



# LA CORTE SUPREMA Y LA ÚLTIMA PALABRA

ALFREDO FERNANDO RONCHETTI  
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

## 1. LA PREGUNTA

● ¿Quién debe decir la última palabra acerca del contenido de la Constitución Nacional en el derecho argentino?

Esta pregunta resume los siguientes interrogantes: si es la Corte Suprema de Justicia de la Nación el intérprete supremo de la Constitución; si en tal caso sería legítima esa potestad, o ¿a quién debiera serle atribuida?

El interés de esta cuestión es de especial **relevancia** en nuestro derecho y el debate acerca de las distintas respuestas se ha **actualizado** en los últimos años.

La **relevancia** de la cuestión ha llevado a decir a Alberto Bianchi que *“el control de constitucionalidad constituye la columna vertebral del mundo del derecho constitucional”*<sup>1</sup> y a Miguel Angel Ciuro Caldani que *“un dato de descollante importancia en el ordenamiento normativo es saber a quién corresponde 'la última palabra en materia de Derecho', en nuestro caso, en el área jurisdiccional. Esta última palabra está vinculada estrechamente con la soberanía y con el origen del ordenamiento”*<sup>2</sup>.

La actualidad del tema es uno de los pocos cambios que trajo el nuevo mi-

---

<sup>1</sup> BIANCHI Alberto B., “Control de constitucionalidad”, Buenos Aires, Abaco, 2002.

<sup>2</sup> CIURO CALDANI Miguel Angel, “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pág. 77. Con cita de Stammer Rudolf, “Tratado de Filosofía del Derecho”, trad. W. Roces, México, Nacional, 1980, pág. 299.

lenio. “*Luego de sesenta años de predominio de la doctrina establecida en ‘Ganadera Los Lagos c. Gobierno Nacional’*”<sup>3</sup><sup>4</sup> la Corte vuelve a poner en discusión si el control constitucional puede ser ejercido de oficio o no, en el fallo “*Mill de Pereyra c/ Corrientes*”<sup>5</sup>, en el que el Máximo Tribunal consagra la tesis del control de oficio.

Unos meses antes se había instalado un debate doctrinario en el ámbito hispanoamericano entre Roberto Gargarella<sup>6</sup> y Juan Carlos Bayón<sup>7</sup>, que tiene como antecedentes el libro de Carlos S. Nino “*La constitución de la democracia deliberativa*”<sup>8</sup> de 1996, “*La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*”<sup>9</sup> del mismo Gargarella, publicado en 1996 y un trabajo de Juan José Moreso<sup>10</sup> de 1998.

Más recientemente ha abordado este tema con un minucioso análisis particularizado a América Latina, Sebastián Linares, de la Universidad de Salamanca, titulándolo “*Modelos de justicia constitucional y deferencia al poder legislativo*”<sup>11</sup>.

La bibliografía es “abrumadora” dice María Angélica Gelli<sup>12</sup>, también la jurisprudencia, pero nos limitaremos a la que se citará a lo largo de este artícu-

---

<sup>3</sup> Fallos 190-149 de 1941.

<sup>4</sup> BIANCHI Alberto, “Control de constitucionalidad”..., pág. 72.

<sup>5</sup> CSJN, “*Mill de Pereyra Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes*”, LL 2001-F, 891.

<sup>6</sup> GARGARELLA Roberto, “*Los jueces frente al ‘coto vedado’*”, Revista Doxa. Discusiones. Publicaciones periódicas. N° 1 año 2000, págs. 53/64.

<sup>7</sup> BAYON Juan Carlos, “*Derechos, democracia y constitución*”, Revista Doxa. Discusiones. Publicaciones periódicas. N° 1 año 2000, págs. 65/94.

<sup>8</sup> NINO Carlos Santiago, “*La constitución de la democracia deliberativa*”, Barcelona, Gedisa, 1996.

<sup>9</sup> GARGARELLA Roberto, “*La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*”, Barcelona, Ariel, 1996.

<sup>10</sup> MORESO Juan José, *Derechos y justicia procesal imperfecta*, Barcelona, Working Paper, Universitat de Girona, 1998.

<sup>11</sup> LINARES Sebastián, versión electrónica en la página web de la Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, Revistas, Índices: [http://www.utdt.edu//ver\\_contenido.php?id\\_contenido=1576&id\\_item\\_menu=3558](http://www.utdt.edu//ver_contenido.php?id_contenido=1576&id_item_menu=3558).

<sup>12</sup> GELLI María Angélica, “*Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*”, Buenos Aires, La Ley, primera edición, 2001, pág. 715.

lo<sup>13</sup>.

Poniendo el tema en contexto, es notorio el cambio operado en la consideración pública a partir de la nueva conformación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aunque los cuatro nuevos integrantes fueron designados por el actual presidente de la Nación –y más allá de que se cumplió con el decreto 100 de 2004 de autolimitación de atribuciones-, el Alto Tribunal mantiene una saludable independencia, incluso en temas de suma trascendencia nacional. Dos ejemplos permiten ilustrarlo: ante una demanda colectiva por contaminación ambiental, daños a la salud, saneamiento y desviación de fondos de un crédito del Banco Interamericano de Desarrollo con relación a la Cuenca Matanza-Riachuelo y el Polo Petroquímico Dock Sud, la Corte Suprema que intimó a los gobiernos nacional, bonaerense y porteño a presentar en treinta días un plan de saneamiento y le ordenó a 44 grandes empresas instaladas en la zona a entregar estudios de impacto ambiental. A todos, la Corte Suprema los convocó a dar explicaciones en una mega-audiencia pública, y en el fallo “Massa” convalidó la pesificación de las obligaciones pactadas en moneda extranjera con un criterio consecuencialista (“que es necesario dar una solución definitiva a este tipo de pleitos para alcanzar la paz social sobre la base de considerar los resultados”), a pesar de los reclamos de algunos sectores sociales de mucha presencia en los medios masivos de comunicación, pero advirtiendo acerca del empleo abusivo de los decretos de necesidad y urgencia por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

Al momento en el que se planteaba el debate, la percepción pública de la legitimación de la Corte era muy distinta, porque estaba instalada una conjetural falta de independencia respecto de los poderes políticos<sup>14</sup>.

Con la última palabra expresada con relación a la constitucionalidad de la

---

<sup>13</sup> Por ej. Troper Michel, “Marshall, Kelsen, Barak y el sofisma constitucionalista”, Buenos Aires, 2003, en Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, año III n° 3, trad. Ricardo Guibourg, pág. 207 y ss.

<sup>14</sup> “La situación a la que nos enfrentamos, en definitiva, parece ser la siguiente: el poder judicial tiende a apoyar las decisiones de los órganos políticos, conservando su principal arma, la capacidad de decir la ‘última palabra’ en cuestiones constitucionales, más allá de cuál sea la posición de los ciudadanos al respecto”. Gargarella Roberto, “La justicia frente al gobierno...” pág. 234.

ley 25561 y del decreto 214/02 –el fallo recaído en “Massa”- se planteó un novedoso criterio decisionista<sup>15</sup> (considerando 11 del voto de la Dra. Carmen Argibay), que justifica renovar el tema.

## 2. EL MÉTODO

Este trabajo aplica la metodología del **integrativismo trialista**, que concibe al Derecho como un objeto tridimensional, que integra las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica, y que, como parte del mundo político, coadyuva con sus otras ramas a la realización de los valores de la convivencia social.

La **dimensión sociológica** puede caracterizarse como el conjunto de adjudicaciones de beneficios (potencia) o perjuicios (impotencia) realizadas por personas determinables (**repartos**) o no (distribuciones), que de manera directa o indirecta afectan a hombres.

La **dimensión normológica** se concibe como la captación lógica de los repartos en normas e imperativos, que a la vez que describen la realidad social, la modifican (integración).

La **dimensión dikelógica** valora la realidad social y las normas, con un complejo de valores (relativos) que culminan en la justicia (único valor absoluto del mundo jurídico).

El **principio supremo de justicia** consiste en asegurar a cada hombre la esfera de libertad necesaria para que pueda desarrollarse plenamente (personalizarse).

La complejidad del objeto<sup>16</sup> requiere su abordaje con distintos métodos,

---

<sup>15</sup> SÁNCHEZ MARÍNCOLO Miguel A., “Nuevamente sobre el ‘Control de Constitucionalidad’ (Ahora parcialmente fallido en un voto en el fallo de la CSJN en el caso ‘MAS-SA’)”, 3/7/2007, Microjuris (MJD3181). El autor califica de “notable voto” al de la Dra. Argibay, destacando en particular el considerando 11 in fine, que dice “No obstante lo expuesto hasta aquí, las razones de gravedad institucional relatadas por la mayoría y que, en líneas generales comparto, tornan prudente, en la medida que ello resulte posible, arribar a una solución que, más allá de los diferencias en los fundamentos, permita arribar a una sentencia que, en tanto unánime en el resultado económico, ponga fin a la gran cantidad de reclamos pendientes de solución”.

<sup>16</sup> Mario Chaumet explica que el modelo de Estado constitucional ha producido la constitucionalización del orden jurídico y “en ese modelo de juridicidad los jueces no pueden desconocer la complejidad del objeto a tratar” (CHAUMET Mario, “El Estado Constitucional y

habida cuenta de que subyace a esta concepción gnoseológica el **realismo genético**, en oposición al idealismo genético (que sostiene que a cada objeto se lo estudia con un método)<sup>17</sup>.

Existe un mundo fuera del sujeto, que puede ser conocido, y que se descubre -con las limitaciones de perspectiva de cada ser humano- a través de los sentidos, de la razón y de la introspección. En el caso del Derecho, aunque forma parte del mundo de la cultura, hay entes materiales e ideales que tienen una existencia objetiva (natural).

A la cuestión planteada: “¿es la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien dice la última palabra acerca del contenido de la Constitución Nacional en el derecho argentino?”, la intentaremos responder indagando el ordenamiento normativo pero también describiendo la realidad social, que podrá indicar, por ejemplo, que hay normas que no se cumplen o que no son fieles a la indiosincracia de la ciudadanía. Dice Goldschmidt que el “supremo repartidor” es quien efectivamente se comporta como tal y no quien lo es solo formalmente o quien normativamente debiera serlo<sup>18</sup>.

También nos proponemos valorar la dimensión sociológica y la dimensión normológica, con la metodología dikelógica<sup>19</sup>, para poder estar en condiciones de sostener si la Corte Suprema estaría legitimada para “decir la Constitución” o si no, quién lo estaría.

### 3. EL ABORDAJE TRIDIMENSIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

---

el Derecho Privado”, en “El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 29 y ss.).

<sup>17</sup> Este tópico está desarrollado en GOLDSCHMIDT Werner, “Introducción Filosófica al Derecho”, Bs.As., Depalma, 1996, pág. 21 y ss.; CIURO CALDANI Miguel Angel, “Metodología Jurídica”, Rosario, FIJ, 2004, págs. 54/57; barrios de angelis Dante, “Teoría del proceso”, Depalma, 1979, págs. 63/65, citado por CHAUMET Mario E. y MEROI Andrea A. “Paradigmas metodológicos del proceso en la Argentina”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 3 de octubre de 2001, págs. 16 y 17; LÓPEZ Mario Justo, “Introducción a los estudios políticos”, Buenos Aires, Depalma, 1992, Vol. 1, págs. 180/181; COSSIO Carlos, “Ciencia del derecho y sociología jurídica”, La Ley Secc. Doctrina T. 95, págs. 666 y ss.

<sup>18</sup> GOLDSCHMIDT Werner, Introducción Filosófica al Derecho... pág. 50.

<sup>19</sup> CIURO CALDANI Miguel Angel, “Metodología dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2007.

Consecuentes con la metodología trialista, conceptualizaremos la **Constitución** como el orden de repartos que indica cuáles son los supremos repartidores y con qué criterios supremos reparten; el orden de las normas escritas o consuetudinarias que describen e integran ese orden de repartos y las exigencias de justicia que debe satisfacer el régimen para ser un Estado de Derecho (régimen justo).

