien actúa en representación del soberano. Al mismo tiempo, sin embargo, también se considera que aquel que ejerce dicho poder, y sanciona una constitución, está, en algún sentido, *facultado* para actuar de esa manera. El concepto de poder constituyente parece presuponer, entonces, que su titular cuenta con atribuciones o competencias para dictar una constitución.

En términos de Carrió, la descripción anterior del concepto de poder constituyente carece de sentido. Ello es así porque la noción de competencia solo adquiere significación si ella queda comprendida dentro de un determinado marco de referencia normativo. Es una regla o una norma la que le atribuye competencia a un sujeto S para que dicte la norma X. Pero si el poder constituyente se caracteriza, precisamente, por no estar subordinado a ninguna norma,

⁷ Posiblemente, el ejemplo más cabal de esta noción de supremacía pueda encontrarse en Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala (Madrid: Alianza, 1982), 45-52 y 93-107. Para una discusión del concepto schmittiano de poder constituyente, véase Andrés Rosler, “El constitucionalismo político de Carl Schmitt” en *Cuadernos de Derecho Constitucional* 1 (Buenos Aires: Editorial Hydra, 2011), 30-34. Cabe aclarar que el “poder constituyente” al que se alude en el texto es al que habitualmente los constitucionalistas le agregan el adjetivo “originario”, esto es, el que da lugar a una “primera” constitución.

⁸ Véase, Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990), “Sobre los límites del lenguaje normativo”, 241-259.

entonces va de suyo que quien ejerce el poder constituyente no tiene, en verdad, ninguna competencia para dictar una constitución.

Ciertamente, el núcleo del problema yace en la ambigüedad de la palabra “poder”. Por un lado, cuando se dice que alguien “puede” realizar una acción A, se está señalando que el sujeto en cuestión está en condiciones materiales, por tener las suficientes habilidades o por lo que fuera, de llevar a cabo esa acción. Pero, por otro lado, cuando se indica que alguien “puede” realizar una acción A, se está aludiendo al hecho de que existe una norma que le permite a dicho sujeto realizar la acción A. Ocurre, entonces, que alguien puede, de hecho, sancionar una constitución, quizás porque cuenta con el monopolio de la coacción en un territorio determinado, pero de ahí no se sigue automáticamente que pueda dictar una constitución, en el sentido de que tenga competencia para hacerlo: esto es que exista una norma que le confiera dicha atribución.

Esta discusión es relevante para el concepto de supremacía por la siguiente razón. Si las normas supremas son aquellas que emanan de una fuente soberana, entonces o bien no existe tal cosa como una fuente soberana, porque para ser una fuente con aptitud para crear normas se requeriría que otra norma le asigne competencia, en cuyo caso no sería soberana. O bien, si existiese un sujeto creador de normas cuya conducta no esté, a su vez, regulada por normas, no habría posibilidad de identificarlo como tal, pues cualquier sujeto que en la práctica dicte normas y cuente con fuerza para hacerlas cumplir podría ser considerado como soberano. El punto es que este segundo escenario nos arroja a una suerte de estado de naturaleza pues, sin criterios de ningún tipo, no hay forma de establecer cuál de entre los diferentes detentadores del poder real *debe* ser considerado con preferencia al resto, y de asignarle entonces el carácter de soberano.⁹

⁹ Véase Herbert Hart, *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963), 89-97, para una caracterización de ciertas reglas como *constitutivas* del soberano. Por cierto, los criterios en cuestión podrían provenir de una determinada filosofía moral. Véase, en ese sentido, Carlos Santiago Nino, *La Validez del Derecho* (Buenos Aires: Astrea, 1985), “La competencia del constituyente originario y el carácter moral de la justificación jurídica”, 62-67. El punto sigue siendo, en cualquier caso, que para determinar quién es el soberano es necesario recurrir a criterios normativos, así sean morales, jurídicos o de otro tipo. Para establecer si un sujeto S es soberano, debe ser posible determinar si un acto A, ejecutado por S, satisface los requisitos establecidos en una regla R. Si el acto en cuestión es un acto de habla, entonces, para determinar si se trata de un acto de soberanía, resulta relevante analizar la fuerza ilocucionaria de tal acto. A ese efecto es necesario, aunque quizás no suficiente, especificar cuál fue la intención de S al ejecutar A, i.e. si tuvo la intención de actuar como soberano. Dado que una acción es intencional bajo una determinada descripción, solo resulta posible imputarle a S la intención de ejecutar A en su carácter de soberano si, al ejecutar A, cumplió con los requisitos establecidos en R. De otro modo, no tendría sentido realizar una imputación de esa naturaleza. Estas ideas se basan en una cierta interpretación de algunos trabajos de Austin, Anscombe y Raz, aunque no pretendemos atribuírselas, tal cual como las expusimos, a ninguno de ellos. Ver John L. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. Genaro

Por lo tanto, si no existen autoridades soberanas o, en caso de que existan, no es posible identificarlas sin recurrir a normas que les hagan perder su carácter de tales, entonces concebir a la supremacía constitucional como el resultado de que ciertas normas hayan sido creadas por una autoridad soberana resulta también un sinsentido. En consecuencia, descartaremos en lo sucesivo esta forma de entender el concepto de supremacía.

iii) Supremacía como criterio de pertenencia a un sistema. En un tercer sentido, la noción de supremacía parece aludir a la idea de que las normas constitucionales determinan los procedimientos mediante los cuales se promulgarán las restantes normas que pertenecen a un determinado sistema normativo. Muchas veces, refiriéndose a este sentido, los juristas afirman que la constitución es la que establece los criterios de validez de las demás normas del sistema. Hans Kelsen suele ser considerado como uno de los autores que asocia la noción de validez normativa con la de pertenencia de una norma a un sistema.¹⁰ Conviene apuntar, sin embargo, como lo ha hecho ya buena parte de la literatura especializada, que el término “validez” es utilizado en formas diferentes, incluso por el propio Kelsen.¹¹

En general, suele distinguirse entre validez como pertenencia, como fuerza obligatoria y como aplicabilidad. El tercer sentido, el de la aplicabilidad, será analizado en el siguiente apartado. El primer sentido, que es al que nos referiremos en este apartado, postula que una norma es válida con respecto a un sistema normativo si y solo si ella pertenece al mismo. Se trata, como vemos, de una noción relacional.

En el segundo sentido, el concepto de validez es análogo al de obligatoriedad, esto es, una norma es válida si y solo si ella es obligatoria. La fuerza obligatoria de una norma jurídica puede depender de su contenido, verbigracia que ella prescriba una conducta que, a su vez, también resulta obligatoria en virtud de una norma moral. La fuerza obligatoria también puede depender de consideraciones procedimentales: una norma jurídica tendrá fuerza obligatoria si ella es el resultado de un procedimiento que sea constitutivo de la justicia

R. Carrió y Eduardo A. Rabossi (Barcelona: Paidós, 1982), 142-145; Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe, *Intención*, trad. Ana Isabel Stelino (Barcelona: Paidós, 1991), 85-90; 96-98; Joseph Raz, “Intention in interpretation”, en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, ed. Robert P George (Oxford: Oxford UP, 1996), 264-268.

¹⁰ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo (México: UNAM, 1979), 201-202.

¹¹ Véase, por ejemplo, Alf Ross, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” en *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero (México: Fontamara, 1997), 23-26; Eugenio Bulygin, “Tiempo y validez”, *Análisis Lógico y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 195-197; Nino, *La Validez del Derecho* (Buenos aires, Editorial Astrea, 1985), “El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen”, 7-12; Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*, 47-58.

(justicia procesal pura), que garantice la justicia de sus normas (justicia procesal perfecta) o que en forma plausible, nos permita considerar con la mayor probabilidad posible que tales normas son justas (justicia procesal imperfecta). Como fuera, el concepto de validez como fuerza obligatoria no es relacional: la validez de una norma no depende de la contingente pertenencia a un sistema normativo, sino del hecho de que ella sea justa.

La distinción entre validez como pertenencia y como fuerza obligatoria constituye un lugar común de la discusión entre positivistas y antipositivistas. En efecto, los primeros suelen aceptar, y defender, la tesis que sostiene que para identificar cuáles son las normas que integran un determinado sistema jurídico no es necesario analizar si tales normas satisfacen o no algún estándar o criterio de moralidad (i.e., si ellas tienen fuerza obligatoria). Los antipositivistas, en cambio, niegan la plausibilidad de dicha tesis y, en algunos casos, niegan también que ella resulte normativamente justificable.

Más allá de la discusión iusfilosófica, a los efectos de la dilucidación del concepto de supremacía, debe tenerse en cuenta que el sentido de validez como fuerza obligatoria parece colapsar en el sentido axiológico que discutimos más arriba. En efecto, si las normas válidas son las normas obligatorias entonces o bien todas tienen la misma fuerza obligatoria, en cuyo caso no hay jerarquías entre ellas y, por lo tanto, no puede haber normas supremas; o bien algunas resultan “más obligatorias” que otras (suponiendo que tenga sentido afirmar tal cosa), en cuyo caso esa mayor fuerza obligatoria se derivaría necesariamente de una valoración axiológica. Por lo tanto, no es este el sentido que nos interesará analizar aquí.

La validez como pertenencia permite dar cuenta de una de las principales características del derecho moderno, esto es, su carácter dinámico. El derecho es autopoyético pues regula su propia creación o, mejor dicho, su propia modificación. En este sentido, se podría definir a las normas supremas como aquellas que establecen los criterios de pertenencia al sistema, mediante la asignación de competencia a ciertos órganos o personas para cambiar las normas, estableciendo procedimientos que deben ser seguidos por esos órganos o personas para efectuar el cambio normativo, y determinando las materias dentro de las cuales (o con exclusión de las cuales) tales órganos o personas pueden ejercer sus poderes normativos.

Este parece ser un buen criterio para definir la noción de supremacía, aunque presenta algunas peculiaridades que merecen ser destacadas. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que las normas supremas ofrecen los criterios de pertenencia *de las demás normas* del sistema, pero no de ellas mismas. De ese modo, en el momento en que se acaba de sancionar una

constitución, el sistema normativo no nos provee de criterios que nos permitan considerar que esa constitución pertenece al sistema. En consecuencia, dentro de un sistema normativo encontramos normas *independientes*, o sea aquellas cuya pertenencia al sistema no está definida por otras normas del sistema, y encontramos también normas *dependientes*, esto es, aquellas cuya pertenencia al sistema se sigue de los criterios establecidos por las normas supremas.¹² En el momento inicial, entonces, las normas supremas coinciden con las independientes.¹³

Esto nos lleva a la segunda cuestión, relacionada con el carácter dinámico del derecho. En efecto, las constituciones suelen incluir disposiciones que establecen un procedimiento para la reforma del propio texto constitucional. En un trabajo ya clásico, Alf Ross afirmó que no era posible, partiendo de una norma que regula el procedimiento de su propia reforma, derivar la validez de la norma que resulte de ese procedimiento de reforma. Para fundamentar su aserción, Ross sostuvo, por un lado, que una norma que regula su propia reforma es autoreferente, razón por la cual viola un principio lógico que establece que los enunciados que se refieren a sí mismos carecen de sentido. Por otro lado, Ross argumentó que el razonamiento que tuviera como premisa a la norma que establece el procedimiento de reforma y como conclusión a la nueva norma reformada (que también establece el procedimiento de reforma) implicaría un absurdo, porque la premisa y la conclusión resultarían completamente contradictorias pues cada una de ellas regularía el procedimiento de reforma de una manera diferente.¹⁴

Esta segunda objeción de Ross plantea, a los efectos que nos interesa analizar aquí, el siguiente problema. Si una reforma constitucional no puede derivar su validez de las normas constitucionales vigentes en el momento de la reforma, entonces cada reforma implicaría, en verdad, la creación de un nuevo sistema, porque la nueva constitución no pertenecería al

¹² Los especialistas en lógica deóntica aluden también a otro sentido de norma dependiente. En efecto, para esa literatura también son normas dependientes aquellas que sean *consecuencia lógica* de las normas del sistema. Véase, por ejemplo, Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*, 67-85, para una discusión sobre los dos sentidos. Para la noción de consecuencia lógica, véase Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (Buenos Aires: Astrea, 1975), 84-89. Evitaré por ahora, para simplificar la exposición, referirme a este segundo sentido de norma dependiente.

¹³ En esta hipótesis, la regla de reconocimiento hartiana permitiría reconocer a las normas originarias, sin violar la asunción que se hace en el texto. Basta con considerar que dicha regla es externa al sistema lo cual, por otra parte, parece ser consistente con la forma en que el propio Hart veía las cosas. Véase, Hart, *El Concepto de Derecho*, 133-137. La regla de reconocimiento permitiría, entonces, identificar a un sistema mediante el reconocimiento de cuáles son sus normas supremas.

¹⁴ Alf Ross, "Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional" en *El Concepto de Validez y otros Ensayos*, trad. Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdéz, (México: Fontamara, 1993), 43-50.

mismo sistema que la constitución anterior. Esto por un lado parece contraintuitivo aunque, al mismo tiempo, tiene la ventaja de que, de ser así las cosas, el carácter supremo de las normas constitucionales se seguiría siempre del hecho de que ellas son las normas independientes de cada sistema.

En un trabajo seminal, Eugenio Bulygin señaló que el error en el argumento de Ross se encontraba en el hecho de que el autor danés no había incorporado en su análisis el factor tiempo. De ese modo, el razonamiento práctico supuestamente absurdo descrito por Ross no es tal, pues la norma que constituye la premisa y la norma que constituye la conclusión se aplican en tiempos distintos: la primera antes y durante la reforma constitucional, la segunda con posterioridad a ese hecho, y por ese motivo no hay contradicción alguna entre ellas.¹⁵

El análisis de Bulygin, entonces, nos demuestra que las normas constitucionales también pueden ser normas dependientes. Pero si este es el caso, se sigue de allí que las normas constitucionales no podrían ser supremas en el sentido que nos interesa, pues su pertenencia al sistema derivaría de los criterios establecidos por otras normas, i.e. las de la constitución originaria. Esto nos obligaría a admitir que solo la constitución originaria tiene supremacía, lo cual resulta manifiestamente contrario al uso habitual del concepto de supremacía.

Si queremos preservar la conexión entre las nociones de supremacía y pertenencia de las normas a un conjunto normativo, al mismo tiempo que ello nos permita dar cuenta del aspecto dinámico del derecho, debemos refinar nuestro enfoque. Para ello recurriremos a la distinción entre orden normativo y sistema normativo.¹⁶ Un sistema normativo consiste en un conjunto de normas en un momento determinado. Un orden normativo, en cambio, está constituido por una secuencia de sistemas normativos que se suceden a lo largo del tiempo. Dado que cualquier cambio normativo, sea la promulgación de una nueva norma o la derogación de una norma existente, implica *pasar* de un sistema a otro, los criterios de pertenencia a cada sistema no son aquellos vigentes en el sistema en cuestión, sino en el sistema inmediatamente anterior en el tiempo. Verbigracia, si tuviésemos un sistema integrado, en un momento T, por la Constitución y el Código Civil y, en ese momento T, el Congreso sancionase una nueva norma, por caso el Código Penal, entonces tendríamos un nuevo sistema, y la pertenencia del

¹⁵ Bulygin, "Tiempo y validez", 204-210. Para una discusión, véase Nino, *La Validez del Derecho*, "¿Puede un sistema jurídico generar su propia validez?", 79-88.

¹⁶ Dicha distinción está presupuesta en Bulygin en "Tiempo y validez", y fue presentada por primera vez en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, "Sobre el concepto de orden jurídico", *Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía* 23 (1976): 3-23. La forma en que encaramos el problema es deudora del enfoque adoptado por Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*.

Código Penal al mismo dependerá de la Constitución tal como ella estaba vigente en el momento T, con total independencia del contenido de la Constitución en el momento T + 1.

En resumen, todas las normas que regulan los cambios normativos son las que permiten determinar cuándo se pasa de un sistema a otro. En otros términos, tales normas son las que permiten identificar a un sistema como perteneciente a un determinado orden jurídico. Definiremos, entonces, como supremas a las normas independientes del sistema original y, en cada sistema que lo suceda, a las normas independientes que no sean derogadas y a aquellas normas dependientes que sean promulgadas para reformar, modificar o para ocupar el lugar de las normas independientes.¹⁷ Para determinar cuándo se deroga una norma independiente o cuándo se promulga una norma que se agrega a las normas independientes, hay que tener en cuenta el procedimiento establecido en las propias normas independientes a ese fin, o el procedimiento que lo suceda cuando se haya producido la reforma de la norma que regulaba el procedimiento original.

Cabe recordar que las normas independientes establecen los procedimientos para crear a las otras normas, lo que determinará la pertenencia de ellas a los sucesivos sistemas normativos. A estas normas las llamamos normas dependientes. De acuerdo a la definición recién propuesta, las normas dependientes pueden ser, en algunos casos, supremas. Por lo tanto, consideraremos normas dependientes no supremas a todas aquellas que no fueron promulgadas a través del procedimiento previsto para modificar a las normas independientes, o al procedimiento establecido luego de reformar el procedimiento original diseñado para modificar a las normas independientes.

En cada momento, o sea en cada sistema de un orden normativo, existirán normas supremas, pues o bien subsistirán las normas independientes del sistema original, o bien existirán normas dependientes promulgadas para modificar, reformar u ocupar el lugar de las normas independientes. Ahora bien, aunque determinar la supremacía en este sentido resulta relevante para el control de constitucionalidad, para advertir dicha relevancia es necesario entender de qué forma la existencia de normas que determinan la pertenencia de otras normas a un sistema impacta en el razonamiento práctico de un juez. Ello nos obligará a analizar un último sentido de supremacía, relacionado con el concepto de aplicabilidad, para de ese modo tener un panorama completo que nos permita reconstruir tal razonamiento.

¹⁷ La formulación completa de la definición requeriría agregar que también se considerarán supremas a las normas dependientes que vengan a ocupar el lugar de las normas dependientes que hayan ocupado, a su vez, el lugar de una norma independiente.

iv) La supremacía en el contexto de aplicación de normas. Como anticipamos en el apartado anterior, existe un tercer sentido de validez normativa, vinculado a la noción de aplicabilidad. En este tercer sentido, una norma es válida si y solo si es aplicable a un caso. Los teóricos del derecho, sin embargo, suelen distinguir dos nociones de aplicabilidad.¹⁸ Por un lado, una norma es aplicable a un caso concreto si las propiedades presentes en el mismo constituyen una instancia de las propiedades que configuran el caso genérico con respecto al cual la norma correlaciona una determinada solución. A este primer sentido se lo denomina “aplicabilidad interna”. Por otro lado, se dice que una norma es aplicable a un caso concreto si, a su vez, existe otra norma que obliga al juez a aplicarla para resolver el caso en cuestión. Este segundo sentido, denominado “aplicabilidad externa”, presupone la aplicabilidad interna de la norma en cuestión.

Si dos normas son internamente aplicables a un caso, pero cada una de ellas lo correlaciona con soluciones normativas inconsistentes, entonces o bien el juez puede decidir cuál de ellas aplicar, o bien existen criterios que determinen cuál de tales normas deberá ser aplicada en preferencia a la otra. Si este es el caso, entonces dichos criterios explicitan relaciones jerárquicas entre las normas. La norma que gozará de preferencia en su aplicación tiene supremacía respecto de la otra. Los criterios que establecen las jerarquías normativas en el contexto de aplicación son normas que obligan al juez a aplicar esa norma. Por lo tanto, la norma suprema es aquella que resulta externamente aplicable al caso.

Cabe aclarar, sin embargo, que los criterios de aplicabilidad no se refieren solamente a supuestos de normas inconsistentes. En efecto, tales criterios pueden indicarle al juez, por ejemplo, los límites de su competencia material. En ese sentido, tanto la norma del Código Penal que impone una pena por la comisión del delito de lesión culposa como las normas del Código Civil que obligan a una persona que dañe físicamente a otra a pagarle una indemnización, resultan internamente aplicables a un accidente en el cual un automovilista atropella a un peatón, sin que haya tenido la intención de hacerlo. Sin embargo, en Argentina al menos, un juez civil solo puede aplicar las normas pertinentes del Código Civil, mientras que el juez penal puede aplicar las del Código Penal, y eventualmente las del Código Civil si la parte interesada hubiese incoado ante su estrado la acción civil. Esta diferencia se explica

¹⁸ Véase Bulygin, “Tiempo y validez”, 200-204; Pablo Navarro y José Juan Moreso, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía* 5 (1996): 125-128; Pablo E. Navarro et al., “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en *Analisi e Diritto 2000. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*, eds. Paolo Comanducci y Riccardo Guastini (Turín: Giappichelli, 2000), 133-135; Ferrer Beltrán y Rodríguez, *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*, 58-66.

por la existencia de criterios de aplicabilidad que, en el ejemplo, no son otra cosa que las normas que regulan la competencia material de cada uno de esos jueces.

Algo similar puede ocurrir también en aquellos casos en los que la aplicabilidad de una norma no depende de la competencia material de un tribunal, sino de la competencia que se sigue de acuerdo a su nivel jerárquico. Así, por ejemplo, en un sistema de *common law*, un juez de primera instancia puede estar obligado a fallar conforme los precedentes de su tribunal de alzada, pero el máximo tribunal de ese país claramente no está obligado a seguir los precedentes de un tribunal inferior que, por hipótesis, es la alzada de aquel juez de primera instancia. El precedente del tribunal intermedio, entonces, es externamente aplicable para el juez de primera instancia pero no para el máximo tribunal.¹⁹

La existencia de criterios de aplicabilidad también permite descartar una idea que aparece habitualmente en la reconstrucción de la actividad judicial que proponen muchos juristas, a saber, que la solución de los casos debe fundarse en las normas pertenecientes al sistema en el momento en que se resuelve el caso. En efecto, los criterios de aplicabilidad pueden determinar que el juez debe resolver el caso tomando en consideración las normas pertenecientes al sistema que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos del caso. En otras ocasiones, como ocurre con el principio de la ley penal más benigna, las normas con las que el juez debe resolver el caso pueden no pertenecer ni al sistema vigente en el momento en que ocurrieron los hechos del caso, ni tampoco el que esté vigente al momento de dictar sentencia, sino en un tercer sistema ubicado temporalmente en algún momento entre ellos dos.

También es importante tener en cuenta que los criterios de aplicabilidad pueden obligar al juez a aplicar normas que en ningún momento pertenecieron a ninguno de los sistemas que componen el orden jurídico. Ello es lo que ocurre cuando el juez debe resolver un caso aplicando las disposiciones incluidas en un contrato. O en aquellos casos en los que se produce lo que en la jerga del derecho internacional privado se conoce como “reenvío” a las normas que pertenecen al sistema de otro país. Aunque resulta más discutible, podría concebirse también que, en base a algún criterio de aplicabilidad, los jueces deban aplicar normas morales que no pertenecen a ninguno de los sistemas que integran el orden jurídico.

Debe señalarse, por último, que los criterios de aplicabilidad también pueden resultar externamente aplicables. Esto es que existen otros criterios, de orden superior, que determinan

¹⁹ El ejemplo está tomado de Wilfrid J. Waluchow, *Positivismo Jurídico Incluyente*, trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone (Madrid: Marcial Pons, 2007), 63-64.

su aplicabilidad. Obviamente esto plantea un problema conocido. O bien se cae en un regreso al infinito, pues la aplicabilidad de cada orden de criterios exigiría la existencia de otro orden superior, o bien se admite que existen criterios últimos que no son externamente aplicables. Tales criterios últimos sí deben pertenecer al sistema normativo vigente en el momento en que el juez debe resolver un caso.