Habremos de distinguir, también, entre constitución en sentido **material** o constitución real<sup>20</sup> (la realidad social como fuente material de la constitución<sup>21</sup>, la realidad constitucional o la constelación real de los factores de poder en un país en un momento dado<sup>22</sup>) de la constitución en sentido **formal** (constitución formal o ley constitucional)<sup>23</sup>.

Esta última se presenta en forma escrita, con una parte dogmática, que se ocupa de los derechos y garantías (“el derecho constitucional de la libertad”, en la terminología de Bidart Campos, son **criterios supremos de reparto**) y con una parte orgánica, que es el esquema de organización de las autoridades supremas (“el derecho constitucional del poder” en Bidart Campos, los **supremos repartidores**).

Si la constitución formal está vigente (es decir, si coincide con la constitución material, o si refleja los **factores reales de poder** –en palabras de Lasa-

---

<sup>20</sup> BIDART CAMPOS Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Buenos Aires, Ediar, 1995, Tomo I, pág. 85.

<sup>21</sup> GOLDSCHMIDT Werner, “Introducción Filosófica al Derecho...”, pág. 536.

<sup>22</sup> LASALLE Ferdinand, “¿Qué es una Constitución?”, Buenos Aires, 1957.

<sup>23</sup> Esta distinción es rechazada por parte de la doctrina, como, por ejemplo, Alberto Dalla Vía: “Algunos autores de derecho constitucional, a partir del italiano Mortati (Mortati C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova, “La Costituzione in senso materiale”), acuñaron la expresión ‘constitución material’ para expresar aquellos usos y costumbres de la vida real que eran aceptados por la comunidad política y que no coincidían con la “constitución formal” o constitución escrita. Nosotros no coincidimos con esa categoría, hoy prácticamente superada; por el contrario, pensamos que por esa vía muchas veces se ha intentado hacer decir a la carta fundamental cosas que la misma no dice. La única constitución es la constitución escrita”. Sin embargo, luego intenta demostrar que “en la República Argentina hay un claro desajuste entre la norma constitucional y la realidad económica”, explicando que cuando se produjo la reforma de 1957 se incorporaron institutos del Estado de Bienestar o del “constitucionalismo social”, pero sin modificarse los instrumentos económicos constitucionales (lo ejemplifica). Cabe preguntar: ¿no estamos vaciando de normas supremas al derecho si admitimos que la única constitución es la escrita, aunque en los hechos no esté vigente?

lle) podemos decir que el orden de repartos se estructura conforme al plan de gobierno.

El **plan de gobierno en marcha** indica (en sentido vertical) quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto; pero no es la única manera en que se pueden ordenar los repartos. También hay un esquema “modelo-seguimiento” (en sentido horizontal<sup>24</sup>), por el cual “*adquieren valor normativo (ejemplaridad) las decisiones reiteradas de los órganos supremos que complementan el ordenamiento constitucional, en aspectos no reglados específicamente por éste o en la interpretación de sus normas, pasando a integrar el sentido de éstas*”<sup>25</sup>.

Entre ambos modos constitutivos del orden de repartos pueden darse relaciones de transformación y de interpenetración. La primera se verifica cuando ciertas prácticas se normativizan (así fue que la reforma de 1994 consagró en el texto lo que había introducido la jurisprudencia en nuestro régimen constitucional, por ejemplo con el amparo) o, en sentido contrario, cuando se modifica la previsión normativa y se mantiene por derecho consuetudinario el plan que se pretendió derogar (la misma reforma de 1994 introdujo modificaciones al régimen presidencialista buscando atenuarlo a favor de un creciente parlamentarismo, pero el desempeño ministerial –por caso- mantiene los usos arraigados del modelo anterior).

La interpenetración se evidencia en las prácticas efectivas de los integrantes del órgano ejecutivo (por caso, en el actual gobierno, mediante el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia en materias propias del Poder Legislativo, con la anuencia de la mayoría de los cuerpos del Congreso) y con la jurisprudencia que va proponiendo decisiones interpretativas que son seguidas por

---

<sup>24</sup> Si bien tomamos esta terminología de la obra de Werner Goldschmidt, es aconsejable la lectura del trabajo titulado “La Constitución horizontal” de Luiz Fernando Coelho, en Ideas y Derecho, Buenos Aires, 2003, año III n° 3, págs. 157 y ss. Destaca este autor que la planificación como concepto jurídico fue introducido por los juristas de la Escuela de Friburgo, imprimiendo con ello una dimensión prospectiva a la constitución. “Pero ni la constitución principiológica y garantista ni la dirigente alcanzan a corresponder a la realidad mucho más compleja del orden social contemporáneo, cuyo análisis conduce a vislumbrar un nuevo concepto de constitución” (pág. 174).

<sup>25</sup> BIDEGAIN Carlos María, “Cuadernos de Derecho Constitucional”, Bs.As., Abeledo Perrot, 1975, pág. 91.

otros jueces.

A la par de los dirigentes supremos institucionalizados hay grupos de presión (“cualquier factor de poder no recogido en la constitución escrita”<sup>26</sup>) que es preciso reconocer en la realidad social concreta.

Según nuestro modelo constitucional republicano y representativo, la legitimidad de los gobernantes es **infraautónoma**<sup>27</sup>: pueden ejercer su autoridad e imponer su voluntad porque han sido elegidos por la mayoría. Al no ser posible la democracia directa en una sociedad moderna, el poder es un valor, si coadyuva a la Justicia, contribuyendo a su realización.

No obstante, como el poder necesita límites, se concibe a la división de poderes y a la descentralización funcional como recursos para debilitar y controlar a la autoridad, en su relación con los particulares.

En el mismo sentido, se fortalece al individuo consagrando derechos fundamentales y garantías contra el propio régimen.

La jerarquización constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a partir de la reforma del '94, brinda también a los ciudadanos el acceso al sistema internacional de protección de estos derechos, con una vía recursiva a la jurisdicción interamericana (Corte Interamericana de Derechos Humanos) y a la jurisdicción internacional (Corte Internacional de Justicia de la O.N.U. con sede en La Haya), respaldando las garantías individuales cuando en la constitución material no funciona la división de poderes que proclama la constitución formal.

Además de la legitimidad por el sufragio, puede estimarse justo otorgar el poder a quienes se considere más idóneos para ejercerlo. En determinadas disciplinas es factible medir la capacidad (medicina, ingeniería, educación), pero cuando se trata de la prudencia para el gobierno de la cosa pública no hay acuerdo al respecto. Goldschmidt reconoce la legitimidad **aristocrática**<sup>28</sup> (de

---

<sup>26</sup> GOLDSCHMIDT W., “Introducción filosófica...”, pág. 537.

<sup>27</sup> Entendemos que están primordialmente legitimados para decidir los interesados (a quienes afecta la decisión, reparto autónomo), luego, aquellos a quienes todos los interesados acuerdan en otorgarle la potestad de decidir (repartidores paraautónomos), y si no se consigue la unanimidad, aquellos a quienes elige la mayoría (repartidores infraautónomos).

<sup>28</sup> Siguiendo el desarrollo de la nota anterior, hay una legitimidad del poder del repartidor



los mejores), pero morigerando este criterio para la política<sup>29</sup>: “desgraciadamente, esta tesis resulta insostenible, puesto que resulta un asunto muy complejo para que pudiera haber, con respecto a él, ciencia cognoscible”<sup>30</sup>.

Cabe interrogarse si para algunos altos cargos de gobierno se puede propiciar la selección de los más calificados, teniendo en cuenta que nos planteamos en este trabajo responder a la pregunta acerca de quién debe interpretar la Constitución. ¿Es justo que la Constitución sea confiada a una élite?

### 3.1 La Constitución formal. La dimensión normológica

El formalismo conceptualiza la **norma** como la captación lógica de un reparto proyectado desde el punto de vista de un tercero.

Nuestra ley constitucional tiene normas programáticas junto con las normas operativas. Un criterio para distinguirlas es conforme requieran o no de determinación mediante otras normas (por reglamentación o por precisión).

Pero también integran el texto constitucional formulaciones que no llegan a constituir normas, sino que son solo principios de normación.

#### 3.1.1 Principios constitucionales

Como explica Chaumet “la posmodernidad impide en gran medida la proyección hacia el futuro... el nivel de abstracción que suponen las normas generales se contraponen, en mucho, a las bases culturales de esta época... Hay un progresivo y acelerado avance de normas generales indeterminadas... Es más... como lo va mostrando la experiencia europea, cada día más se formalizan principios.

“(...) En esta hipótesis, como lo expresara el Prof. Goldschmidt, la naturaleza lógica del principio no cambia; lo que pasa es que el legislador *carga sobre*

---

no interesado que está dada por su superioridad (técnica, científica, profesional, moral). Un ejemplo simple es el del médico que prescribe un tratamiento a su paciente, más allá de la conformidad o no de éste, en tanto no sepa de medicina como aquel.

<sup>29</sup> “¡No se olvide que la superioridad debe ser cognoscible en virtud de nuestra moral gnoseológica! ... La afirmación de un ‘charisma’ no indica un hecho verificable” (GOLDSCHMIDT Werner, “La ciencia de la justicia (Dikeología)”, Buenos Aires, Depalma, 1986, segunda edición, pág. 286).

<sup>30</sup> Se refiere en particular a la proposición de Platón acerca de que los filósofos debieran ser reyes (Ibidem, pág. 290).

*los hombros de los jueces la tarea legislativa* con el resultado, por supuesto, que el principio se desenvuelve a través de los diversos jueces de la manera más variada”<sup>31</sup>.

Atienza sostiene que el “Estado constitucional”<sup>32</sup>, definido como el que está dotado de una Constitución con ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, interpretación y aplicación del Derecho, demanda –como ningún otro- la argumentación jurídica, ya que no basta con la referencia a la autoridad y a los procedimientos, sino que se hace inexcusable un control en cuanto al contenido<sup>33</sup>.

Compartimos con el iusfilósofo antes citado que hay nuevos rasgos que presenta el Derecho en el Estado constitucional. En particular, señala:

- La importancia otorgada a los principios para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico.

- La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas, pues “la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales”.

- La “tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la Moral y la Política”.

- La “convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalización o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones”<sup>34</sup>.

Aunque la consideración de los principios no es una novedad en el Derecho<sup>35</sup>, nunca como ahora se los emplea sistemáticamente para motivar decisio-

---

<sup>31</sup> CHAUMET Mario E., “Las escuelas judiciales en la posmodernidad”, Rosario, Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social, FIJ, 2000, págs. 25/26.

<sup>32</sup> CHAUMET Mario E. “El Estado Constitucional y el Derecho Privado”, en “El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani”, Buenos Aires, La Ley, pp. 29 y ss

<sup>33</sup> ATIENZA Manuel, “Argumentación jurídica y estado constitucional”, en “Ideas y Derecho”, Buenos Aires, 2002, págs. 153/154.

<sup>34</sup> ATIENZA, op.cit., págs. 116/117.

<sup>35</sup> “El debate sobre el papel de los principios del derecho se ha convertido en central en la teoría jurídica de los años setenta y ochenta (basta con pensar en la obra de Robert Alexy); y también en la cultura angloamericana, sobre todo gracias a... Dworkin, ha jugado un papel

nes por parte de los tribunales superiores<sup>36</sup>.

Pero ¿a qué principios nos referimos al hablar de **principios constitucionales**? Es claro que hay distintas clasificaciones de principios. Seguiré al respecto una esquematización planteada por Aulis Aarnio<sup>37</sup> que los distingue de esta forma:

**a) Principios que son parte de los valores ideológicos básicos del orden jurídico.** Son los valores fundamentales, los fines. Ejemplos: el imperio de la ley; la propiedad privada; la protección de la familia; la educación de los hijos. Pueden estar expresados o no.