Cabe destacar que, para establecer esa pertenencia, el juez debe, en última instancia, recurrir a las normas definidas como supremas en el apartado anterior. Por lo tanto, las normas supremas en el sentido (iii) tampoco son externamente aplicables, pues precisamente para identificar a los criterios últimos de aplicabilidad es necesario recurrir a los criterios últimos de pertenencia al sistema. Esto no obsta, sin embargo, a que una vez que estén identificados los criterios de aplicabilidad, uno de estos establezca la obligación del juez de aplicar a las normas supremas en sentido (iii) en la resolución de casos. Esto implica, entonces, que las normas supremas en sentido (iii) configuran, en un primer momento, una herramienta epistemológica, pues le permiten al juez identificar los criterios últimos de aplicabilidad.²⁰ Sin embargo, ellas solo tendrán un papel decisivo en la resolución de un caso judicial si, a su vez, existe algún criterio de aplicabilidad que obligue a los jueces a considerarlas como fundamento para decisiones. Por lo tanto, conviene ahora retomar la discusión sobre las normas inconsistentes y las diferentes formas en que los criterios de aplicabilidad pueden regular tales situaciones.

Así las cosas, podría ocurrir que los criterios de aplicabilidad contenidos en un sistema normativo establezcan que una norma siempre debe ser aplicada en todo caso (con respecto al cual sea internamente aplicable), con preferencia a cualquier otra norma con la que resulte inconsistente. En tal caso, la aplicabilidad de la norma será *inderrotable*. Si no existiese ningún criterio de aplicabilidad que establezca tal cosa con respecto a una norma, entonces puede darse un caso en el cual otra norma tenga preferencia en cuanto a su aplicación sobre aquella. En tal supuesto, la aplicabilidad de la norma será *derrotable*. Las normas cuya aplicabilidad es *inderrotable* son siempre supremas, mientras que aquellas cuya aplicabilidad

²⁰ ¿Por qué un juez debería valerse tanto de las normas supremas en sentido (iii) como de los criterios últimos de aplicabilidad en ausencia de normas que lo obliguen a ello? Como fue sugerido más arriba, la existencia de una regla de reconocimiento no es interna al sistema normativo, sino que es externa a él. Sea que se la interprete derechamente como una norma moral o que se la infiera de una práctica social (y al mismo tiempo se defienda la existencia de un principio que le otorgue valor a las prácticas sociales), solo si se considera a la regla de reconocimiento como una razón para la acción será posible justificar que el juez se base en las normas supremas en sentido (iii) o en los criterios últimos de aplicabilidad. Esta circunstancia, sin embargo, no vuelve externamente aplicables a los criterios últimos de aplicabilidad. Véase Navarro et. al., “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, 150.

puede ser derrotada en ciertas ocasiones lo serán solo en aquellos otros casos en que ellas derroten la aplicabilidad de otras normas, sin ser ellas a su vez derrotadas.

Por último, si no hay criterios de aplicabilidad que permitan resolver un conflicto entre normas inconsistentes, entonces la aplicabilidad de dichas normas no será derrotable ni tampoco inderrotable. Sin embargo, es importante destacar que la derrotabilidad, tal como fue definida, no se agota en la existencia de criterios de aplicabilidad. Una norma inconsistente con otra puede derrotar también en su aplicación a la segunda cuando aquella instancie una razón para la acción (o un balance de razones para la acción) que tenga más peso o fuerza que la razón (o el balance de razones) con respecto a la cual la segunda norma constituye una instancia. Tal como vimos, esto es lo que ocurre en los casos en que se considera que una norma es más valiosa que otra, según algún criterio axiológico, y por lo tanto debe considerarse suprema en relación a la otra. Típicamente esta es la situación que se da en los supuestos de conflictos entre normas constitucionales. En estos casos, si existe una jerarquía inamovible de razones, entonces aquella razón que esté en la cúspide de tal orden jerárquico será inderrotable. Si no hay tal cosa como una jerarquía inamovible, entonces todas las razones revisten un carácter *prima facie*, es decir que son derrotables.

Ambos tipos de derrotabilidad tienen el mismo efecto: la norma derrotada no será aplicada por un juez en la resolución de un caso, mientras que la norma “victoriosa” sí lo será. La diferencia, sin embargo, es sustancial. Si la aplicabilidad de una norma es derrotada por la existencia de un criterio de aplicabilidad, entonces dicha consecuencia se sigue del propio sistema normativo. En el otro supuesto, en cambio, una norma desplaza a otra en virtud de un principio de razonabilidad práctica que exige dar preferencia a las razones que tengan mayor peso. En el primer caso, un juez carece de discreción para determinar cuál norma debe aplicar, pues existe una que es externamente aplicable. En el segundo, tiene discreción en sentido débil, i.e. debe utilizar su juicio para establecer cuál de las dos normas insta a la razón que tenga mayor peso, pues ninguna norma es externamente aplicable.²¹

Por lo tanto, frente a la existencia de normas inconsistentes una autoridad normativa podría: a) derogar una de las normas; b) reformar las normas, determinando que una resulta una excepción de la otra; c) establecer una jerarquía entre ellas, introduciendo en el sistema un criterio de aplicabilidad que le otorgue preferencia a una respecto de la otra; d) introducir en

²¹ Para la distinción entre diferentes sentidos de discrecionalidad, véase Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, trad. Marta Guastavino (Barcelona: Ariel, 1984), 83-94.

el sistema una norma que le otorgue al juez discreción en sentido fuerte para determinar cuál norma aplicar; e) no regular la cuestión en ninguno de los sentidos anteriores, de forma tal que el juez tendrá discreción en sentido débil para determinar cuál de las dos normas se funda en la razón (o en el balance de razones) que tenga mayor peso. Si dos normas inconsistentes fuesen externamente aplicables en base a dos diferentes criterios de aplicabilidad, será necesario recurrir a un criterio de orden superior que adjudique la cuestión. Si no existiera tal cosa, el juez deberá optar por uno de los criterios en forma similar a la descrita en el supuesto e).

Las opciones a) y b) modifican el sistema normativo y tienen un impacto directo en los derechos y obligaciones de las personas sometidas a dicha autoridad. Los supuestos c) y d) modifican el sistema del juez, esto es el conjunto de normas que regulan la conducta de los jueces en tanto jueces.²² Esta distinción demuestra, entonces, que una autoridad puede proveer de razones para la acción a las personas sujetas a su jurisdicción, pero también, a través de los criterios de aplicabilidad, puede proveer a los jueces de razones que les permitan justificar sus decisiones.

Diremos, entonces, que toda norma que sea externamente aplicable y que resulte decisiva para la solución de un caso tiene fuerza institucional.²³ El carácter decisivo dependerá del hecho de que o bien ella sea la única razón externamente aplicable, o bien que ella derrote la aplicabilidad de otras normas externamente aplicables que sean inconsistentes con ella. En este último caso, el carácter decisivo dependerá de la circunstancia de que exista un criterio de aplicabilidad de orden superior que adjudique el conflicto que se plantea entre los criterios de orden inferior que vuelven aplicables a las normas inconsistentes o, si no hay tal criterio de orden superior, que uno de los criterios de aplicabilidad sea una instancia de una razón que tenga más peso que la razón que se instancia en el restante criterio.²⁴ La fuerza institucional

²² Sobre el sistema del juez, véase Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 208-211. Cabe destacar, sin embargo, que la identificación de los criterios de aplicabilidad, aunque atañe principalmente a la determinación de los deberes de los jueces, tiene también un impacto en la identificación de los derechos y obligaciones de los individuos. En ese sentido, véase Navarro y Moreso, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", 131-133.

²³ En general, el término fuerza institucional suele utilizarse para caracterizar a las normas que pueden servir como fundamento para una decisión judicial. En ese sentido, cualquier norma externamente aplicable tendría fuerza institucional. Aquí le agregamos a esa noción el atributo de que la norma en cuestión sea decisiva para la solución del caso.

²⁴ Si hubiese una norma que le otorga discreción al juez para optar por cualquiera de los criterios, entonces dicha norma le otorga fuerza institucional a la decisión del juez, cualquiera que ella sea. Cabe destacar que si las dos normas inconsistentes son externamente aplicables en virtud de criterios de aplicabilidad que instancian sendas razones de igual peso, entonces ninguna de las normas tiene fuerza institucional.

no debe ser confundida con la fuerza obligatoria, aunque ambas pueden coincidir en caso de que la norma que tenga fuerza institucional sea, además, justa.²⁵

De ese modo, en el contexto de la aplicabilidad de las normas, una norma es suprema si y solo si, *con relación a todos los casos* en los que sea aplicable, ella tiene fuerza institucional.

1.2 Supremacía constitucional, rigidez y control.

i) Dos sentidos de supremacía constitucional. En general, suele decirse que la aplicabilidad de las normas constitucionales es inderrotable. Sin embargo, es bien sabido que, en casos de conflictos *entre* tales normas, no es para nada extraño que una derrote a la aplicación de la otra. Por lo tanto, parecería que la aplicabilidad de muchas normas constitucionales, si no de todas, es derrotable. Esto implica, entonces, que tales normas carecerían de fuerza institucional en todos los casos en que resultan aplicables, y por lo tanto no serían supremas en sentido (iv). En general el concepto de supremacía constitucional no busca tanto dar cuenta de las relaciones entre las normas constitucionales entre sí, sino, más bien, de las que existen entre ellas y el resto de las normas. Por lo tanto, postularemos que un determinado orden jurídico tiene supremacía constitucional *en un sentido fuerte* si, en virtud de los criterios de aplicabilidad contenidos en él, existen normas supremas, en el sentido (iii), cuya aplicabilidad es inderrotable frente a cualquier otra norma del sistema que no sea suprema en el sentido (iii). Esto implica que las normas constitucionales tienen una fuerza institucional relativa en todos aquellos casos en los cuales no entren en conflicto con otras normas constitucionales.

Como analizamos en el apartado (iii), en general todo orden normativo incluye sistemas que, a su vez, contienen normas supremas en el sentido allí definido. Por lo tanto, siempre que existan normas que establezcan criterios de pertenencia a un sistema, dichas normas serán supremas *en un sentido débil*.

El sentido fuerte de la supremacía se refiere, en definitiva, a la existencia de normas que vuelvan externamente aplicables a las normas constitucionales. Esto presupone, a fin de cuentas, un sistema de control de constitucionalidad de las normas, pues los criterios de aplicabilidad son normas que, por definición, regulan la actividad judicial. Pero, mientras que la supremacía en un sentido débil parece ser un rasgo necesario de los órdenes normativos, la supremacía en un sentido fuerte parece ser una característica meramente contingente, pues

²⁵ Véase la discusión sobre la noción de fuerza obligatoria de las normas en el apartado (iii).

ella estará presente solo en aquellos sistemas en los cuales existan normas que determinen la aplicabilidad externa de las normas constitucionales, y que además establezcan su inderrotabilidad frente a cualquier otra norma que no sea suprema en sentido débil.

En definitiva, el sentido de supremacía en sentido débil no exige con carácter necesario la existencia de un sistema de control de constitucionalidad. El sentido fuerte de supremacía, a su vez, presupone necesariamente un sistema tal, pues se asume que el orden jurídico contiene normas que obligan a los jueces a aplicar normas constitucionales en la resolución de casos. Es importante destacar, sin embargo, que también es concebible un sistema en el cual las normas constitucionales tengan supremacía en el sentido (iii), resulten externamente aplicables a un caso y que, sin embargo, no exista un criterio de aplicabilidad que les otorgue supremacía en el sentido (iv). Se desprende de ello, entonces, que la supremacía en sentido fuerte presupone la aplicabilidad judicial de las normas constitucionales, pero dicha aplicabilidad no conduce necesariamente a la supremacía en sentido fuerte.

ii) Supremacía constitucional y rigidez. La situación descrita en el párrafo anterior puede ejemplificarse fácilmente con el caso de una constitución que pueda ser reformada a través del mismo procedimiento que una ley ordinaria. En tal supuesto, un juez podría aplicar las normas constitucionales para resolver un caso. Para ello sería necesario que exista una norma que lo habilite a hacer tal cosa. Sin embargo, si el congreso sancionase una ley que contuviera disposiciones inconsistentes con la constitución, sin manifestar que su intención haya sido reformar la constitución, y no existiese ningún criterio en el sistema normativo que determine la preferencia de las normas constitucionales en la resolución del caso, entonces las normas constitucionales serán supremas en sentido (iii). Esto es así pues permiten identificar a la ley como perteneciente a un sistema que integra el orden jurídico, y tanto las normas de la constitución como las de la ley son, por hipótesis, externamente aplicables en la solución del caso; pero, al no existir un criterio que le otorgue fuerza institucional a la constitución, el juez podría darle preferencia a la aplicación de la ley.

¿Se sigue de dicho argumento que existe una conexión necesaria o conceptual entre la supremacía en sentido fuerte de una constitución y su rigidez? Muchos constitucionalistas parecen pensar que la respuesta a tal interrogante es afirmativa. Así, por ejemplo, Néstor Sagüés afirma que la rigidez significa que una constitución no puede ser reformada por el mismo procedimiento que una ley ordinaria, en cuyo caso “la constitución rígida es *superley*,

y adquiere *supremacía*²⁶ [énfasis añadido]. En esta concepción, la supremacía sería una consecuencia de la rigidez.

Tal forma de encarar las cosas, sin embargo, es errada. La inmodificabilidad de las normas constitucionales no explica el carácter supremo de la constitución. En efecto, que una constitución pueda o no ser reformada no tiene ninguna incidencia en el sentido débil de supremacía. Ello es así porque las normas que permitan determinar la pertenencia de las otras normas a un sistema que integra un orden jurídico se consideran supremas. El procedimiento de reforma de la constitución tendrá una eventual incidencia para establecer, precisamente, la identidad de las normas que se consideran supremas. Evidentemente, no prever un mecanismo especial de reforma constitucional puede llevar a que sea muy difícil en la práctica distinguir a las normas supremas en sentido débil de las que no lo son. Pero dicha dificultad epistemológica no debe ser confundida con imposibilidad conceptual.

La inmodificabilidad de la constitución, a su vez, tampoco explica el carácter supremo en sentido fuerte de las normas constitucionales. Una vez determinadas cuáles son las normas supremas en sentido débil, la supremacía fuerte sencillamente alude al hecho de que existe una norma que obliga a los jueces a aplicar aquellas normas para la resolución de casos y que, además, ellas tienen siempre fuerza institucional en cualquier caso en el cual no resulten externamente aplicables otras normas constitucionales con las que sean inconsistentes. Si no se dan estas condiciones, una constitución puede ser irreformable, y aun así no tendrá supremacía en sentido fuerte. Por lo tanto, no existe ninguna conexión necesaria entre la supremacía de una constitución y su rigidez.

1.3 Supremacía y control: una reconstrucción del razonamiento práctico judicial

Como vemos, la existencia de un mecanismo de control de constitucionalidad no es el resultado necesario de la existencia de una constitución escrita y rígida. Más bien, la opción por un sistema tal es un resultado contingente, explicable en términos históricos por las consideraciones políticas que guiaron a los actores que diseñaron los respectivos esquemas institucionales. Es dicho carácter político el que motiva el debate en torno a lo que, al menos desde la década del sesenta del siglo pasado, se conoce como la objeción contramayoritaria al

²⁶ Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, 52-53. Aunque en forma un poco menos categórica, otros autores defienden una posición similar. Véase, por ejemplo, Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada I*, 335-336.

control judicial de constitucionalidad.²⁷ En verdad, tirios y troyanos parecen intercambiar argumentos respecto de si existen buenas razones para contar con un mecanismo de control de constitucionalidad y, en su caso, qué alcance o extensión debe tener tal mecanismo.

Si bien en el último apartado del presente trabajo diremos algo con respecto a la plausibilidad normativa del control de constitucionalidad, creemos que, en términos metodológicos, es importante primero entender de la mejor manera posible en qué consiste el control, cómo funciona en la práctica y reconstruir el razonamiento práctico implicado en su ejercicio. La reconstrucción de tal razonamiento debe seguir de cerca las prácticas concretas mediante las cuales el control de constitucionalidad se desarrolla en cada país. Adoptar esa perspectiva metodológica permitirá solucionar muchos de los malentendidos que aparecen implicados en la discusión sobre el control.

En ese sentido, la explicación desarrollada en las páginas anteriores respecto del concepto de supremacía nos permitirá contar con un instrumental analítico lo bastante potente como para acercarnos al análisis del funcionamiento del control de constitucionalidad en la Argentina. De ese modo, procuraremos demostrar que los jueces cuando dicen ejercer dicho control realizan, en verdad, diferentes actividades.

2. Las variedades de control

2.1 La concepción de la inconstitucionalidad como inconsistencia lógica

²⁷ Véase la obra clásica de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven: Yale University Press, 1986), 16-23. Para algunas obras relevantes en el debate posterior, véase John Hart Ely, *Democracia y Desconfianza. Una Teoría del Control Constitucional*, trad. Magdalena Holguín (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997); Bruce Ackerman, *La Política del Diálogo Liberal*, trad. Gabriela L. Alonso (Barcelona: Gedisa, 1999), 145-215; Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, trad. Roberto P. Saba (Barcelona: Gedisa, 2003), 258-295; Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo (Madrid: Trotta, 2005), 311-361; Bruce Ackerman et. al., *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991); Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial* (Buenos Aires: Ariel, 1996); Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996), 1-38; Juan Vicente Sola, *Control Judicial de Constitucionalidad* (Buenos Aires: LexisNexis, 2006); Jeremy Waldron, *Derecho y Desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga (Madrid: Marcial Pons, 2005), 251-372. Para dos aportes más recientes al debate, ver Wilfrid J. Waluchow, *Una Teoría del Control Judicial de Constitucionalidad basada en el 'Common Law': Un Árbol Vivo*, trad. Pablo de Lora (Madrid: Marcial Pons, 2009); Richard Bellamy, *Constitucionalismo Político. Una Defensa Republicana de la Constitucionalidad de la Democracia*, trad. Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz (Madrid: Marcial Pons, 2010).

De acuerdo con una concepción tradicional sobre el control de constitucionalidad, una norma es inconstitucional si su contenido resulta lógicamente inconsistente con el de otra norma de jerarquía superior a ella. Esta posición fue defendida por Hamilton en el número setenta y ocho de *El Federalista*, cuando afirmó que la independencia del poder judicial era esencial en un régimen constitucional que impusiera límites al poder legislativo. Hamilton indicó que dichas limitaciones “solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos a todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta”²⁸.

Por cierto, las palabras de John Marshall en su famosa opinión en el caso *Marbury v. Madison* parecen apuntar en el mismo sentido. En efecto, para Marshall un conflicto constitucional se reduce a la siguiente situación: “Entonces, si una ley fuese contraria a la Constitución, y si tanto la ley como la Constitución resultasen aplicables a un caso particular, de modo tal que la Corte debiera o bien decidir el caso de conformidad con la ley, dejando de lado la Constitución, o bien de acuerdo con la Constitución, descartando la ley, entonces la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto gobierna el caso. Tal es la esencia de la función judicial”²⁹ [traducción propia].

En ese sentido, una respetable tradición dentro del derecho constitucional, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina, sostiene que una norma solo puede ser declarada inconstitucional si el legislador hubiese cometido un error claro y evidente.³⁰ Esta visión, al igual que las de Hamilton y Marshall, presupone entonces que el control de constitucionalidad se reduce a encontrar inconsistencias entre normas, que deben ser lo suficientemente obvias como para estar más allá de “cualquier discusión racional”.

Ahora bien, ¿qué se entiende por normas inconsistentes? Si una norma N1 correlaciona un caso C con una solución S1, tal que si ocurre un evento que sea una instancia de C, entonces, por ejemplo, una persona deberá pagarle a otra una indemnización, dicha norma resultará inconsistente con otra norma N2 que correlacione al caso C con una solución S2 tal que frente

²⁸ Alexander Hamilton, “El Federalista, 78”, en Alexander Hamilton et al., *El Federalista*, trad. Gustavo R. Velasco (México: Fondo de Cultura Económica, 2001), 331.

²⁹ “Marbury v. Madison”, 5 US 137 (1803), 178: “So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty”.

³⁰ Véase James Bradley Thayer, “The origins and scope of the American doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 7 no. 3, (October 1893):129.

a dicho evento, para esa misma persona resultará facultativo pagarle a la otra la indemnización. Las normas son inconsistentes porque una (N1) obliga a pagar una indemnización, mientras que la otra (N2) faculta a dicha persona tanto a pagar como a no pagar la indemnización.

Esta concepción, sin embargo, presenta varias dificultades derivadas de su excesiva simpleza e ingenuidad cuando se la pretende aplicar al derecho constitucional. Como una objeción general podemos señalar, en primer lugar, que el control de constitucionalidad no es simplemente una búsqueda de normas inconsistentes. Se trata, en verdad, de una práctica mucho más compleja. Esa complejidad queda evidenciada, en segundo lugar, por el hecho de que el control de constitucionalidad no se reduce a una labor “destruktiva”, sino que tiene una dimensión “constructiva”. No se trata solo de declarar la inconstitucionalidad de normas inconsistentes con la constitución, sino también de escoger entre diferentes interpretaciones posibles de las normas infraconstitucionales o, en su caso, de determinar el alcance de las propias normas constitucionales. Se sigue de ello, entonces, que la circunstancia de que el juez no declare en una sentencia la inconstitucionalidad de norma alguna no quiere decir que no haya ejercido el control de constitucionalidad. Finalmente, aun en aquellos casos en los que sí se declara la inconstitucionalidad de una norma, esa declaración no se fundamenta necesariamente en una inconsistencia como la que presupone la concepción tradicional, sino que puede derivarse de otras dificultades.

Para clarificar la cuestión, podemos proponer una distinción entre: i) normas que otorgan competencia a una autoridad para crear normas, ii) normas que regulan procedimientos para crear normas, iii) normas que establecen las materias o contenidos dentro de los cuales (o con exclusión de los cuales) la autoridad podrá crear normas.³¹

La Constitución Nacional Argentina (CN), por ejemplo, le otorga competencia al Presidente para concluir y ratificar tratados internacionales (i). Tales competencias no están sujetas a un procedimiento demasiado específico. Sin embargo, la ratificación de un tratado requiere que el Congreso previamente haya aprobado el tratado en cuestión (ii). Finalmente, en virtud del artículo 27 CN, los tratados no pueden contravenir “los principios de derecho público” establecidos en la Constitución, de forma tal que el Presidente solo puede ratificar tratados que satisfagan esa conclusión (iii).

³¹ Véase Juan Ruiz Manero, “Una tipología de las normas constitucionales”, en *Fragments para una Teoría de la Constitución*, eds. Josep Aguiló Regla et al. (Madrid: Iustel, 2007), 103-107.

La concepción tradicional solo resultaría aplicable con claridad al supuesto (iii), pues en ese caso sería necesario comparar el contenido del tratado con los principios de derecho público consagrados por la Constitución para detectar la existencia de inconsistencias. Pero en los supuestos (i) y (ii) el contenido del tratado es indiferente para establecer si el mismo es inconstitucional o no. Si quien ratifica el tratado es el Ministro de Relaciones Exteriores, sin que exista ninguna norma del Presidente en ese sentido, entonces se viola el requisito (i). Y si el Presidente intenta ratificar un tratado que no haya sido aprobado por el Congreso, entonces se viola el requisito (ii). En ninguno de estos supuestos, sin embargo, la inconstitucionalidad se deriva de una inconsistencia como la que describe la concepción tradicional.