**b) Principios jurídicos positivos.** Este grupo comprende a:

- **Principios formalmente válidos.** Expresados en el Derecho. Ejemplos: libertad de expresión; libertad de asociación; igualdad; la protección del trabajador.

- **Generalizaciones jurídicas.** Se obtienen por generalización de reglas (razonamiento inductivo). No están expresados formalmente en la legislación, pero encuentran apoyo institucional en reglas formalmente válidas. Ejemplo: la buena fe en los contratos.

- **Principios para la toma de decisiones.** El decisor puede apoyarse en pautas del discurso que pueden caracterizarse como principios jurídicos generales. Aceptados tácitamente por la comunidad jurídica, se hallan por encima de las reglas. Ejemplos: la prohibición de la analogía en el Derecho Penal; la economía procesal; la *pars condictio creditorum* en los Concursos.

**c) Principios extrasistemáticos.** Principios morales. Para Aarnio adquieren importancia en la discrecionalidad judicial (permiten elegir entre diferentes significados alternativos de una formulación normativa ambigua). Podemos

---

central en la crítica contemporánea del positivismo jurídico. Es impresionante, sin embargo, comprobar que las tesis de Esser preceden en veinte años con absoluta originalidad a las que hoy estén en boga de Dworkin” (Zaccarà Giuseppe, “Razón jurídica e interpretación”, Navarra, Civitas, 2004, pág. 365).

<sup>36</sup> “La jurisprudencia nacional, especialmente la constitucional, es una demostración de los cambios señalados en el derecho” (Vigo Rodolfo Luis, “Del prometido derecho a través de las normas al real derecho a través de principios”, Buenos Aires, revista La Ley, 2007).

<sup>37</sup> AARNIO Aulis, “Las reglas en serio”, en “La normatividad del derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 20/22.

denominarlos en la terminología trialista como principios generales del derecho natural. Se emplearían, por ejemplo, para asignar significado a los siguientes conceptos: “persona”, “matrimonio”, “buenas costumbres”, “igualdad”, “justicia”.

¿En cuál de esas clases incluimos a los principios constitucionales? En todas.

Esto no necesariamente supone la adscripción al trialismo en su vertiente iusnaturalista, hay otras teorías jurídicas positivistas que aceptan la fundamentación moral del Derecho, y por lo tanto, los principios extrasistemáticos.

Además de Alexy (a quien se lo califica como iusnaturalista<sup>38</sup>), Atienza, con cita a Carlos Nino, sostiene que “las normas jurídicas no son razones autónomas para justificar decisiones, sino que toda justificación es una justificación moral”<sup>39</sup>.

Goldschmidt adscribe a un iusnaturalismo de soluciones, que diferencia del iusnaturalismo de principios clásico (conjunto de principios universales y eternos que dan a los constituyentes, legisladores y jueces las pautas para las reglas positivas a elaborar, por conclusión y determinación), porque en aquél el principio no es previo (ni universal y eterno) sino que se infiere de la solución del caso (esta es la fuente del principio, y no a la inversa)<sup>40</sup>.

En la fuente de los principios encontramos sí una característica definitoria de los principios constitucionales.

Dice Guastini que resulta natural distinguir los principios en dos clases fundamentales según de qué fuente provienen: principios constitucionales y principios legislativos.

En el ámbito de los principios constitucionales, agrega, “hay algunos que – según lo que se sostiene por la doctrina y la jurisprudencia- no pueden ser mo-

---

<sup>38</sup> “No duda Alexy en inscribir su teoría discursiva en la tradición del derecho natural” (Vigo Rodolfo Luis, “Balance de la teoría jurídica de Robert Alexy”, Ideas y Derecho, Buenos Aires, 2003, AAFD, pág. 75).

<sup>39</sup> ALEXY Robert, “Teoría de la argumentación jurídica”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. NINO Carlos S. “La validez del derecho”, Buenos Aires, Astrea, 1985.

<sup>40</sup> GOLDSCHMIDT Werner, “Justicia y juristas”, La Ley, 1980-A-918.

dificados, derogados o subvertidos de ninguna forma (legítima), estando sin más sustraídos a la revisión constitucional. Son estos los principios ‘supremos’ del ordenamiento”<sup>41</sup>. Pone como ejemplo un pronunciamiento del Tribunal Constitucional italiano que consideró que la forma republicana de gobierno era un límite absoluto al poder de revisión constitucional<sup>42</sup>. Dijo en ese fallo que “este Tribunal, por lo demás, ha reconocido ya en numerosas decisiones que los principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un peso superior respecto de otras normas o leyes de rango constitucional”<sup>43</sup>.

Esta cita nos conduce a otro aspecto de los principios que nos interesa señalar en este trabajo: el peso de los principios. Es sabido que una diferencia de los principios con las reglas es que aquellos no se derogan entre sí, en casos de conflicto, sino que se ponderan, se balancean, y si en un caso uno derrota a otro, no se sigue que en todos los casos vaya necesariamente a desplazarlo<sup>44</sup>.

Si adoptamos esta clasificación de principios “supremos”, estos prevalecerían siempre sobre los demás principios constitucionales, aunque entre ellos también habrá que aplicar la ponderación en caso de conflicto.

Alexy, si bien comparte la teoría de Esser en cuanto a la distinción entre principio y norma y la de Dworkin entre reglas y principios, considera que ambas pasan por alto el núcleo de la distinción, que es que los principios son **mandatos de optimización**, mientras que las normas son mandatos definitivos<sup>45</sup>. Significa que mientras los mandatos de las normas pueden realizarse o no, los mandatos de los principios son realizables en diferentes grados.

Esto permite entender el principio de progresividad (y la obligación de no regresividad) que aplica la jurisprudencia, en materia de derechos humanos, con relación a la responsabilidad del Estado.

Pero la concepción del Prof. Dworkin ofrece un encuadramiento de los

---

<sup>41</sup> GUASTINI Riccardo, “Distinguiendo”, Barcelona, Gedisa, 1999, pág. 161.

<sup>42</sup> Tribunal constitucional italiano, 1146/1988. Citado por Guastini, op.cit., pág. 176.

<sup>43</sup> Ibidem, pág. 161.

<sup>44</sup> MORESO Juan José, “Conflicto entre principios constitucionales”.

<sup>45</sup> ALEXY Robert, “El concepto y la validez del derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997, segunda edición, pág.185.

principios que no podemos pasar por alto. Este autor divide entre normas, principios y directrices políticas. Separa de la órbita de los principios a las **directrices**, entendidas como estándares que proponen objetivos a ser *alcanzados* (mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad). Mientras que los **principios** son estándares a ser *observados*, no porque favorezca a una situación deseable, sino porque son exigencias de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad.

En la sinopsis de Aarnio, podríamos incluir a las directrices entre los fines o valores ideológicos básicos del ordenamiento. Así jugarían como principios, pero -desde una posición liberal no utilitarista- con un límite en los derechos individuales (entendidos como “cartas de triunfo”<sup>46</sup>).

El esfuerzo de síntesis nos lleva a simplificaciones que es necesario reconocer como una concesión de este trabajo, orientado a otro objetivo. Si encontramos un criterio diferenciador de los principios constitucionales en su fuente, tenemos que repasar sus otros aspectos para ver si tienen otra especificidad.

Con respecto a la estructura lógica, mientras que las normas generales son hipotéticas, frecuentemente la formulación de los principios es categórica. Pero esto lo comparten todos los principios.

En relación al contenido normativo, los principios constitucionales son más claramente programáticos, porque no prescriben un comportamiento determinado (como las reglas) sino que encomiendan la obtención de un fin, para lo cual los destinatarios pueden escoger una pluralidad de comportamientos alternativos.

También los principios constitucionales se asemejan a normas de segundo grado o metanormas (normas sobre la aplicación de otras normas), se dirigen a órganos jurisdiccionales o administrativos, pero no es una característica privativa de éstos.

Bidart Campos sostiene que a los fines del derecho constitucional los principios generales son “principios informantes del orden jurídico del estado, que arrancan de su constitución. En el caso argentino, de la constitución formal”.

---

<sup>46</sup> “Los jueces constitucionales, según Dworkin, son ‘foros de principio’ que aseguran la prevalencia de nuestros derechos individuales” Linares, op.cit., pág. 5.

Cree, asimismo, que buena parte de ellos “derivan del valor justicia o derecho natural”<sup>47</sup>.

Posición que confronta con la de Luiz Fernando Coelho<sup>48</sup> que considera que “la teoría jurídica tradicional, heredera del iusnaturalismo racionalista... construyó una noción principiología de Constitución... Es la Constitución-garantía, que acepta de modo general que la inserción en la Carta Magna de declaraciones relativas a los derechos básicos del hombre y del ciudadano... es garantía de efectividad de tales derechos”. “...está constituida por principios que permanecen por encima de las demás normas jurídicas, en tanto que estas normas mantienen con los principios una relación deductiva”. Afirma que “la teoría constitucional avanzó hacia el dirigismo constitucional y en pos de un nuevo concepto, que denominamos ‘constitución horizontal’<sup>49</sup>”.

La **teoría trialista** permite agrupar los **principios que son parte de los valores ideológicos básicos del orden jurídico** como razones sociales, que comprende la valoración, las preferencias y los intereses (fines, aspiraciones) de la comunidad, esta categoría es adecuada para analizar la razonabilidad<sup>50</sup> de una decisión.

Son parte de la dimensión sociológica, por lo que “los principios constitucionalizados pudieron haber sido el fruto de un acuerdo donde se plasman líneas ideológicas heterogéneas y, a veces, con tendencias contradictorias”<sup>51</sup>.

Los **principios jurídicos positivos** son los principios generales del derecho positivo que se toman en cuenta para elaborar la norma cuando cabe autointegrar el ordenamiento normativo por lagunas históricas o axiológicas. Pueden

---

<sup>47</sup> BIDART CAMPOS, “Tratado elemental...”, págs. 127/128.

<sup>48</sup> COELHO, op.cit., págs. 157 y ss.

<sup>49</sup> “Como metodología, el estudio desecha el tradicional enfoque dogmático, que busca estudiar lo social desde la óptica de las leyes, para, inversamente, considerar el orden jurídico y la Constitución desde la óptica de la sociedad”. Coelho, op.cit., págs. 157-158.

<sup>50</sup> La CSJN definió la “razonabilidad” en el caso “Cine Callao” de 1960 como una adecuada y proporcionada relación de los hechos a las normas y de éstos a los valores. Entiende Juan Francisco Linares que esto es, entonces, el “debido proceso sustantivo” (“Razonabilidad de las leyes”, Buenos Aires, Astrea, 1989).

<sup>51</sup> CHAUMET Mario E., “Los hechos y la complejidad de la decisión judicial (taking facts seriously)” (L.L. 11/4/07)

estar expresados o estar implícitos, demandando una actividad de abstracción, en la que prima la racionalidad<sup>52</sup>.

Los **principios extrasistemáticos** son los principios generales del derecho natural (o suprapositivo), a los que corresponde recurrir cuando hay que elaborar una norma buscando la solución fuera del ordenamiento normativo, es decir, en la justicia material.

### 3.1.2 Las fuentes de normas constitucionales

La cuestión del origen de las normas del Derecho Constitucional nos introduce en la problemática de las fuentes. Adquieren especial relevancia las **fuentes materiales** en esta rama, habida cuenta de la trascendencia de la constitución material para conocer nuestro objeto de estudio.

El texto constitucional debe ser necesariamente confrontado con la realidad social: el Poder Ejecutivo abusa de los decretos de necesidad y urgencia y el Legislativo no actúa como control ¿lo habrá de hacer el Judicial? (¿puede y quiere?). Los derechos fundamentales “consagrados” en el texto constitucional ¿son verdaderos derechos subjetivos en la dimensión sociológica? La respuesta sería perogrullesca, pero al menos ¿hay un reconocimiento judicial en los casos concretos en que se han planteado estas violaciones<sup>53</sup>? ¿y aunque la respuesta fuera positiva, hay efectivamente acceso a la jurisdicción para todos o hay quienes quedan ‘excluidos’<sup>54</sup>? En este caso el “salto” a las fuentes materia-

---

<sup>52</sup> Dice Ciuro Caldani que el valor natural relativo racionalidad es la realización de la captación de carácter lógico efectuada en el ordenamiento normativo. “La racionalidad del ordenamiento normativo debe ser de síntesis, posterior al análisis efectuado en las normas” (CIURO CALDANI Miguel A. “Meditaciones sobre el ordenamiento normativo”, J.A.1980-IV, págs. 773-774).

<sup>53</sup> En “Reina Ricardo c/ Pcia. de Bs. As. y otro” (16/3/2006) la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata desestimó un amparo por el cual el actor pretendía que se hiciera efectivo su derecho a la vivienda digna, con el argumento de que no había agotado las gestiones administrativas. Inés D’Argenio comentó el fallo en estos términos: “Lo expresen o no, los tres jueces sustentan su voto en la doctrina de la ‘zona de reserva de la Administración’, un postulado histórico que, aplicado a la satisfacción operativa de derechos sociales, aparece expuesto con todos sus signos de retardación dogmática” (“La ‘zona de reserva de la administración’ en materia de derechos sociales”, en Suplemento La Ley Administrativo del 23 de mayo de 2006, pág. 1. Es un ejemplo, entre los cientos de pretensiones en este sentido que se rechazan, más los que no se presentan por la conjetura de que no tendrán acogida judicial.

<sup>54</sup> “Ciuro Caldani destaca otra paradoja del capitalismo contemporáneo: esta estructura incluye, casi sin fronteras, las personas, los materiales y los espacios que necesita, y excluye



les no ofrece mayores dificultades, basta con caminar las calles de cualquier ciudad argentina.

Son fuentes materiales los factores de poder, los grupos de presión, las prácticas sociales y políticas, lo que hacen los jueces a través de sus fallos, los límites de la economía, la **constitución cultural**<sup>55</sup>.

En las fuentes formales los repartidores describen (con fidelidad y exactitud, o sin ellas) lo que proyectan hacer. Cuando se trata de normas constitucionales, para mantener la efectiva supremacía se les impone mayor rigidez (dificultando el procedimiento para su derogación mediante otra norma) lo que convenientemente debe ir acompañado de otra cualidad: la elasticidad. Esto le permitió al texto de 1853/60 adecuarse a los grandes cambios de la historia del siglo XX. Estas dos características afectarán los métodos de interpretación tradicionalmente pensados para la ley.

Integran la Ley Constitucional desde 1994, con la misma jerarquía, los Tratados de Derechos Humanos ratificados por nuestro gobierno, e incorporados expresamente.

Esto ocasiona discrepancias a la hora de resolver conflictos entre normas constitucionales, ya que los Tratados tienen muchas formulaciones que son solamente principios de normación.

Por otra parte, es más difícil reconocer al “legislador racional” en un conjunto de Tratados, con distintas partes, armonizando sistemáticamente su voluntad con la del constituyente. El intento de los constitucionalistas es alcanzar un “sistema de protección de Derechos Humanos”, nutrido con los Tratados Internacionales. Pero esto no necesariamente alcanzará para cuestiones tales como las que nos planteamos en este trabajo: ¿a quién incumbe el control de

---

todo el resto. Por eso, especialmente cuando se trata de personas, puede decirse que el actual proceso de globalización es al mismo tiempo un proceso de marginalización (CIURO CALDANI Miguel Angel, *Globalización/Marginación: ¿Implosión demográfica?*, en *Bioética y Bioderecho* n° 5, Rosario, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, 2000, pág 10)”, COELHO, Luiz Fernando, “La constitución horizontal”..., págs. 166/167.

<sup>55</sup> “Es importante reconocer en todo estado una constitución ‘cultural’, que es el plexo de valores básicos que sostiene la sociedad respectiva” (CIURO CALDANI Miguel A. “La constitución cultural, componente básico de un estado”, Rosario, *Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Vol 15, 1992.

constitucionalidad? ¿La vinculatoriedad de los pronunciamientos de los Tribunales internacionales en cuestiones de Derechos Humanos les otorga la última palabra a ellos<sup>56</sup>? ¿Esa fue la voluntad del legislador que declaró la necesidad de la reforma<sup>57</sup>?

Cabe interrogarse acerca de la fidelidad de ciertas reformas introducidas en el '94 (además de los Tratados mismos<sup>58</sup>), entendiendo en términos de ordenamiento normativo: ¿se corresponden con la idiosincrasia de nuestra sociedad? El intento de atenuar el presidencialismo a favor de un parlamentarismo a la europea, pretendió trocar la legitimidad tradicional-carismática hacia una legitimidad racional-legal. Hasta el momento no lo consiguió (si el reformador lo sabía usó la formalización como propaganda<sup>59</sup>, esperando que si no se aplicaba en lo inmediato, al menos quedara plasmada como programa).

A lo que la doctrina tradicional denomina fuentes materiales (factores políticos, sociales, económicos, culturales, jurídicos, que inspiraron a los constituyentes), el constitucionalismo lo ubica como **fuentes indirectas**. Podemos incluir también en este concepto a la justicia y los demás valores que motivaron a los constituyentes y sus ideólogos: J.B. Alberdi, M. Fraguero, J.M. Gutierrez.

Es insoslayable el estudio profundo de estos antecedentes para cualquier interpretación de la voluntad subyacente, tanto del texto original como del de la

---

<sup>56</sup> “Afirmamos sin hesitación que el máximo Tribunal argentino tiene la última palabra en la mayoría de los asuntos que le son llevados a su estrado, que tocan aspectos económicos o de organización interna” (al menos hasta que se constituya el Tribunal de justicia del MERCOSUR, que también le sustraerá parte del ámbito de su actuación en estos temas) “pero sus sentencias son pasibles de revisión internacional en cuestiones atinentes a los derechos fundamentales. Lo que equivale a decir que la Corte nacional es sólo parcialmente suprema”, González Campaña Germán, “La Corte reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional (¿sigue siendo Suprema?)”, nota a fallo de la C.S.J.N. “Espósito” (23/12/2004), en Suplemento de jurisprudencia de Derecho Administrativo, LL, 19 de abril de 2005, pág. 37.

<sup>57</sup> Ley 24309.

<sup>58</sup> “Recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han puesto de manifiesto un nuevo enfoque interpretativo, una ‘interpretación internacionalista’ ... Nuestros jueces no podrían dejar de ser ‘internacionalistas’ o ‘globalizados’ aunque quisieran hacerlo en homenaje al ‘patriotismo constitucional’. Son lujos que no se pueden dar, a tenor de un edificio constitucional nuevo surgido en 1994” (Carnota Walter, “Interpretación internacionalista de nuestra Corte Suprema”, rev. L.L.).

<sup>59</sup> Ciuro Cالدani distingue las fuentes propaganda de las fuentes espectáculo (cuando se sabe que la norma nunca se habrá de cumplir, pero cuya promulgación reporta al autor créditos políticos por esa sola circunstancia).

reforma.

En este sentido constituye un valioso aporte la obra de Alberto Dalla Vía en cuanto a la ideología de la constitución económica y la influencia de Mariano Fraguero<sup>60</sup>. Habremos de coincidir con este autor con relación a la reforma “no sólo fue incompleta sino que además dejó sin definir el problema fundamental de su ideología”<sup>61</sup>. Esto nos priva de elementos indispensables para resolver la cuestión planteada en este trabajo y revela la falta de un proyecto de país con auténticas coincidencias básicas (poniendo en crisis la legitimidad de la clase política dirigente).

Si estaba claro que la constitución histórica respondía al modelo americano (lo que habilitaba a adoptar su sistema de control de constitucionalidad), no podemos decir lo mismo con respecto a la convención constituyente del '94, que incorporó rasgos del parlamentarismo europeo, pero que ni siquiera esbozó la necesidad de creación de un Tribunal Constitucional (¿cabe interpretar los silencios como una voluntad negativa?<sup>62</sup>).

En las fuentes de conocimiento también se desarrolla el Derecho Constitucional. La propia Corte Suprema *obiter dicta* fue delineando una doctrina judicial (complementariamente a sus pronunciamientos, concebidos ya como fuentes materiales, ya como fuentes formales generales –en tanto se los considere vinculantes para los jueces inferiores-).

Los constitucionalistas tienen un alto prestigio en el ámbito jurídico y político en nuestro medio, lo que los convierte en autoridades de referencia a la hora de interpretar e integrar el texto constitucional.

La constitución real vive en el orden de repartos. Desde el realismo genético sostenemos que es una realidad a descubrir. Cada jurista nos brinda su perspectiva de lo que allí sucede: nos describe la constitución material. Esta

---

<sup>60</sup> DALLA VIA Alberto, “Derecho Constitucional Económico”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág 109 y ss.

<sup>61</sup> Ibidem, pág. 119. Cita a Vanossi Jorge R., “La constitución evanescente”, L.L.

<sup>62</sup> “Es menester también hacer una ‘lectura’ interpretativa que ponga atención en lo que llamamos los ‘silencios’ (o espacios en blanco, o vacíos) de la constitución. Hay veces en que lo que la constitución calla o silencia es tan importante como lo que expresamente dice o consigna. Un ejemplo de su propio texto obliga a valorar tales silencios. El art. 33...”. Bidart Campos, “Tratado elemental...” pág. 131.

tarea nunca es neutral, porque determina la decisión de quien ve a través de la perspectiva de aquel.

¿Cómo conocer las fuentes indirectas de otra manera que no sea recurriendo a la historia escrita por hombres con particulares intereses, prejuicios, limitaciones? El elemento histórico de la interpretación estará mediatizado por la historia constitucional. Quien sostenga una decisión en la indagación de la voluntad del constituyente (sus razones alegadas, sus verdaderos móviles, su correspondencia o no con las demandas e intereses sociales) en general estará condicionado por un conocimiento derivado<sup>63</sup>.

### 3.1.3 La interpretación constitucional

“Un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que el tribunal se ‘equivocó’ carece de consecuencias dentro del sistema... Esto conduce a otra forma de negar que los tribunales, al decidir, estén de algún modo sometidos a reglas: ‘El derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es’”<sup>64</sup>.

La Corte Suprema de los EEUU que con “Marbury vs. Madison” inaugura el control de constitucionalidad a través de los jueces, desarrolló una doctrina donde la única limitación fue la que se dio el propio tribunal<sup>65</sup> a través del llamado *self restraint*, una autolimitación ante las *political questions* -entre nosotros “cuestiones políticas no justiciables”-.

La visión “deliberativa” de la democracia (encarnada en Nino, Gargarella, Linares, entre los autores citados en este trabajo) “rechaza la idea de que los jueces tengan la última palabra (es decir, rechaza la supremacía judicial) pero

---

<sup>63</sup> Tuvimos oportunidad de desarrollar otros despliegues del tema en Cartapacio de Derecho, n°11, 2006, con el título “La doctrina como fuente real del derecho”.

<sup>64</sup> HART Herbert L.A., “El concepto de Derecho”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, trad. G. Carrió, pág. 176.

<sup>65</sup> Es preciso remitirnos a los trabajos citados de González Campaña y de Carnota, con respecto a la Corte ya no tan “suprema”, éste último hace esta disquisición: “La Corte Suprema norteamericana, tan citada por la nuestra... se resiste a ‘internacionalizarse’, en contraste p.ej. con la canadiense que es mucho más ‘cosmopolita’. Han aflorado incluso en 2004 varios proyectos de ley en el Congreso norteamericano consistentes en prohibir el uso a los jueces federales del derecho extranjero, a excepción del común inglés”, en op.cit., pág. 2. Sobre la constitucionalidad de la aplicación del derecho extranjero verse Soto Alfredo, “Derecho Internacional Privado”, 2001, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, págs. 205 y ss.

acepta algunas versiones ‘débiles’ del control judicial de las leyes”<sup>66</sup> (un sistema de reenvío al Legislativo o la facultad de revalidar por parte del parlamento una ley declarada inconstitucional).