En este apartado analizaremos, en forma para nada exhaustiva, distintos supuestos en los que se ejerció el control de constitucionalidad para ejemplificar la diversidad de formas que asume el control en la práctica.³²

2.2 Control sobre la reforma constitucional: el caso *Fayt c. Estado Nacional*

Como explicamos, las normas supremas de un sistema se definen, en el sentido (iii), por el hecho de ser ellas las que establecen los criterios de pertenencia de las normas a un sistema que forma parte de un orden jurídico. Sin embargo, también dijimos que, dejando de lado el caso de las normas originarias, las normas supremas también pueden tener un carácter derivado. Esto implica que para establecer si una norma N es suprema, entonces ella o bien es una norma originaria o bien es una norma derivada que ocupa el lugar de una norma originaria, y que fue creada satisfaciendo los criterios de pertenencia vigentes al momento de su sanción. Si, como vimos también, las normas supremas en sentido (iii) resultan externamente aplicables, entonces un juez puede aplicarlas para resolver un caso.

Una situación de estas características tuvo lugar en el caso *Fayt*³³. La Constitución Nacional, antes de la reforma de 1994, establecía varias garantías concebidas para proteger la independencia del poder judicial frente a los restantes poderes. Una de tales garantías era la de la inamovilidad. En virtud de la misma, los jueces debían permanecer en su cargo mientras mantuviesen una “buena conducta”. Por cierto, los jueces podían retirarse voluntariamente, en caso de renuncia o de que decidieran jubilarse, y en los supuestos en que no existiese esa

³² Para un trabajo en el que se analizan diferentes los diferentes criterios o *tests* que utiliza la Corte Suprema cuando ejerce el control de constitucionalidad, véase Mariano Florencio Grondona, “Exámenes de Constitucionalidad”, *La Ley D* (2004): 1235;1245 (*LL*, 2004-D-1235,1245).

³³ CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional”, 1999, *Fallos* 322:1641.

buena conducta (la determinación de tal circunstancia requería de la sustanciación de un juicio político). La reforma de 1994, sin embargo, sin modificar expresamente la disposición que establecía la garantía de la inamovilidad, incluyó una cláusula en el texto de la Constitución en virtud de la cual los jueces federales, al cumplir los setenta y cinco años de edad, requerían del otorgamiento de un nuevo acuerdo por parte del Senado para permanecer en sus funciones. Además, dicho acuerdo debía ser renovado cada cinco años a partir de los setenta y cinco.

Carlos Fayt, juez de la Corte Suprema que ya tenía setenta y cinco años al momento en que entraron en vigencia las modificaciones introducidas por la reforma de 1994, interpuso una acción declarativa de certeza para que se determine si, en su caso, era necesario el otorgamiento del acuerdo previsto en la reforma o, en cambio, si su situación seguía estando regulada por el régimen previo que no preveía tal requisito. Fayt obtuvo sentencia favorable en las instancias inferiores, lo que motivó la interposición de un recurso extraordinario por parte de la demandada.

En lo que aquí interesa la Corte Suprema declaró la nulidad de la nueva regulación introducida por la reforma de 1994. Para ello, sostuvo que las facultades de la convención reformadora están limitadas jurídicamente por otras normas, entre ellas por la ley de declaración de necesidad de la reforma. Tal limitación se funda, a su vez, en el artículo 30 CN. Aquella ley establecía cuáles eran las *materias habilitadas* con respecto a las cuales la convención podía decidir introducir reformas. A juicio de la Corte, la ley que declaró la necesidad de la reforma no había habilitado a la convención a modificar los alcances de la garantía de la inamovilidad de los jueces. Dado que la nueva disposición incluida por la convención alteraba el contenido de dicha garantía, pues establecía una nueva causal por la cual los jueces podían ver obstaculizada su continuidad en el cargo por razones ajenas a su voluntad sin que se alegase su mal desempeño, la Corte estimó que la convención había actuado fuera de su ámbito de competencia.

En resumen, la Corte confirmó la sentencia de la instancia inferior que había hecho lugar a la demanda interpuesta por Fayt. Como vemos, la Corte utiliza las normas supremas en sentido (iii), en este caso el artículo 30 CN, para determinar si la modificación introducida en 1994 a la garantía de la inamovilidad de los jueces, plasmada en el artículo 99.4 CN, pertenece o no al nuevo sistema normativo existente con posterioridad a la reforma. La respuesta a tal interrogante resulta negativa: el artículo 99.4 CN no satisface los criterios de pertenencia al

sistema. Sin embargo, para que la demanda interpuesta por Fayt resulte procedente, es necesario agregar, además, que los tribunales, en el momento de resolver casos, pueden aplicar las normas constitucionales. Por lo tanto, la invocación del artículo 30 CN permite fundamentar la solución dada al caso: las modificaciones efectuadas sobre normas que integren las materias que no fueron habilitadas en la ley de declaración de necesidad de la reforma *no deben* ser aplicadas por los jueces. El artículo 99.4 CN, entonces, es inválido en un doble sentido: por un lado, no pertenece al sistema jurídico que tuvo lugar después de la reforma, mientras que por el otro lado, resulta inaplicable para los jueces en la solución de casos. El artículo 30 CN no opera en el caso *Fayt* solamente como un criterio de pertenencia al sistema, sino también como un criterio de aplicabilidad, pues determina la inaplicabilidad de la modificación normativa.

2.3 Federalismo (I)

La Constitución establece una distribución de competencias entre dos órdenes de gobierno, el federal o nacional, por un lado, y el local o provincial, por el otro. Una clasificación completa de las diferentes competencias atribuidas a cada nivel de gobierno excede los objetivos de este trabajo. Aquí será suficiente demostrar cómo opera el razonamiento judicial en, al menos, dos situaciones relevantes. Una de ellas tiene lugar cuando uno de los niveles de gobierno ejerce competencias que están asignadas en forma exclusiva al otro. En el otro supuesto, que analizaremos en el siguiente apartado, uno de los órdenes de gobierno ejerce una competencia que tiene asignada pero, al hacerlo, interfiere indebidamente con las competencias atribuidas al otro nivel.

El caso *Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c. Provincia de Santa Fe*³⁴ constituye un ejemplo del primer supuesto. La provincia de Santa Fe había dictado una ley mediante la cual se estableció una cantidad máxima de horas de trabajo semanales para las personas que trabajasen en relación de dependencia. Una sociedad comercial interpuso una acción declarativa de certeza, solicitando se declare la inconstitucionalidad de dicha ley. La Corte, que entendió en la causa en forma originaria, hizo lugar a la pretensión de la accionante y declaró que la ley provincial era, en el punto cuestionado, inconstitucional pues, a juicio del tribunal, la cantidad de horas de trabajo configura un elemento esencial de la relación laboral y, por lo tanto, la regulación de dichos aspectos recae exclusivamente sobre el Congreso de la

³⁴ CSJN, “Fábrica Argentina de Calderas S.R.L. c/ Provincia de Santa Fe”, 1986, *Fallos* 308:2569.

Nación que tiene asignada la competencia para dictar normas sustanciales sobre derecho del trabajo, competencia esta, a su vez, cuyo ejercicio la Constitución le prohíbe expresamente a las provincias. En este caso, tanto el artículo 75.12 CN, que le confiere competencia al Congreso de la Nación para dictar las “normas de fondo”, entre las que están las de derecho del trabajo, como el artículo 126 CN, que le prohíbe a las provincias dictar “normas de fondo”, operan como criterios de aplicabilidad que vuelven inaplicable la norma provincial.

2.4 Federalismo (II)

En determinadas circunstancias ocurre que una provincia ejercita una atribución que sí tiene constitucionalmente asignada, pero puede plantearse un caso concreto en el cual su aplicación resulte inconsistente con la aplicación de una norma federal, que el Congreso de la Nación dictó también en ejercicio de las competencias que le otorga la Constitución. Una situación de esta naturaleza se planteó en el caso *Boto, Armando c. Obra Social Conductores de Transporte Público de Pasajeros*³⁵.

En dicha oportunidad, la provincia de Buenos Aires dictó una ley que establecía honorarios mínimos para los médicos que se desempeñaran en relación de dependencia dentro del territorio provincial. En precedentes anteriores, la Corte Suprema había determinado que el dictado de tales normas por parte de las provincias constituía un ejercicio válido del poder de policía que se habían reservado los gobiernos locales para regular las profesiones liberales, sin que obstara a ello el hecho de que los profesionales en cuestión trabajasen en relación de dependencia. Un médico que trabajaba para una obra social inició un reclamo judicial por diferencias salariales, solicitando que se condenara a su empleador al pago de la diferencia existente entre las sumas efectivamente abonadas y las que debería haber recibido en virtud de la aplicación de la ley local.

En las instancias ordinarias, se hizo lugar a la demanda. Disconforme, la accionada interpuso un recurso extraordinario federal. La Corte hizo lugar al recurso y revocó la sentencia del inferior. Para decidir de esa manera el Tribunal recordó que las provincias podían legítimamente regular los aranceles y honorarios de los profesionales liberales, aun cuando éstos trabajasen en relación de dependencia. Sin embargo, en el caso particular, la demandada era una obra social, entidades estas reguladas por sendas leyes federales dictadas por el

³⁵ CSJN, “Boto, Armando c/ Obra Social Conductores de Transporte Público de Pasajeros”, 1997, *Fallos* 320:786.

gobierno federal en ejercicio de las competencias asignadas por el art. 75 inc. 18 CN, esto es, el poder de policía de bienestar. Frente a este contexto, la Corte afirmó que la aplicación de una norma provincial dictada dentro de los poderes constitucionalmente asignados a la provincia no debe resultar incompatible con la aplicación de una norma dictada por el gobierno federal dentro de los poderes constitucionalmente asignados al gobierno federal.

El Alto Tribunal sostuvo que la aplicación de ambas normas al caso resultaba incompatible, pues la ley de obras sociales establece que ellas se financian con aportes que realizan sus afiliados en todo el país, al tiempo que están obligadas a tener una administración centralizada de sus recursos. Las remuneraciones de los médicos forman parte de su estructura de costos y si se aplicase la norma de la provincia de Buenos Aires, ello implicaría un incremento general de los costos de la obra social demandada en un distrito en particular, el cual deberá ser solventado con los aportes provenientes de los afiliados que viven en otras provincias. La Corte entendió que esta situación se traduciría en una interferencia indebida de la norma local con los fines federales que persiguió el Congreso Nacional al crear un sistema de obras sociales. Por lo tanto, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial.

Como vemos, en este caso la norma dictada por la provincia de Buenos Aires satisface los criterios de pertenencia, pues ella fue sancionada dentro del ámbito de competencias propio del gobierno local, pero, en cambio, no satisfizo los criterios de aplicabilidad: aunque la norma provincial, como principio, es constitucional, no lo es su aplicación a las obras sociales reguladas por una ley federal. Esto diferencia a casos de este tipo de los casos del estilo de *Fábrica Argentina de Calderas*. En este último precedente, la inconstitucionalidad de la norma se sigue de la total carencia de atribuciones para dictarla.

2.5 Derechos constitucionales

Hasta ahora, nos venimos moviendo en el ámbito de la distribución de competencias. Sin embargo, la Constitución, además de establecer un diseño institucional de división de poderes, también confiere una serie de derechos en forma universal a diferentes grupos. Por solo mencionar a dos de esos grupos, la Constitución alude a los derechos de los “habitantes” en su artículo 14 y a los derechos de los “extranjeros” en su artículo 20. Los instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 CN, a su vez, confieren derechos a todos los seres humanos.

Ahora bien, las normas que confieren derechos son, en verdad, bastante complejas. El término “derecho subjetivo” puede abarcar un enorme abanico de relaciones jurídicas diversas.³⁶ Un análisis de la noción de derecho subjetivo escapa al objeto de este trabajo. Sin embargo, con el fin de demostrar la variedad de formas de control de constitucionalidad que existe en la práctica, me detendré en dos casos en los cuales la Corte ejerció el control de constitucionalidad, no para determinar el alcance de las competencias entre poder reformador y poder constituido o entre gobierno federal y gobierno local, sino para evaluar si una determinada acción estatal afectaba o no indebidamente un derecho constitucional.