Es del todo evidente que la interpretación constitucional tiene peculiaridades. “No debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando”, diría el preclaro juez Marshall<sup>67</sup>.

Adquiere una relevancia fundamental la interpretación constitucional cuando estamos frente a “casos difíciles” (o trágicos), en los que la solución no está en la aplicación de una regla obligatoria (como en los “casos fáciles”)<sup>68</sup>.

En los casos difíciles concurren principios que “se caracterizan por ordenar que algo sea cumplido en grados posibles, dentro de posibilidades reales, prima la valoración”<sup>69</sup>.

La doctrina actual puede agruparse entre **originalistas**, que entienden que las normas constitucionales deben ser interpretadas tal como lo habrían hecho sus autores (anclando la constitución, fijando su contenido, para evitar la “tiranía del intérprete”), y **actualistas**, que propician mantener a la constitución como un “texto vivo”, que debe ser interpretado en concordancia con la comprensión actual de sus valores subyacentes (no les parece sensato hacer una reforma de la constitución cada vez que la comunidad tenga algún pensamiento nuevo acerca de lo que significa la igualdad, por ejemplo; y lo contrario provocaría el estancamiento).

No son las únicas alternativas. Dworkin propone una interpretación constitucional basada en principios abstractos, que es lo que efectivamente incorporaron los autores, pero que deben ser objeto de una revisión continuada. La labor del intérprete consiste en encontrar respuestas a las preguntas que formula la Constitución, determinar cuál es la mejor concepción de los distintos

---

<sup>66</sup> LINARES, op.cit., pág. 5.

<sup>67</sup> En “Mc Culloch vs. Maryland”, citado por Dalla Vía, en op.cit., pág. 135.

<sup>68</sup> Al respecto ver ATIENZA Manuel, “El sentido del derecho”, Barcelona, Ariel, 2001; NAVARRO Pablo, “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho”, Doxa nº 14, 1993, págs. 243 y ss.;

<sup>69</sup> FERREYRA Raúl Gustavo, “Reglas constitucionales en serio”, La Ley 2003-C 973, pág. 47.

conceptos fundamentales que fija en su texto, siendo fiel al texto escrito como a las tradiciones y a la práctica constitucional de la comunidad<sup>70</sup>.

Bidart Campos –desde el *trialismo*- sostiene que “la interpretación busca desentrañar el sentido de la descripción efectuada por el autor de la norma; ello supone dos cosas: a) que el intérprete retrocede mentalmente al momento de la creación de la norma, y a la voluntad creadora en igual momento; b) que el intérprete confronta el sentido que a la norma le asigna la comunidad actual con el sentido que le atribuyó el autor”<sup>71</sup>. ¿Qué ocurre si los sentidos discrepan? ¿cuál debe prevalecer?

La respuesta está en las pautas de la interpretación que adopta el mismo autor: “en primer lugar, la constitución debe interpretarse tomando en cuenta el *fin* querido por su autor al proponerlo y describirlo” (y no solo en cada norma, sino en la ideología y los “principios vertebrales”); “en segundo término, la constitución lleva en sí una pretensión de futuro y de continuidad. Lanzada hacia el porvenir, es menester interpretarla e integrarla *históricamente*, de modo *progresivo*. Interpretar la voluntad del autor como inmutable y detenida en la época originaria de la constitución es atentar contra la propia voluntad de futuro y de perduración con que el autor la ha plasmado”. Y agrega “el cambio de valoraciones sociales puede servir como criterio de interpretación dinámica”<sup>72</sup>.

Requiere una mención particular la posición de Néstor Sagués respecto de la interpretación constitucional. Es preciso aclarar antes el concepto de **mutación constitucional**, al que define como modificación indirecta o tácita de la constitución formal. A partir de éste rotula a la interpretación mutativa como toda aquella exégesis admisiva de la mutación, y en la que es factible distinguir la promotora de la mutación y la reconociente de la mutación.

Justifica la legitimidad de esta interpretación por: a) la necesidad de aco-

---

<sup>70</sup> “La concepción de principios propugnada por Ronald Dworkin a partir de su ‘Teoría de la Adjudicación’ presenta ciertas analogías con la idea de existencia de una ‘constitución material’, entendida como el conjunto de decisiones políticas y valores que permiten la integración unitaria de todo el orden jurídico” (DALLA VÍA, op.cit., pág. 145).

<sup>71</sup> BIDART CAMPOS... “Tratado elemental...”, págs. 120 y 121.

<sup>72</sup> Ibidem, pág. 126.

modar las normas constitucionales a la realidad, b) el ahorro de reformas constitucionales formales, y c) el argumento del *constituyente actual*.

“Los cimientos de tal posición se encuentran en Thomas Hobbes: ‘el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan siendo leyes ahora’... el exégeta debe leer, entender y aplicar el texto constitucional –cualquiera sea la fecha de origen del documento- como si lo hiciera el constituyente actual”.

Pero reconoce: “claro está que sin consultas electorales no es sencillo ubicar realmente el ‘constituyente actual’, y menos todavía, establecer con claridad qué quiere en concreto”<sup>73</sup>.

Si admitimos la coexistencia de una constitución formal y una constitución material, habrá que aclarar si la interpretación se refiere sólo a la primera, porque esto puede contribuir a despejar algunos interrogantes.

Dice Goldschmidt que “en la órbita del Derecho espontáneo, la dificultad de establecer la autobiografía de la voluntad colectiva oculta el problema posterior de si su formación puede estimarse fiel; por ello el problema de la interpretación no se cultiva en un ambiente de Derecho espontáneo”<sup>74</sup>.

La constitución material recoge el derecho espontáneo, de manera que si solamente se puede interpretar la ley constitucional, los valores actuales de la comunidad no son el vehículo para desentrañar la voluntad del constituyente. Pero quedan dos recursos para paliar su falta de actualidad: la **adaptación** del texto a la finalidad perseguida por el constituyente originario (que es más trascendente que su mera intención) y la declaración de **carencia** histórica o dikiológica, que habilitan al encargado del funcionamiento a elaborar una norma para el caso (entendiendo al ordenamiento constitucional como sistema material<sup>75</sup>).

Es distinta la conclusión a la que se arribaría desde posiciones como la de Cossio, porque la egología sostiene que el juez no interpreta la ley sino la con-

---

<sup>73</sup> SAGUÉS Nestor Pedro, “El concepto y la legitimidad de la ‘interpretación constitucional mutativa’”, E.D. t. 88, págs. 872 a 875.

<sup>74</sup> GOLDSCHMIDT Werner, “Introducción filosófica al Derecho”... pág. 254.

<sup>75</sup> GOLDSCHMIDT Werner, “Introducción filosófica al Derecho”... págs. 552.

ducta humana a través de la ley<sup>76</sup>, o desde la teoría hermenéutica, caracterizada por “subrayar con precisión el vínculo entre comprensión del texto normativo y del caso concreto que se ha de decidir y, por tanto, la inseparabilidad de interpretación y aplicación del derecho, la hermenéutica jurídica puede definirse como un serio y original intento de reflexión sobre la relación concreta de la norma jurídica con el segmento de realidad regulado por su ámbito de aplicación”<sup>77</sup>.

Para el trialismo el interés principal consiste en determinar con precisión quién reparte y con qué autonomía. Por eso se interesa en la interpretación como intelección de la auténtica voluntad del autor de la norma. La interpretación es cognoscitiva, no decisoria ni correctora<sup>78</sup>.

Luego, aislado el proyecto de reparto, el encargado del funcionamiento de esa norma (de hacer efectivo el reparto proyectado) conjetura antes acerca de la actualidad y de la justicia de su aplicación. En caso de decidir descartar esa norma, él se convierte en repartidor, ya no como una tarea automática de cumplir lo prescripto por el autor (legislador, constituyente), sino como protagonista, elaborando la norma para el caso. El resultado final posiblemente pueda ser el mismo, pero no se le permite al Juez escudar su reparto en la voluntad del legislador, cuando no fue así. Se reserva la tarea de “interpretación” para la indagación y se incorpora la tarea de carencia y elaboración cuando el aplicador es el que reparte.

Con la interpretación constitucional originalista (la “constitución estatua”, como la bautizaría Sagués), el Juez atribuye el reparto actual que realiza a “los padres fundadores”.

Si opta por una interpretación actualista (la “constitución viviente”) puede

---

<sup>76</sup> COSSIO Carlos, “La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad”, Buenos Aires, 1964, pág. 177.

<sup>77</sup> ZACCARÍA Giuseppe, “Razón jurídica e interpretación” ... pág. 28.

<sup>78</sup> Guastini distingue entre interpretación histórica, que adscribe a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos al momento de la emanación, de la interpretación evolutiva, que adscribe a aquella disposición un significado nuevo. “La interpretación evolutiva es, manifiestamente, ‘correctora’; pero lo que corrige no es el significado literal de las palabras; corrige el sentido histórico de las palabras, adaptándolo –por decirlo así– a los tiempos, a las nuevas circunstancias sociales y culturales” (GUASTINI Ricardo, “Distinguendo”, Barcelona, Gedisa, 1999, págs. 233 y 234).



arribar a otra solución, y sin embargo atribuir también al constituyente la decisión. En este caso, el esfuerzo argumentativo deberá ser mayor, porque tendrá que justificarla en fines o aspiraciones no siempre expresados, o que responden a paradigmas político-ideológicos superados, y en circunstancias del todo inimaginables para personajes decimonónicos.

Adoptando una concepción hermenéutica, egológica o dworkiniana buscará la respuesta en la sociedad contemporánea, entonces podrá diluir su autoría, su protagonismo en el reparto, en la supuesta neutralidad descriptivista.

Preferimos una neutralidad menos tensa para traducir la voluntad del constituyente, y esto se facilita si siempre colocamos al Juez como verdadero repartidor-conductor<sup>79</sup>. Sea aplicando la norma tal como fue proyectada por el autor (pudiendo no hacerlo), sea descartándola por valoraciones axiológicas o por inadecuación a las nuevas circunstancias (carencia histórica).

La interpretación buscará la fidelidad<sup>80</sup>, porque en ella no se juega toda la suerte de la decisión.

Concluimos con Mario Chaumet que “en el Estado constitucional la decisión judicial debe ‘concretar’ las exigencias constitucionales. En virtud de ello el control de constitucionalidad ya no se presenta como ausencia de contradicción con las normas constitucionales, sino que la decisión judicial debe además ser expresiva de una ‘razonable’ determinación de los derechos que emanan de la Constitución”<sup>81</sup>.

### **3.1.4 Ordenamiento normativo constitucional**

“El ordenamiento normativo constitucional es un sistema. Hay que considerarlo un sistema material a favor del individuo (arts. 19 y 33 C.N.) y un siste-

---

<sup>79</sup> “Tampoco desde el punto de vista de la justicia del régimen existen títulos que ‘a priori’ permitan decidir la superioridad de la fidelidad o la autoría, pero la fidelidad a influencias humanas difusas tiene el demérito de empobrecer la conducción humana” (CIURO CALDANI Miguel A., “Meditaciones trialistas sobre la interpretación”, ED t.72 pág. 823).

<sup>80</sup> “La autoría del intérprete sirve al liberalismo político permitiendo que su poder limite al de los autores de la adjudicación interpretada, pero puede amenazar a los beneficiarios del reparto interpretativo. Desde el ángulo democrático la solución más satisfactoria es la fidelidad a la voluntad de la comunidad” (CIURO CALDANI Miguel, “Meditaciones trialistas...”, pág. 823).