En forma simplificada, asumiré que las normas que confieren derechos tienen la siguiente estructura: una norma N confiere un derecho a obtener un estado de cosas A, D(A), a una clase de sujetos S cuando, frente a un reclamo de un sujeto perteneciente a S, un juez tiene la obligación de condenar a otro sujeto a realizar una acción que conduce al estado de cosas A en beneficio del sujeto que pertenece a S. Nuestro derecho constitucional admite la posibilidad de que las autoridades normativas regulen los requisitos y procedimientos que debe cumplir un sujeto perteneciente a la clase S para obtener el estado de cosas A. Estas normas que regulan dichos requisitos y procedimientos se denominan “normas que reglamentan el ejercicio del derecho D(A)”. En ocasiones, las normas que confieren derechos *obligan* a las autoridades normativas a dictar normas que reglamenten el ejercicio de un cierto derecho D(A). En cualquier supuesto, tales normas no deben obstaculizar o frustrar el ejercicio del derecho en cuestión.

Pasemos al ejemplo: el caso *Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA SA*³⁷. La Constitución establece que las leyes protegerán al trabajador contra el despido arbitrario. El mecanismo que eligió el Congreso Nacional para reglamentar el ejercicio de ese derecho fue el de establecer un sistema de indemnizaciones en caso de despido sin invocación de causa. La Corte reputó que dicho sistema constituía, en principio, una adecuada protección para el trabajador. Para ello se requiere, en lo esencial, que el despido sin causa resulte (en términos relativos) más costoso para el empleador que conservar al trabajador en su puesto. Ahora bien, el sistema por el que optó el Congreso tiene dos características. Por un lado, establece una fórmula que “tarifa” la indemnización. La ventaja de dicho sistema es que el empleador puede calcular de antemano cuáles son los costos implicados en el despido. Al mismo tiempo, el sistema posibilita que el

³⁶ Como lo demostró a comienzos del siglo veinte Newcomb Hohfeld. Véase Wesley Newcomb Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, trad. Genaro R. Carrió (México: Fontamara, 1991), 47-94.

³⁷ CSJN, “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.”, 2003, *Fallos* 327:3677.

trabajador obtenga el pago de su indemnización con cierta inmediatez. Por otro lado, el Congreso estableció un tope al módulo indemnizatorio, esto es, al salario que se toma como base para calcular la indemnización. El tope se aplica a aquellos trabajadores que perciban un salario que supere varias veces la remuneración promedio del convenio colectivo al que pertenezcan.

En el caso *Vizzoti*, se había producido el despido de un trabajador. Dado que en su caso se aplicaba el tope al módulo indemnizatorio, el empleador sostuvo que correspondía pagarle la indemnización de acuerdo al cálculo que resultara de la aplicación del tope. El trabajador despedido solicitó la inconstitucionalidad de la norma legal en ese punto. Planteado el caso ante la Corte por vía recursiva, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del tope previsto en la Ley de Contrato de Trabajo³⁸. Para decidir de esa manera la Corte entendió, entre otras cosas, que si el mecanismo elegido por el Congreso para proteger a los trabajadores contra el despido arbitrario tomaba en cuenta la remuneración habitual del dependiente, la aplicación del tope (al reducir notoriamente el módulo indemnizatorio), frustraba o desnaturalizaba el propio medio elegido por el legislador para establecer dicha protección. En otras palabras el tope resulta irrazonable, esto es, no constituye un medio adecuado para alcanzar la finalidad que la ley persigue.

Sin embargo, la Corte no descalificó la aplicación del tope en todos los casos, sino solo en aquellos en los que, como ocurría en *Vizzoti*, el impacto del tope en la determinación del monto final de la indemnización fuese análogo al de un tributo confiscatorio. Para ello, el Tribunal indicó que la remuneración que debería tomarse como módulo indemnizatorio sin aplicación del tope debería verse cercenada en más de un treinta y tres por ciento con la aplicación del tope para que resultase procedente la declaración de inconstitucionalidad. Por lo tanto, el artículo 14 bis CN, que establece la protección contra el despido arbitrario, y el artículo 28 CN, que establece el principio de razonabilidad de las leyes que reglamentan el ejercicio de los derechos constitucionales, operan aquí solamente como un criterio de aplicabilidad, pues ellos le prohíben al juez que aplique el tope del módulo indemnizatorio solamente cuando dicha aplicación frustre al trabajador la posibilidad de alcanzar el estado de cosas al cual tiene derecho, esto es, una indemnización que tenga relación con su remuneración habitual, y que lo proteja adecuadamente de un despido arbitrario.

³⁸ Ley 20.744. Régimen del Contrato de Trabajo, B.O. 27/09/1974. Disponible en: <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm> (consultado por última vez el 15 de julio de 2012).

2.6 Derechos constitucionales: la inconstitucionalidad por omisión

El último ejemplo que analizaremos no consiste en el control de constitucionalidad de una norma jurídica sino en la omisión de dictar una norma. Si, como se explicó en el acápite anterior, en ocasiones las autoridades normativas tienen la obligación de dictar normas que reglamenten el ejercicio de un derecho, ¿qué ocurre si ellas omiten hacerlo?

Un caso de esas características se planteó en *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*³⁹. Sin entrar en los pormenores del caso, cabe recordar que el actor pretendía ejercer el derecho de rectificación o de respuesta, conferido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁰, y solicitó en sede judicial que se obligue al demandado a que le conceda en su programa televisivo un espacio de tiempo a tal fin, pues había sido en una emisión de un programa análogo al conducido por el demandado en la cual se habían difundido las apreciaciones que el actor pretendía rectificar o responder. La Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, establece que tal derecho puede ser ejercido “en las condiciones que establezca la ley” (Art 14.1). La Argentina no había sancionado ninguna ley que reglamentase el ejercicio del derecho en cuestión. Y en un caso anterior la Corte había sostenido que el derecho de rectificación no podía ser ejercido en ausencia de normas reglamentarias.

En esta oportunidad, no obstante, la Corte sostuvo que los tratados internacionales gozan de una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias.⁴¹ Por esa razón, si la Argentina se había comprometido en sede internacional a reconocer el derecho de rectificación, la sanción de las normas respectivas no podía ser considerada como una facultad del Congreso, sino como una obligación. Una interpretación de buena fe del tratado, afirmó la Corte, debía llevar a dicha conclusión. La omisión legislativa de dictar una ley que estableciera las condiciones para el ejercicio del derecho de rectificación no podía ser utilizada como un argumento para rechazar la pretensión del actor pues, en ese caso, la Argentina podría incurrir en responsabilidad internacional. Por lo tanto, correspondía hacer lugar a la demanda.

³⁹ CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 1992, *Fallos* 315:1492.

⁴⁰ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 1969. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> (consultado por última vez el 20 de julio de 2012)

⁴¹ El fallo es anterior a la reforma de 1994, por lo cual la Convención Americana no tenía aún jerarquía constitucional.

Es importante notar que en este caso lo que estaba en discusión era, precisamente, si el derecho de rectificación, aunque reconocido en un tratado internacional, resultaba o no externamente aplicable al caso. Una tesis posible establecía que dicha aplicabilidad requería necesariamente del dictado de una norma legal. Otra alternativa, que fue la que acogió la Corte, partía del hecho de que, al ser el dictado de la norma reglamentaria una obligación para el Congreso, la omisión de sancionar la ley en cuestión constituía la circunstancia que tornaba directamente aplicable a la norma del tratado. Esto implica reconocer un criterio de aplicabilidad en virtud del cual, en aquellos casos en los que el Congreso tenga la obligación de dictar una norma reglamentaria para el ejercicio de un derecho, y no lo haga, los jueces podrán aplicar directamente la norma que confiere el derecho. Y ello es así porque la omisión normativa es inconstitucional.

3. Control de constitucionalidad y razonamiento práctico

En una serie de trabajos seminales, Carlos Alchourrón intentó demostrar la importancia que la concepción de la derrotabilidad de las normas condicionales podía tener para una adecuada comprensión del funcionamiento del derecho.⁴² En esos trabajos, Alchourrón sostuvo que la lógica de los condicionales derrotables permitiría formalizar ciertas propuestas teóricas contemporáneas, en particular la desarrollada por Ronald Dworkin, consistente, entre otras cosas, en proponer una clasificación de las normas jurídicas que las distingue entre reglas y principios.⁴³

Según Dworkin, la distinción entre reglas y principios tiene un carácter lógico. Dicha distinción se funda en la forma en que cada tipo de norma se constituye como una razón para la acción. Las reglas, dice Dworkin, se aplican en forma disyuntiva, i.e. si los hechos que estipula la regla están dados, entonces ella se aplica o bien, por alguna razón, no se aplica. Dworkin sostiene que las reglas se aplican cuando son válidas, y parecería que usa esa palabra en el sentido de pertenencia a un sistema jurídico. Por lo tanto, si una norma pertenece al

⁴² Varios de esos trabajos están recogidos en Carlos E. Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes* (Madrid: Marcial Pons, 2010). Para encarar esta sección también resultaron de mucha utilidad los trabajos reunidos en Juan Carlos Bayón y Jorge Luis Rodríguez, *Relevancia Normativa en la Justificación de las Decisiones Judiciales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003); Santiago Ortega Gómeo, ed., *Interpretación y Razonamiento Jurídico* (Lima: ARA Editores, 2009); y en José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar* (Madrid: Marcial Pons, 2009).

⁴³ Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, 131; Dworkin, *Los derechos en serio*, 72-80.

sistema y se dan los hechos estipulados por ella, entonces corresponde aplicar la solución normativa prevista.

Un principio, en cambio, parece enunciar “una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular”⁴⁴. Los principios poseen una característica de la que carecen las reglas: la de su peso o importancia. En un mismo caso pueden concurrir diversos principios que indican diferentes soluciones, y aquél que tenga mayor peso será el que termine imponiendo la resolución del caso. Sin embargo, el hecho de que los restantes principios tengan un peso menor no quiere decir que ellos carezcan de validez, i.e. que no pertenezcan al sistema.

En pocas palabras, mientras que una regla provee una razón operativa para la acción, un principio solo parece proveer una razón *prima facie*, que resultará operativa únicamente si ella tiene mayor peso que otros principios con los cuales pueda entrar en conflicto.⁴⁵ Formulado en términos formales:

(1) $A \text{ RPF } X$ (se lee: “A es una razón *prima facie* para hacer X”).

(2) $A \text{ RO } X$ (“A es una razón operativa para hacer X”)

Asumamos, para simplificar la discusión, que tener una razón para hacer algo equivale a tener un deber de realizar esa acción. De ser así las cosas, $A \text{ RO } X$ puede representarse como $A \Rightarrow O(X)$ y $A \text{ RPF } X$ puede representarse como $A > O(X)$. El símbolo “ \Rightarrow ” representa una implicación estricta, mientras que el símbolo “ $>$ ” representa un condicional derrotable.

La noción de razón *prima facie* da cuenta de la idea de que existen otras razones del mismo tipo que o bien pueden apuntar en el mismo sentido o bien pueden indicar en la dirección contraria. Por ejemplo, $B \text{ RPF } \neg X$ (“B es una razón *prima facie* para no hacer X”).⁴⁶ Si uno quisiera expresar una razón operativa, debería incluir a todas las razones *prima facie* que tengan incidencia en la determinación de la acción. Entonces resultaría que $A \& \neg B \text{ RO } X$, esto es que la presencia de A y la no presencia de B constituyen una razón operativa para hacer X [$A \wedge \neg B \Rightarrow O(X)$]. Si se diera el caso de que A concorra con B solo se podrá determinar si X debe realizarse o no una vez que se establezca cuál de las dos razones *prima*

⁴⁴ Dworkin, *Los derechos en serio*, 76.

⁴⁵ Para la noción de razón operativa véase Joseph Raz, *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruiz Manero (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 37-38. El *locus* clásico para las razones o deberes *prima facie* es David Ross, *The Right and the Good* (Oxford: Clarendon Press, 1930), 19-20. Para una reelaboración contemporánea del concepto, bajo el término “razón contribuyente”, véase Jonathan Dancy, *Ethics without Principles* (Oxford: Clarendon Press, 2004).

⁴⁶ Por “no hacer X” se entiende que “se debe no hacer X”.

facie, A o B, tiene mayor peso. Mientras no determinemos tal cosa, entonces resulta que A & B *RO* X pero, al mismo tiempo, A & B *RO* \neg X.⁴⁷ Si B tiene más peso que A, diremos que B es un *defeater* de A. En tal supuesto, A & B *RO* X es falso, en tanto que A & B *RO* \neg X es verdadero ($A \wedge B \Rightarrow O(\neg X)$).

En la lógica de los condicionales derrotables elaborada por Alchourrón, la proposición $A > O(X)$ puede expresarse como $fA \Rightarrow O(X)$. La función de revisión “f” da cuenta, precisamente, del hecho de que existen otras propiedades o circunstancias cuya presencia como premisas impedirá pasar del antecedente a la conclusión. Si tales circunstancias pueden ser taxativamente identificadas, entonces será posible formular un condicional inderrotable. Si, por caso, $fA = A \wedge \neg B$, entonces $A \wedge \neg B \Rightarrow O(X)$.

Esta formalización permite representar adecuadamente la intuición dworkiniana de que los principios operan como una razón que indica una dirección, pero que no exige una decisión particular. A *RPF* X indica que A es una razón *prima facie* para hacer X, pero dado precisamente su carácter *prima facie*, i.e. el carácter derrotable del condicional que lleva de A a $O(X)$, solo resulta posible determinar el carácter obligatorio de la acción X una vez que se hayan identificado a todas las razones *prima facie* que regulan el caso, y se haya determinado el peso respectivo de cada una de ellas.

Si, según nuestra definición, la supremacía constitucional en sentido fuerte consiste en que las normas constitucionales tienen fuerza institucional en todos los casos en los que ninguna otra norma constitucional resulte externamente aplicable, se sigue de allí que toda norma no constitucional tiene un carácter *prima facie* o derrotable frente a las normas constitucionales.

Esta situación genera algunas complicaciones. El carácter *prima facie* de las normas jurídicas no constitucionales conduce a que las personas, y los jueces, deban tener en cuenta todas las normas constitucionales a la hora de guiar sus acciones o de justificar sus decisiones. Si el Código Civil establece una determinada obligación, por ejemplo, que el deudor debe efectuar la prestación debida al acreedor, el deber se convertirá en un deber actual solo si se analizaran todas las normas constitucionales y se advirtiera que su aplicación al caso no derrota la aplicación de la disposición pertinente del Código Civil. Si no fuese posible enumerar taxativamente a las normas constitucionales, entonces los deberes contenidos en las normas legales siempre podrían ser derrotados. Afortunadamente, las normas constitucionales componen un conjunto finito, aunque es indudable que en la práctica la determinación

⁴⁷ Ello es así pues los condicionales derrotables no admiten el refuerzo del antecedente.

exhaustiva de todas las normas constitucionales tiene un costo muy elevado, sobre todo si el agente no es un experto en la materia.⁴⁸

El carácter exhaustivo de las normas constitucionales, por otro lado, no implica de ningún modo un punto final para los problemas que la supremacía constitucional en sentido fuerte le plantea a la aplicabilidad de las normas infraconstitucionales. En efecto, aun cuando hayamos enumerado taxativamente las normas constitucionales, su aplicación a casos concretos siempre estará atrapada por el problema de la vaguedad. Si la tesis que sostuvo Timothy Endicott con respecto a la vaguedad del derecho es verdadera, entonces existen ciertos casos concretos con respecto a los cuales resulta indeterminado si una norma resulta o no internamente aplicable.⁴⁹ Si no disponemos de normas de clausura, i.e. de criterios de aplicabilidad que adjudiquen la cuestión, entonces la forma en que dicho caso concreto debe ser decidido se mantendrá indeterminada, pues en definitiva resultará indeterminado si la norma legal es o no inconstitucional.

Las normas constitucionales presentan una dificultad adicional, al menos bajo ciertas prácticas interpretativas. Cuando existe una tendencia a asimilar a las normas constitucionales con *valores*, surge el problema que Carl Schmitt denominó “la tiranía de los valores”⁵⁰. Los valores exigen su realización en el mundo. Sin embargo, la realización de los valores puede cobrar muchas formas. Por un lado, puede ocurrir que existan muchas maneras igualmente válidas de concretar un valor. De ese modo, se plantea un problema de elección que no puede ser resuelto invocando al valor en cuestión. Por otro lado, los valores, en tanto que ideales, nunca se realizan completamente. Todo intento de concretar un valor en la práctica siempre “tendrá gusto a poco” desde la perspectiva del valor. Así, toda medida que busque realizar el valor siempre podrá ser criticada invocando al propio valor en el que ella se sustenta.

Finalmente, la realización de un valor en el mundo muchas veces se traduce en que otros valores no podrán realizarse, o que solo podrán hacerlo de una manera harto insatisfactoria. Recurriendo a la célebre imagen weberiana, el politeísmo valorativo se traduce en una guerra entre los valores, en la cual cada uno de ellos busca prevalecer a expensas de los demás. Esta

⁴⁸ La reforma de 1994 incrementó ese costo al otorgarle jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Lo mismo ocurrió a partir de que la Corte Suprema le otorgó valor interpretativo a los informes, dictámenes, opiniones consultivas y sentencias emanadas de los organismos internacionales encargados de la interpretación y aplicación de los tratados en los que es parte la Argentina.

⁴⁹ Timothy A. O. Endicott, *La Vaguedad en el Derecho*, trad. J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez (Madrid: Dykinson, 2006), 277-280.

⁵⁰ Carl Schmitt, *La Tiranía de los Valores*, trad. Sebastián Abad (Buenos Aires: Hydra, 2009), 132-143. Para un argumento que apunta en un sentido similar, véase Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (Nueva York y Oxford: Oxford University Press, 1996), 14-17.

situación solo podría ser evitada si existiese una jerarquía entre los valores. Sin embargo, aun si contáramos con tal cosa como una jerarquía de valores, debemos tener en cuenta que, en nuestras sociedades contemporáneas, los desacuerdos valorativos están a la orden del día, y no pueden ser superados sencillamente mediante una argumentación que “demuestre” la verdad o la racionalidad de una determinada posición ética. Así como Jeremy Waldron sostiene que el realismo moral es irrelevante para solucionar los problemas políticos que suscitan los desacuerdos, algo similar podemos decir de cualquier posición, realista o no, que, frente a un desacuerdo respecto a la importancia que cabe asignar a valores en conflicto, afirme la existencia de una jerarquía definitiva de valores.⁵¹ Los problemas políticos parecen requerir soluciones políticas, no morales, epistemológicas u ontológicas.

La cuestión de los conflictos entre valores permite traer a colación otro problema que plantea la derrotabilidad de las normas infraconstitucionales frente a las constitucionales. Si en definitiva cada obligación impuesta por normas legales requiere de una revisión de todas y cada una de las normas constitucionales para obtener un carácter definitivo, esto requeriría que todas las normas constitucionales siempre indiquen o apunten “en una misma dirección”. Si hubiese inconsistencias entre ellas, entonces la revisión importará explicitar un conflicto entre normas constitucionales. Aun cuando tales conflictos puedan resolverse en forma racional, y aun si asumiera que las revisiones pueden adquirir estabilidad, quedaría en pie la cuestión de que el carácter obligatorio de una determinada acción no estaría determinado por la norma legal, sino en definitiva por la norma constitucional que prevalezca en el conflicto.

El carácter derrotable de las normas infraconstitucionales frente a las constitucionales, producto de la noción fuerte de supremacía, provoca entonces que la normatividad de aquellas siempre quede reducida a un carácter *prima facie*. Solo tendremos razones operativas si incorporamos las normas constitucionales a nuestro razonamiento práctico. Pero si en definitiva solo podemos guiar nuestras acciones recurriendo a normas constitucionales, ¿para qué recurrir a las normas infraconstitucionales? Parecería que estas normas terminan resultando irrelevantes para el razonamiento práctico, puesto que la mayor importancia la tendrían las normas constitucionales.

Ahora bien, si la supremacía constitucional en sentido fuerte plantea todos los problemas que acabamos de enumerar, entonces resulta que las normas constitucionales tampoco están en condiciones de proveernos adecuadamente de razones operativas para la acción. En el mejor

⁵¹ Waldron, *Derecho y Desacuerdos*, 195-222.

de los casos, si ellas pudieran hacerlo, subsistiría el problema del desacuerdo: aun cuando una persona se equivoque al negar que una determinada norma constitucional es una razón operativa para realizar una acción determinada porque, a su juicio, es otra norma constitucional la que debe guiar la resolución de un caso, no podemos resolver el desacuerdo entre esa persona y otra sencillamente apuntando a que la segunda tiene razón. Necesitamos otro mecanismo.

Si, a la luz de las normas constitucionales, las normas infraconstitucionales son prácticamente irrelevantes y si, a su vez, las normas constitucionales tampoco nos permiten guiar nuestra acción, entonces la supremacía constitucional en sentido fuerte plantea un escenario ciertamente desolador. Toda la empresa del derecho moderno parecería condenada al fracaso. Frente a este panorama, aparecen al menos dos posibles soluciones: o bien reformulamos nuestro derecho constitucional de forma tal de corregir las dificultades antes señaladas o bien eliminamos la supremacía en sentido fuerte y les prohibimos a los jueces aplicar las normas constitucionales. De este modo, para utilizar la terminología de Schauer, las normas infraconstitucionales quedarían “atrincheradas”, y su aplicación no podría ser derrotada.⁵² Surge entonces un interrogante vinculado con la búsqueda de una solución intermedia: ¿es posible compatibilizar el atrincheramiento de las normas infraconstitucionales con la supremacía constitucional en sentido fuerte?

4. Las reglas del control de constitucionalidad

Muchos de los argumentos explorados en la sección anterior se solapan con los que provienen del debate sobre la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad. Por esa razón, quizás la respuesta al interrogante respecto de la compatibilidad entre el atrincheramiento de las normas infraconstitucionales y la supremacía constitucional en sentido fuerte pueda provenir de esa fuente. En ese sentido, en un ensayo publicado a principios de los años noventa del siglo pasado, Genaro Carrió propuso una defensa condicionada del control judicial de constitucionalidad frente a la objeción contramayoritaria.⁵³

⁵² Para la noción de “atrincheramiento” de las reglas, véase Frederick Schauer, *Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez (Madrid: Marcial Pons, 2004), 101-112.

⁵³ Genaro R. Carrió, “Una defensa condicionada de la judicial review. Sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina”, en *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*, ed. Bruce Ackerman (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 155-158.

La defensa de Carrió se sustenta, antes que nada, en una serie de características propias del sistema de control judicial, entre ellas que dicho sistema presupone “la existencia de un caso concreto, con cuyos hechos y con las pretensiones específicas de las partes hay que cotejar la norma general impugnada, la decisión que en su caso hace lugar a la impugnación no es una descalificación en general o en abstracto de dicha norma [...]. El contralor de constitucionalidad propio de la *judicial review* es un contralor al menudeo, de naturaleza *piecemeal*, como dicen los norteamericanos, que típicamente remata en una decisión con fundamentos cuidadosos acerca de la validez particularizada de un aspecto u otro de un texto legal, decisión a la que se arriba en el contexto de un conjunto circunscripto de hechos, los que constituyen el caso, y que vale solamente para ellos y en función de los mismos”⁵⁴.

Las características del sistema de control judicial que señala Carrió se refieren a dos cuestiones que es importante distinguir. Por un lado, Carrió entiende que la objeción contramayoritaria es menos potente de lo que parece porque los jueces circunscriben su decisión a la resolución de un caso concreto. Así, alude a los límites institucionales propios de la función judicial. Esto lleva a que, por otro lado, los jueces desarrollen su tarea mediante un método especial en el cual actúan como artesanos del derecho que colaboran con el legislador, “rehusándose a prestarle su concurso jurisdiccional en ciertos casos concretos”⁵⁵. A ese “método artesanal” podríamos llamarlo “*common law* constitucional”: el razonamiento práctico que guía la solución de los casos constitucionales no partiría de grandes teorías o principios sino que consistiría en un razonamiento por analogía, que parte de los precedentes judiciales ya establecidos.