<sup>81</sup> CHAUMET Mario, “Los hechos y la complejidad...”, cit.

ma formal con miras al Poder Ejecutivo nacional y provincial (art. 29 C.N.); toda vez que urge integrar el texto constitucional en favor del individuo, mientras que no sería lícito rebasar su interpretación en favor de la extensión de las facultades del Poder Ejecutivo”<sup>82</sup>.

Como todo sistema, provee las soluciones para integrar las lagunas. El sistema normativo exige de los jueces que resuelvan los casos, y no que reenvíen las cuestiones no previstas por el constituyente (o de difícil interpretación (casos difíciles) al órgano legislativo, aún siendo que tiene mayor representación popular.

Considerar al ordenamiento normativo constitucional como un sistema impide la deferencia al parlamento: en casos no previstos, en casos difíciles y en casos políticos (“no justiciables”).

Goldschmidt utiliza la estructura vertical del ordenamiento diseñada por Kelsen, aunque limitada a las fuentes formales de repartos autoritarios, por lo que la debe complementar con los repartos autónomos, para entender en forma exhaustiva su funcionamiento. La norma fundamental del trialismo se formula de manera disyuntiva: “cumplirás los pactos y, si no, obedecerás al constituyente originario”.

Las relaciones verticales entre normas realizan el valor subordinación (en lo que respecta a las formas) y el valor ilación (en cuanto a los contenidos).

La subordinación sigue el principio de la ley superior, aunque no hay fuentes obligatorias más que normológicamente.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tampoco es vinculante, como veremos más adelante. Pero puede haber un seguimiento por ejemplaridad, fundada en la razonabilidad de las decisiones que se toman como modelo (precedentes<sup>83</sup>).

---

<sup>82</sup> GOLDSCHMIDT Werner, “Introducción filosófica al Derecho”... págs. 552 y 553.

<sup>83</sup> “Si bien los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en su función de último intérprete de la Constitución sólo producen efectos sobre el caso concreto sometido a decisión, no pueden pasar inadvertidos para los demás órganos jurisdiccionales cuando se trata de situaciones análogas, existiendo un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus fallos a las decisiones del Máximo Tribunal. Sin embargo, tal deber moral desaparece cuando la propia Corte en menos de dos años revoca su anterior criterio -afectándose con ello la seguridad judicial-, merced a un fallo en donde las opiniones que vienen a conformar

El control de constitucionalidad revisa esa subordinación de normas de jerarquía inferior con las normas supremas.

### **3.2 Sistemas de control de constitucionalidad**

Los dos sistemas clásicos de control de constitucionalidad se originan en dos grandes acontecimientos de la historia del Derecho: la Declaración de la Independencia de los EEUU que dio lugar a la Constitución de 1787 y la Revolución Francesa de 1789 que trajo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Como explica Gozáini<sup>84</sup>, los distintos fundamentos de esas revoluciones van a reflejarse en la manera de controlar la supremacía constitucional.

#### **a) El sistema jurisdiccional**

Conocido también como sistema americano, se basa en la confianza en los jueces, y aunque no está prevista esa atribución en la carta magna, a partir del voto del juez Marshall en el caso “Marbury vs. Madison” (1803), se consagra el derecho de cada individuo a demandar la protección jurisdiccional contra todo acto legislativo que se oponga a la Constitución.

#### **b) El sistema político**

Los revolucionarios franceses no podían tener confianza en los jueces que habían “cubierto un espacio político, absolutista e indiferente con las necesidades del pueblo”<sup>85</sup>. En esta filosofía el pueblo es el único creador de las normas, porque en él reposa la soberanía, mientras que los jueces deben limitarse a aplicarlas. La tarea de evaluar la constitucionalidad de las leyes se concede a un órgano político, integrado por representantes del pueblo, desde la Constitución francesa de 1946 (“Comité constitucional” primero, “Consejo constitucional”, finalmente).

Sin embargo, se ha convertido en un órgano jurisdiccional, a la manera de

---

la aparente mayoría traslucen un mosaico de opiniones que no llegan a conformar doctrina pacífica y uniforme” (Cám. Fed. Apel. Cba., sala B, sent. 1127/2004, 19/11/2004, "Zaburlin, Jorge Tomas c/ Estado Nacional y Otros - Amparo").

<sup>84</sup> GOZAINI Osvaldo Alfredo, “La justicia constitucional”, Buenos Aires, Depalma, 1994, pág. 11.

<sup>85</sup> Ibidem, pág. 13.

las cortes tradicionales europeas, aunque el reclutamiento de sus integrantes y su función se pueda considerar aún política.

Más adelante, fruto del desarrollo intelectual de Hans Kelsen e ideado para Austria en 1920, se instrumentó un tercer sistema:

### **c) El sistema mixto**

Se creó una Corte Constitucional de carácter jurisdiccional, con un modelo versátil que se adaptó a otras legislaciones de la Europa continental, y a algunas naciones de América Latina.

El denominado sistema austríaco también se caracteriza porque concentra el control de supremacía.

La clasificación actual puede agrupar estos tres sistemas en dos: el sistema americano (a) y el sistema europeo (que comprende b y c)<sup>86</sup>.

### **3.2.1 Jurisdicción del control**

Los sistemas anteriores otorgan de manera distinta la jurisdicción para declarar la invalidez de la norma que contraría la Constitución.

#### **a) Jurisdicción difusa**

El sistema americano concede a todos los jueces la potestad de revisar la constitucionalidad de las leyes, en el caso sometido a su decisión. Debe aplicar la ley de superior jerarquía, de manera que si una norma infraconstitucional contradice a la ley fundamental, debe inaplicarla.

Como solamente estamos haciendo una breve mención de los distintos regímenes, nos limitaremos a aclarar que no es indiferente la adopción de esta fórmula en un sistema que se rige por el common law que en un sistema del tipo continental europeo.

#### **b) Jurisdicción concentrada**

Se atribuye el control de constitucionalidad de las leyes a un único Tribunal. Dos modalidades principales podemos destacar según la legitimación procesal para el planteo (partes del proceso, o también a órganos políticos, jueces ordinarios, etc.) y la instancia en que se efectúa (prejudicial, incidental, por vía

---

<sup>86</sup> LINARES, op. cit. En el mismo sentido Ruiz Miguel Alfonso, "Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional", *Doxa*, 2000, n° 23.

de acción o de excepción).

### 3.2.2 Formas del control

Las formas de controlar la inconstitucionalidad de las leyes son resumidas por Gozaíni, de la siguiente manera:

**a) Control político preventivo:** es un análisis en abstracto, previo a la promulgación, y lo hace un órgano de origen político, con fundamento en Rousseau que afirmaba que la ley era la expresión de la voluntad general.

**b) Control jurisdiccional reparador:** bajo el sistema de confianza, corresponde al mismo órgano judicial que ha de resolver el caso concreto. Debe estar realizado el planteo en un caso, la decisión tiene efectos solamente para el mismo y se considera como una situación excepcional.

Siendo el sistema difuso, cualquier juez declara inválida la ley inconstitucional para el caso. Si el sistema de control es concentrado, el juez se excusa y eleva las actuaciones al Tribunal constitucional.

**c) Doctrina del precedente obligatorio:** aplicable para ambos sistemas jurisdiccionales de control, la decisión del máximo Tribunal con carácter definitivo, constituye un precedente con efecto vinculante para todos los casos similares.

**d) Doctrinas del precedente no obligatorio:** el valor del precedente si no se consagra su obligatoriedad, no pierde toda fuerza vinculante, porque se estima que en función de la seguridad jurídica y de la economía procesal debe: a) ser acatado por los jueces inferiores en casos análogos; o b) ser aceptado bajo ciertas condiciones –cuando tiene continuidad como jurisprudencia constante e inveterada-, como deber moral o institucional, aún contra sus convicciones, salvo que se justifique que el caso tiene circunstancias de hecho que lo diferencian.

Nuestra Corte Suprema ha seguido este último criterio: "aún frente a la inexistencia de una norma en tal sentido, este tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060; 319:699; 321:2294), que se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dic-

tadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal...<sup>87</sup>.

Justifica a los magistrados inferiores apartarse del precedente<sup>88</sup>, haciendo uso del "recto ejercicio de la libertad de juicio", de esta manera: a) introduciendo nuevos argumentos no considerados por la Corte<sup>89</sup>, o b) fundándose en razones novedosas y variadas<sup>90</sup>, o c) existiendo causas suficientemente graves para hacer inexcusable el cambio de criterio<sup>91</sup>. Asimismo, asume la atribución

---

<sup>87</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo del 21/03/2000 "González, Herminia c. ANSES" considerando 8. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires considera vinculante la jurisprudencia de la CSJN, como tiene dicho en las causas L. 78.535, "Manzini"; L. 76.716, "García"; L. 79.030, "Moreno"; L. 74.888, "Cardozo"; L. 78.007, "Lango"; L. 78.696, "Terecich" y L. 78.584, "Martínez" con voto del doctor de Lázari, que expresaba que "razones de economía y celeridad procesal me inclinan a acatar la doctrina del más Alto Tribunal. En efecto, si en este ámbito fuera rechazada su postulación el recurrente interpondría el recurso extraordinario federal, obteniendo a la postre un pronunciamiento favorable. La propia Corte Suprema difunde que si bien sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas. Por ello califica de arbitrarias y carentes de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de sus precedentes sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por aquélla, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia" ("Fallos": 307-1096, entre muchos otros)".

<sup>88</sup> Un antecedente jurisprudencial de interés se produjo con relación a la ley de Solidaridad Previsional 24.463 que en su art. 19 estableció que "La sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas". Esto importaba que los jueces debían aplicar el precedente del máximo Tribunal "Chocobar Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ Reajuste por Movilidad" del 27 de diciembre de 1996, cuya aplicación hubiera vedado la posibilidad del reajuste de los haberes de la beneficiaria en el caso concreto. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social CS, 2000/03/21 - González, Herminia c. ANSES 15.712 ordenó el reajuste de los haberes de la actora, en parte sosteniendo que el precedente Chocobar no era aplicable a este caso (asegura que los hechos y las pruebas aquí aportados excedían el marco de aquel), pero a todo evento, declarando de oficio inconstitucional la norma contenida en el art. 19 de la ley 24.463, que le otorga efecto vinculante a ese precedente. Sin embargo la CS revocó la declaración de inconstitucionalidad de la segunda parte del art. 19 de la ley 24.463, porque en su interpretación, más allá de lo que ella diga, esta norma "no obsta al recto ejercicio de la libertad de juicio" propia de los jueces, que les permite "apartarse de la jurisprudencia de la Corte cuando introducen nuevos argumentos no considerados por ésta" (considerando 12)

<sup>89</sup> CSJN, "González c. ANSES..." considerando 12.

<sup>90</sup> CSJN, Fallos 262:101; 302:748; 304:898; 307:2124; 312:2007; 321:3201.

<sup>91</sup> CSJN, Fallos 183:409; 209:431; 322:608; 322:2052 y "González c. ANSES..." considerando 16.

de los jueces, al ponderar los hechos y establecer el derecho aplicable, de subsumir o no la solución del debate al precedente<sup>92</sup>.

### 3.2.3 Límites al control

Hay algunas partes de la Constitución que se consideran exentas del control judicial de constitucionalidad, quedando sometidas solamente al control político, son las cuestiones políticas no justiciables<sup>93</sup>. Hay actos del Congreso y del Presidente en que la competencia está regida por la aplicación de criterios de prudencia política privativos de aquellos órganos<sup>94</sup>. “No cabe fundar la inconstitucionalidad en la impugnación de la conveniencia, oportunidad o eficacia de las medidas dispuestas por aquellos órganos en ejercicio de su propia competencia, pues ello significaría una inadmisibles interferencia...”<sup>95</sup>.

Asimismo, se reserva el acceso a los tribunales superiores en virtud de cuestiones de derecho, quedan fuera de la materia recursiva las cuestiones de hecho<sup>96</sup>. Esto que parece un tema simplemente procesal, oculta planteos de inconstitucionalidad que se rotulan bajo esa categoría. “Las normas, no son por sí solas el derecho, en igual medida en que tampoco lo son los hechos o los valores. Para comprender un problema jurídico, para comprender una decisión judicial, hay que analizar la interferencia que hay entre los hechos, las normas y los valores”<sup>97</sup>.

En principio, la calificación como cuestión política no justiciable y como

---

<sup>92</sup> CSJN, Fallos 212:51, 160 y 251; 321:2114; “González c. ANSES...” considerando 10.

<sup>93</sup> Doctrina inveterada de nuestra CSJN, establecida en “Cullen c. Llerena” del 7/9/1893.

<sup>94</sup> “El derecho continental recibe cada día más la influencia jurídica anglosajona: muchos de los partidarios del activismo procesal abrevan en las fuentes del common law en busca de mecanismos que satisfagan los requerimientos de eficacia, utilidad, pragmatismo” (CHAUMET – MEROI, “Paradigmas...”, pág. 19).

<sup>95</sup> BIDEGAIN, op.cit., pág. 128.

<sup>96</sup> Sergio Ferrer destaca que la propia Corte Suprema en “Casal” (Casal Matías y otro, LL 2005-E 657) reconoce la imposibilidad de distinguir entre “cuestiones de hecho” y “cuestiones de derecho”, cuando afirma que se trata de un caso de “arbitrariedad selectiva”. (Ferrer Sergio, “El recurso de ‘casapelación’. La Corte abre la casación a las cuestiones de hecho”, La Ley Córdoba, año 24, n° 1, febrero de 2007, pág. 10).

<sup>97</sup> CHAUMET, “Los hechos y la complejidad...”. “Hoy más que nunca, desde los parámetros del Estado constitucional, para tomarse los derechos en serio, es imprescindible también tomar los hechos en serio”.

cuestión de hecho tiene que llegar en revisión a la propia Corte Suprema. En este sentido, dijimos en otro trabajo “Se pueden reglamentar los derechos, pero no el control de constitucionalidad”<sup>98</sup>.

### 3.3 Dimensión axiológica. Justicia constitucional

La dimensión axiológica del Derecho se conforma con un complejo de valores que culmina en la justicia.

El principio supremo de justicia -presentado por Goldschmidt como exigencia objetiva y por Ciuro Caldani como un constructo<sup>99</sup>- impone adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir, para convertirse en persona.

“Una sociedad se constituye sobre bases compartidas referidas a la justicia, algunos dicen, no sin algún acierto, en base a ‘consensos’ respecto de la justicia”<sup>100</sup>.

El Derecho Constitucional, como rama del Derecho Público, adquiere su autonomía en la búsqueda de la justicia general.

Aunque la Constitución es un plan de gobierno, se origina en pactos que la legitiman como justicia parcial y consensual. Se ha dicho que “toda constitución es un tratado de paz”, y no es distinta la historia de nuestra carta magna.

Sin embargo, a la hora de “decir la Constitución”, este “árbol viviente”, podemos confiar en los jueces –justicia extraconsensual- o retener esta atribución en el poder más representativo de la ciudadanía (el Congreso).

La justicia mediante el proceso judicial, en lugar del de la “democracia deliberativa” (Nino), hace una mayor consideración de persona (de los beneficiarios), porque a través de esta última se pueden avasallar los derechos de las minorías. Es aquella, necesariamente, dialogal (forma), es decir, siempre da la oportunidad de ser escuchado a quien vaya a resultar afectado por la decisión.

Sin embargo, para asegurar el principio formulado como *Quod omnes tangit*

---

<sup>98</sup> RONCHETTI Fernando, “La cuestión de la inconstitucionalidad en el juicio ejecutivo”, El Dial, Suplemento de Derecho Procesal del 23/10/2006.

<sup>99</sup> CIURO CALDANI Miguel Angel, “Metodología dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, pág. 23.

<sup>100</sup> CIURO CALDANI, “Metodología dikelógica”... pág. 15.



*ub omnibus decidetur* (ser afectado por una decisión da derecho a participar en ella)<sup>101</sup>, se requiere no solamente escuchar, sino también dar intervención, según Linares (también para Nino y Gargarella). Estos autores confían más en las decisiones políticas que se toman después de un amplio proceso de discusión colectiva<sup>102</sup>, lo que se obtiene cuando se emplean los medios modernos de democracia directa (consultas populares, plebiscitos, referéndum).

Es posible que en la autocomposición se obtenga un resultado que se asimile a la justicia simétrica (un ejemplo elocuente lo brinda el teorema de Coase).

La justicia que hace el órgano con representación popular será más conmutativa, mientras que si la hace un Juez imparcial e imparcial, será justicia espontánea.

Desde el punto de vista del orden de repartos, la justicia jurisdiccional es más gubernativa, mientras que la del Congreso, puede ser más parcial.

Si el control de constitucionalidad es difuso y si se permite el planteo por cualquier particular afectado, se ofrece la posibilidad de justicia sectorial y de aislamiento, mientras que si la declaración de inconstitucionalidad es *erga omnes* será justicia integral y de participación, como también cuando se limita la acción a los órganos políticos. El sistema europeo de control también se inspira en la justicia integral y de participación.

El control de constitucionalidad jurisdiccional procura la justicia absoluta, mientras que el control político se puede conformar con la justicia relativa.

### **3.3.1 La Constitución fraccionada**

Así como la justicia es pantónoma y por lo tanto inalcanzable para el hombre, que tiene que conformarse con una justicia fraccionada, tampoco es posible alcanzar una subordinación absoluta de todas las normas inferiores a la Constitución Nacional.

Todos los sistemas de control de constitucionalidad fraccionan, para brindar seguridad.

Es un fraccionamiento el control de constitucionalidad jurisdiccional, por-

---

<sup>101</sup> LINARES, op.cit., pág. 50.

<sup>102</sup> LINARES, op.cit., pág. 5.

que en estos órganos no está representada la comunidad, titular del poder constituyente.

Es un fraccionamiento el control político, porque las necesidades coyunturales elastizan y flexibilizan la Constitución a tenor de los intereses actuales, sobre todo en países que no tengan una fuerte tradición republicana (como ocurre con Reino Unido, que mantiene incluso una Constitución no escrita).

Fracciona el complejo personal el sistema que limita la declaración de inconstitucionalidad para el caso particular de quien formula el planteo judicial. Fracciona el complejo temporal el sistema que no obliga a seguir el precedente.

Fracciona el complejo real el sistema que no permite la declaración de inconstitucionalidad en abstracto.

La delimitación de las cuestiones políticas no justiciables es un fraccionamiento, así como la separación en cuestiones de hecho y de derecho y el principio del *iura novit curia*.

Cada sentencia es un fraccionamiento del pasado (cosa juzgada) y un fraccionamiento del futuro (sentando un precedente para los tribunales inferiores<sup>103</sup>, y relativamente para el mismo Tribunal<sup>104</sup>).

Todo fraccionamiento se justifica en razón de que no se puede hacer justicia pantónoma y uno de los despliegues de la justicia es la seguridad. Para ganar en seguridad se fracciona. Pero todo fraccionamiento es pasible de ser desfraccionado, cuando hay una exigencia concreta de justicia, para lo cual no hay que perder de vista que es sólo un fraccionamiento.

En consecuencia, podemos considerar que la atribución del control de constitucionalidad a todos los jueces, y de la última palabra a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es un fraccionamiento necesario para dotar al ordenamiento jurídico de una mayor seguridad y armonía.

Sin embargo, no es más que un fraccionamiento, para el cual se tomaron en

---

<sup>103</sup> Ver nota 83.

<sup>104</sup> GASCÓN ABELLÁN Marina, “La técnica del precedente y la argumentación racional”, Madrid, Tecnos, 1993.

cuenta circunstancias cambiantes (por lo que lo justifican solamente en términos relativos).

Contexto social: el bajo grado de compromiso de la comunidad con cuestiones de interés público, como lo reflejan las audiencias públicas que se convocan para decidir acerca de las decisiones que afectan a las empresas de servicios públicos. La poca respuesta a las consultas populares, el desconocimiento o poco interés por la información en cuestiones republicanas.

Contexto político: al menos en la imagen pública los jueces gozan de un respeto superior al de los representantes políticos<sup>105</sup>.

Contexto jurídico: la modificación del sistema de control de constitucionalidad provocaría una gran inseguridad jurídica hasta que se adecuen las restantes instituciones tradicionales<sup>106</sup>.

### **3.3.2 Axiosofía. Justicia del reparto**

Es preferible dikelógicamente el reparto autónomo, en el que los que reparten son los interesados. Cuando no es posible alcanzarlo, se puede confiar a los mejores (aristocracia) o se gradúa la legitimidad en función del mayor consenso de quien vaya a decidir por autoridad. Será paraautónomo cuando todos lo eligen o infraautónomo cuando es el que cuenta con la conformidad de la mayoría para hacer el reparto.

Respecto a los “mejores” ya hicimos mención de la posición de Goldschmidt, queda a considerar la legitimidad de las élites, tema que ocupará un título subsiguiente.

Con relación a los beneficiarios, debe repartirse en función de sus mere-

---

<sup>105</sup> Dice Goldschmidt que “los hombres cuya profesión consiste en la política intentan disminuir el número y la importancia de los repartos aristocráticos, puesto que tales repartos deben ser sustraídos de la influencia de la misma. Si, por ejemplo, el nombramiento de todos los titulares de puestos de educación y enseñanza se hiciera en atención a la capacidad de los aspirantes, no se puede recompensar con estos puestos a los miembros del partido, ni puede la esperanza de tal recompensa originar ningún ingreso al partido” (GOLDSCHMIDT, “La ciencia de la Justicia”... pág. 289).

<sup>106</sup> Genaro Carrió defiende el sistema judicial de control, basado en el carácter tradicional de la institución, en “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”, NINO (coord.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

cimientos y sus méritos. Hay derechos fundamentales que están consagrados por la sola circunstancia de ser persona, de ser habitante o ciudadano, es decir por merecimiento (la vida, la libertad, la vivienda). Otros emanan de los méritos, reservándose para aquellos que se han esforzado para conseguirlos: la propiedad privada o el derecho a ejercer el comercio y la industria.

La concepción de la democracia deliberativa, otorga a todos los ciudadanos, por *merecimiento*, la posibilidad de participar en las decisiones que les incumben, pero ante la abstención o la indiferencia de buena parte de ellos, culmina decidiendo en función de los que se “comprometen” en la decisión (votando en los plebiscitos, por ejemplo), consagrando el *mérito* finalmente. En la cultura de la prebenda que impera en nuestro país, es posible que los resultados favorezcan a quienes movilizan más “clientes” políticos, para lo cual juegan un rol decisivo los “punteros”, personajes parasitarios de este sistema.

En cuanto al objeto del reparto hay potencias que son dignas de ser repartidas, como la igual remuneración por igual tarea, y hay impotencias que también son repartideras: cargas públicas (impuestos, votar).

Finalmente, se deben fundamentar adecuadamente las decisiones. Toda sentencia de un juez tiene que estar motivada y se controla su argumentación a través de las vías impugnatorias o recursivas. La votación mayoritaria releva de ofrecer justificaciones de la decisión.

La argumentación jurídica está más presente en los estrados tribunales (en función de sus destinatarios) que en la comunicación masiva que diseñan los publicitarios. Pero si el control queda en poder del Congreso (como en el sistema canadiense, que le permite revalidar una ley declarada inconstitucional por la jurisdicción), los debates parlamentarios demandarán un saludable esfuerzo argumentativo.

### **3.3.3 Axiosofía. Justicia del régimen (Estado de Derecho)**

Reconociendo el principio supremo de justicia antes formulado, el Estado de Derecho<sup>107</sup> tiene dos exigencias: el humanismo y la tolerancia.