En su obra clásica, Alexander Bickel también había llamado la atención sobre los límites institucionales de la función judicial, que resultan ante todo de interpretaciones restrictivas efectuadas por los propios jueces con respecto a sus competencias. Por ello, las denominó “virtudes pasivas”, y las caracterizó como razones que justifican la decisión de los jueces de no intervenir en determinados casos.⁵⁶ En los últimos años, varios autores, como Cass Sunstein, por ejemplo, también reivindicaron el método artesanal del *common law* constitucional, argumentando que una estrategia de interpretación constitucional sustentada en

⁵⁴ Carrió, “Una defensa condicionada de la judicial review”, 156.

⁵⁵ Carrió, “Una defensa condicionada de la judicial review”, 156.

⁵⁶ Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 111-198.

tal metodología presentaba una serie de ventajas por sobre otras estrategias alternativas de interpretación.⁵⁷

En ambos casos, el lema parece ser que el control judicial de constitucionalidad permite que no todas las cuestiones sean resueltas en sede judicial. Las virtudes pasivas y el método del *common law* constitucional conducen a que los jueces “dejen cosas sin decidir”. Si esta descripción fuese correcta, entonces el alcance de la objeción contramayoritaria no sería tan devastador como afirman sus proponentes, y en ese caso Carrió tendría un buen punto para su defensa condicionada. Sin embargo, ahora no nos interesa tallar en la discusión sobre la objeción contramayoritaria, sino intentar analizar si la existencia de normas infraconstitucionales atrincheradas puede convivir con una constitución que tenga supremacía fuerte. Y el argumento de Carrió nos proporciona una buena pista para alcanzar esa respuesta.

El sistema de control de constitucionalidad argentino posee una serie de rasgos específicos, que el propio Carrió enumera: i) se ejerce a pedido de parte⁵⁸; ii) la declaración de inconstitucionalidad de una norma no la deroga, sino que conlleva solamente su inaplicabilidad en el caso en el que fue decretada; iii) el control de constitucionalidad solo puede ejercerse en casos concretos, esto es, en un pleito judicial en el que existan intereses contradictorios y en el cual la aplicación de una norma provoque un perjuicio real, directo y particularizado a uno de los titulares de tales derechos; iv) la declaración de inconstitucionalidad de una norma solo procede si no hay ninguna interpretación alternativa de ella que resulta conforme con la constitución; v) el ejercicio del control de constitucionalidad constituye una *ultima ratio*, esto es, que si existen otras formas de resolver adecuadamente un caso que no impliquen ejercer el control de constitucionalidad, los jueces deben inclinarse por alguna de estas vías alternativas; vi) los jueces tienen vedado analizar las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia concernientes con la sanción de una ley; en otros términos, no pueden descalificarlas porque consideren que son injustas o que otras leyes serían mejores o más eficientes.⁵⁹

Estos rasgos específicos no son otra cosa que normas que regulan la competencia judicial de controlar la constitucionalidad de las restantes normas. Integran, por lo tanto, el sistema secundario de normas pues están dirigidas a los jueces en cuanto jueces. El contenido de estas

⁵⁷ Véase Cass R. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge MA: Harvard UP, 1999), 3-72. Véase también Waluchow, *Una Teoría del Control Judicial de Constitucionalidad*.

⁵⁸ No desconozco la doctrina reciente elaborada por la Corte en materia de control de constitucionalidad de oficio. Incluyo el punto sencillamente para dar cuenta de la enumeración tal como la propone Carrió.

⁵⁹ Carrió, “Una defensa condicionada de la judicial review”, 142-145.

reglas apunta en una misma dirección: i) en la medida de lo posible, los jueces deben resolver casos *sin* controlar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales; ii) si no fuese posible satisfacer la regla (i), los jueces deben, en la medida de lo posible, resolver casos *sin* declarar la inconstitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

Aunque no operan en forma idéntica, estas dos reglas se parecen pues ambas constituyen buenos ejemplos de lo que Joseph Raz denominó razones excluyentes para la acción: estas reglas ofrecen una razón para no actuar por otra razón o por un tipo de razones.⁶⁰ Verbigracia, la existencia de tales reglas es una razón para que los jueces no decidan casos por razones fundadas en normas constitucionales. La presencia de reglas de este tipo es la que permite considerar que las sentencias judiciales que no invocan normas constitucionales, y que son la abrumadora mayoría de las decisiones que adoptan los jueces, están adecuadamente fundamentadas. Y ello es así porque estas reglas, si bien no conducen a un atrincheramiento total de las normas infraconstitucionales, pues persiste la posibilidad de que ellas sean declaradas inconstitucionales, sí reduce esa posibilidad, indicándole a los jueces que, salvo que se den ciertas condiciones, ellos deben tratar como razones operativas a las razones *prima facie* que brindan las normas infraconstitucionales.

Expresado más sencillamente, en virtud de las reglas que rigen el control de constitucionalidad, si $A \text{ RPF } B$, entonces el juez debe considerar que $A \text{ RO } B$. El juez solo podrá ejercer el control de constitucionalidad si: a) se plantea un caso judicial (condición I, en adelante CI) en el que, b) una parte interesada solicite que el juez ejerza el control (condición II, en adelante CII), c) y no exista la posibilidad de resolver fundadamente el caso sin ejercer el control (condición III, en adelante CIII). Si se dieran conjuntamente estas tres condiciones, el juez deberá dejar de considerar que $A \text{ RO } B$, para volver a considerar que $A \text{ RPF } B$:

- (CI & CII & CIII) **RO** ($A \text{ RPF } B = A \text{ RO } B$)

Esto se lee: “La no ocurrencia de alguna de las condiciones CI, CII y CIII es una razón operativa para considerar que la razón *prima facie* A para hacer B es una razón operativa para hacer B”. De este modo, las normas infraconstitucionales, en tanto no vean desafiada su constitucionalidad, constituyen genuinas razones para la acción, recobrando su relevancia práctica, y ocupando entonces un espacio intermedio entre las normas constitucionales y los agentes, lo que permite explicar, en definitiva, por qué es conveniente asesorarse con un

⁶⁰ Raz, *Razón Práctica y Normas*, 39-54.

especialista en cada rama del derecho y por qué no es necesario recurrir siempre a un constitucionalista.

El atrincheramiento de las normas infraconstitucionales convive así con la supremacía en un sentido fuerte, pues ésta cobra relevancia práctica en los contextos excepcionales en los que hay un conflicto judicial, se produce un planteo constitucional y no existe una forma alternativa de resolver el pleito. Al mismo tiempo, sin embargo, la supremacía en sentido fuerte juega un papel algo pasivo pero vital, en tanto que ella es el presupuesto del atrincheramiento de las normas infraconstitucionales. En efecto, las reglas del control de constitucionalidad pueden entenderse como una interpretación de las normas constitucionales que regulan la competencia de los jueces federales (arts. 116 y 117 CN). Por lo tanto, el atrincheramiento es el resultado de una aplicación de esas normas de la Constitución. Y, como vimos, los jueces tienen la obligación de aplicar normas supremas solo si existe un criterio de aplicabilidad que establezca tal deber. De forma tal que, por paradójico que parezca, el no ejercicio del control de constitucionalidad es consecuencia del control. La supremacía fuerte, en definitiva, lleva a que la actividad judicial siempre esté regida por normas constitucionales, aun cuando ello implique en ciertos casos que los jueces no podrán aplicar normas constitucionales en la resolución de los juicios.

5. Control de constitucionalidad y estado de derecho: una amistad conflictiva

Uno de los valores que tradicionalmente se asocia al constitucionalismo es el ideal del estado de derecho. Este ideal procura armonizar la necesidad de la existencia de un gobierno con el valor de la autonomía individual. Para ello, se establecen una serie de criterios que un gobierno debe satisfacer para ser considerado como un estado de derecho.⁶¹ Aquí señalaremos tan solo que el ideal de estado de derecho exige que el gobierno ejerza sus poderes: i) a través de reglas generales, ii) claras, iii) no retroactivas y iv) públicamente accesibles. Estas características permiten que las personas cuenten con un marco dentro del cual ejercitar su autonomía. Ello presupone que las reglas que sancione el gobierno deberán ser relativamente estables y su contenido deberá ser relativamente predecible. En este contexto, el constitucionalismo liberal aparece asociado al estado de derecho por cuanto, típicamente, las constituciones liberales establecen un gobierno y le otorgan competencia para dictar normas

⁶¹ Véase Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 102-106; Friederich A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: Chicago UP, 2011), 308-328; Francisco J. Laporta, *El Imperio de la Ley. Una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007), 160-166.

pero, al mismo tiempo, establecen procedimientos que permiten que las personas puedan conocer de antemano con cierta aproximación las nuevas regulaciones que se sancionarán. Además, las declaraciones de derechos en cierto sentido “cercan” el campo de acción del legislador, lo cual conduce a que las personas sepan que la legislación jamás tendrá cierto contenido o que, en cambio, necesariamente siempre deberá adoptar un sentido determinado.

Así las cosas, un sistema de control de constitucionalidad garantizaría que el estado de derecho no se desvanezca en la práctica. Las personas tendrían la confianza de que si el gobierno no respeta los criterios antes enumerados, entonces podrán presentarse ante un tribunal de justicia para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley que los afecte. Parecería, entonces, que el mecanismo de atrincheramiento de las normas infraconstitucionales que describimos en el apartado anterior, al limitar el ejercicio del control judicial, obstaculiza la concreción del ideal del estado de derecho.

Esta primera impresión, sin embargo, debe ser puesta en su quicio. El atrincheramiento de las normas infraconstitucionales no busca sustraerlas del control de constitucionalidad. Su finalidad, en cambio, es la de otorgarles un papel relevante en el razonamiento práctico judicial, evitando lo que Francisco Laporta denominó “sobreconstitucionalización”. Este fenómeno consiste en que la Constitución se “ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre [...]. Ese efecto determina que la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna; incluso que sea interpretada y contemplada no desde sí misma sino como una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución”⁶².

Contrariamente a lo que se podría asumir, la sobreconstitucionalización no contribuye a concretar el ideal de estado de derecho. En efecto, como vimos, las normas constitucionales plantean serios problemas como guías para el razonamiento práctico. Las leyes y las demás normas, aunque ciertamente también presentan problemas, tienen la virtud de incluir regulaciones más detalladas y precisas. Por ese motivo, son mejores candidatas que las normas constitucionales como orientadoras de la acción humana.

Si las cosas son de ese modo, la sobreconstitucionalización socava el marco de normas en el cual una persona esperaría ejercer su autonomía. En lugar de contar con reglas claras, generales y no retroactivas los agentes habrían de vérselas con una multiplicidad de principios

⁶² Laporta, *El Imperio de la Ley*, 159.

y valores que apuntan en sentidos diversos, son vagos y muchas veces son reinterpretados, aplicándose las nuevas interpretaciones en forma retroactiva. Ciertamente, esta forma de ilustrar la situación es una caricatura exagerada. Pero no por ello debemos perder de vista que si las normas infraconstitucionales no estuviesen atrincheradas, tendríamos ante nosotros un genuino problema de acción colectiva, pues la posibilidad de coordinar actos entre diferentes agentes se vería seriamente afectada.

Por lo tanto, el desarrollo de una relación armónica entre estado de derecho y constitucionalismo parece exigir que el control de constitucionalidad se mantenga dentro de márgenes relativamente acotados. Y ello no debería resultarnos extraño. Después de todo, hay amistades que se mantienen muy bien a lo largo de los años y la explicación de ello es que los amigos en cuestión se encuentran tan solo unas pocas veces, dejando transcurrir largos períodos de tiempo entre cada uno de los encuentros.