---

<sup>107</sup> La diferencia con el Régimen de justicia, es que el Estado de Derecho se conforma con los criterios de justicia descubiertos durante su existencia, habida cuenta que para el Trialismo las valoraciones van cambiando conforme el progreso de la humanidad (GOLDSCHMIDT W., “Introducción Filosófica...” pág. 16).

El humanismo se caracteriza por tomar a la persona como fin y no como medio (totalitarismo), lo que requiere garantizar la igualdad de todos (democracia) y la unicidad de cada cual (liberalismo).

La tolerancia asume la existencia de una verdad (a diferencia del escepticismo ético), pero asegura la libertad de pensamiento, de expresión y de propaganda.

Para proteger al individuo contra el régimen se debilita el gobierno, a través de la división del poder (sistema de frenos y contrapesos), y de la descentralización territorial (federalismo) y funcional (entes autárquicos).

A la vez, se fortalece al individuo reconociéndole derechos y garantías fundamentales, y se prevén medios para protegerlo de los demás (derecho penal, derecho de las obligaciones), de lo demás (derecho previsional y de seguridad social) y de sí mismo (derecho asistencial, de la salud, de educación vial).

Nuestra Constitución formal está inspirada en estas mismas ideas, aunque hay ciertas soluciones en particular que van a discrepar notablemente conforme las orientaciones filosófico-políticas.

¿Qué sistema de control de constitucionalidad asegura una mayor esfera de libertad para personalizarse? ¿el político o el jurisdiccional?

La respuesta está condicionada por la conformación social (estratificación, cultura, educación), las tradiciones democráticas (más o menos paternalistas), la legitimidad de los gobernantes (carismática, tradicional o racional legal – Weber-).

Hay límites voluntarios que se imponen los distintos órganos de gobierno sabiendo de sus flaquezas. Nuestra Corte se autolimitó en materia de cuestiones no justiciables (“Cullen c. Llerena”), a la manera de la Corte norteamericana. El constituyente establece un procedimiento de reforma rígido, con cláusulas pétreas<sup>108</sup>, consciente de las debilidades coyunturales de las ocasionales mayorías electorales. En este sentido, el sistema de control de constitucionali-

---

<sup>108</sup> Jon Elster analiza los límites a la racionalidad en el precompromiso de Ulises (“Ulises y las sirenas”, 1983, Cambridge, Cambridge University Press; citado por Gargarella R. en “El camino del descreimiento”, Courtis Christian (comp.) “Desde otra mirada”, Buenos Aires, Eudeba, 2001, pág. 111).

dad jurisdiccional es más conservador que el político, porque tiene que respetar sus propios precedentes. El otorgamiento del control al parlamento o a la voluntad popular implica estar dispuestos a “quemar las naves”.

En principio, el elitismo es una forma de paternalismo, que en materia de derechos políticos no sería admisible aún cuando pudiera verificarse una falta de madurez ciudadana. Porque aún así, la manera de progresar en ese sentido es dando más oportunidades de participación (“los problemas de la democracia se solucionan con más democracia”, dice una popularizada máxima política).

### 3.3.4 Control contramayoritario o elitismo

De lo que se trata en primer lugar es de definir el alcance del principio democrático liberal que afirma que todo aquel que vaya a resultar afectado por una decisión tiene derecho a participar en ella. Esa participación puede ser su “intervención” (como interesado, lo que convierte el reparto autoritario en reparto autónomo, realiza la justicia consensual, pero no siempre es posible) o puede ser el derecho a “expresar su opinión en el proceso de formación de esas decisiones”<sup>109</sup> (justicia dialogal, aunque tampoco sea siempre factible).

La tradición conservadora “sostenía que para la toma de decisiones políticas correctas o imparciales no era necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por esas decisiones”<sup>110</sup>.

La vertiente elitista del conservadurismo llega a decir más: “sólo la reflexión de algunos individuos especialmente virtuosos o ilustrados podía garantizar las buenas decisiones buscadas”<sup>111</sup>.

Los fundamentos filosóficos pueden encontrarse en Locke (existen verdades morales cognoscibles por la razón y no todos están capacitados para acceder a esas verdades) y en Burke (la mayoría de los ciudadanos no alcanzan a reconocer los mejores medios para defender sus propios intereses objetivos<sup>112</sup>).

Repasando otros estudios de las élites, podemos advertir con Tom Bottomo-

---

<sup>109</sup> NINO Carlos S., “La constitución de la democracia deliberativa”, Barcelona, Gedisa, 2003, trad. Roberto Saba, pág. 19.

<sup>110</sup> GARGARELLA, “La justicia frente al gobierno...”, pág. 48.

<sup>111</sup> Ibidem.

<sup>112</sup> Ibidem, pág. 49.

re<sup>113</sup> que “las teorías elitistas se opusieron también a las doctrinas socialistas de un modo más general al reemplazar la noción de una clase que gobierna en virtud de su poder económico o militar por la noción de una élite que gobierna en razón de las cualidades superiores de sus miembros. Como dice Kolabinska, ‘la noción principal transmitida por el término de *elite* es la de superioridad’”.

Gaetano Mosca, uno de los primeros teorizadores de las élites, con propósito descriptivista afirma haber verificado que en todas las sociedades estudiadas indefectiblemente hay una clase gobernante y una clase gobernada, aunque el sistema se denomine democrático, porque “lo cierto es que la realidad nos dice que, aunque se sostenga en el discurso que el gobierno es de todos, de pocos o, incluso, de uno solo, siempre es una minoría organizada la que ejerce el poder, sobre una masa que nunca gobierna”<sup>114</sup>. El elitismo sería un dato de la realidad más que una opción (al menos desde el realismo genético).

El fundamento de la atribución a los jueces del control de constitucionalidad, sustrayéndolo de los representantes del pueblo (el Congreso), se debe a Hamilton (“El Federalista”) y al juez Marshall (a partir de “Marbury vs. Madison”). El razonamiento de Hamilton puede formularse así: “que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la voluntad soberana del pueblo. Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo”<sup>115</sup>.

El argumento parece fundarse más en la imparcialidad (superioridad moral<sup>116</sup>) que en la superioridad intelectual.

---

<sup>113</sup> BOTTOMORE Tom, “Elites y sociedad”, Madrid, Talasa, 1993, pág. 19

<sup>114</sup> YANNUZZI, op.cit., pág. 9.

<sup>115</sup> GARGARELLA, “La justicia frente ...”, pág. 52.

<sup>116</sup> “Los roles y la estratificación social pueden ser comprendido a través de valores” (Ciuro Caldani Miguel A., “Comprensión iusfilosófica de los roles sociales y la estratificación de la sociedad y de su crisis en nuestro tiempo”, Rosario, Boletín del Centro de Investi-

Dice G. Mosca “es que la opinión pública, la religión, la ley y toda la organización social que la hace observar, son la expresión de la conciencia de la multitud, que en los casos generales es desapasionada y desinteresada, y actúa contra el uno o los pocos a los que la violencia de los sentimientos egoístas impide en un momento dado el recto entendimiento de lo justo y de lo honesto. El juez es el instrumento del sentido moral de todos, que en cada caso tiene que actuar para frenar las pasiones y los instintos malvados de cada uno”<sup>117</sup>. Con otras palabras, hicimos mención al analizar las clases de justicia, que la que proviene del control de los jueces es justicia espontánea.

Sin embargo, no podríamos aceptar sin más esa neutralidad de los jueces, a riesgo de convertirnos en los “intelectuales orgánicos” de Gramsci, “funcionales” a la hegemonía de la clase dominante.

Michels, otro de los clásicos del estudio de las élites, destaca la “función de ocultamiento”, en sintonía con Vilfredo Pareto, cuando afirma: “hoy se dice que la ley debe estar ‘viva, flexible’, que debe adaptarse a la ‘conciencia popular’, y son todos eufemismos *para indicar el capricho de aquellos que tienen el poder*”<sup>118</sup>.

Dice con luminosa claridad C. Wright Mills: “No se puede pensar sinceramente en la élite como un grupo de hombres que se limitan a cumplir con su deber. Son ellos quienes determinan cuál es su deber, así como los deberes de sus subordinados. No sólo cumplen órdenes; también las dan. No son únicamente ‘burócratas’; gobiernan las burocracias. Quizá traten de ocultar estos hechos a los demás y a sí mismos, apelando a tradiciones cuyos instrumentos imaginan ser, pero hay muchas tradiciones y es preciso que escojan la que quieren servir. Y tienen que tomar decisiones respecto a las cuales no existe tradición”<sup>119</sup>.

Suficiente para poner entre paréntesis la superioridad moral, por el momen-

---

gaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, FIJ, 1992, pág. 22).

<sup>117</sup> MOSCA Gaetano, “La clase política”, 1995, México, FCE, págs. 179/180.

<sup>118</sup> YANNUZZI, María de los Angeles, “Intelectuales, masas y elites”, Rosario, UNR Editora, 1993, pág. 74.

<sup>119</sup> MILLS, C. W., “La elite del poder”, México, FCE, 1957, págs. 253/277.



to.

En cambio, cuando se trata de superioridad intelectual, habíamos anticipado el pensamiento de Goldschmidt, que reconoce la legitimidad aristocrática (de los mejores), pero sin extender esta idea para las cuestiones políticas: “la superioridad debe ser cognoscible en virtud de nuestra moral gnoseológica! ...La afirmación de un ‘charisma’ no indica un hecho verificable”.

¿Pero cuando se trata de cuestiones jurídicas no estamos en un plano científico que permite formular juicios de verdad verificables?<sup>120</sup> Es difícil trazar los límites entre la Política y el Derecho. “La Suprema Corte está inevitablemente implicada en la política”, dice Ursúa citando a Pierre Leval<sup>121</sup>. Aunque podamos coincidir en esto<sup>122</sup>, analizaremos en particular las relaciones entre el Derecho y la Política más adelante.

La teoría de la interpretación de Kelsen sostiene que la ley da al juez un marco de posibilidades (en función de la ambigüedad o vaguedad del lenguaje, por ejemplo), dentro del cual él puede decidir (es interpretación decisoria). Está habilitado a hacerlo y al decidir puede guiarse por sus propios valores, porque estará tomando una decisión política.

Esto le otorga un margen discrecional al juzgador. Entonces la sentencia es

---

<sup>120</sup> “El mundo jurídico, como sabemos, funciona al compás de la atribución de ‘votos de confianza’ para actuar, claramente dirigidos a determinados sujetos o instituciones. Sin embargo tampoco hay que olvidar que estos votos se otorgan a su vez, en atención a la calidad de los saberes y las verdades que los actores del Derecho logren acreditar, para la producción de fuentes normativas. La imputación de competencias que así se desarrolle es la base de la llamada ‘legitimación aristocrática’, toda vez que permite justificar y fundamentar el accionar de los operadores beneficiados con la misma. En la dinámica actual del mundo jurídico, suele asignársele altas cuotas de legitimidad aristocrática a los abogados, fiscales y jueces para actuar, en virtud de la superioridad científica y técnica que detentan. Pero también se observa que la aplicación de este criterio tiene efecto expansivo en nuestro tiempo; dado que, gracias al desarrollo de carreras de especialización, maestrías y doctorados, se pretende alcanzar niveles de saber, de creciente confiabilidad. Ahora bien, por otra parte, el despliegue de los criterios de legitimación aristocrática, a mi parecer, ocasiona consecuencias ambivalentes; sobre todo para la práctica jurisdiccional, toda vez que afirma por vía indirecta el respeto al ‘principio de autoridad’ que se deriva de aquél” (Dabove María I., “El Derecho como complejidad de saberes diversos”).

<sup>121</sup> URSUA Jose Francisco, “Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos”, *Isonomía*, n° 20, 2004, pág. 272.

<sup>122</sup> Aunque es una tesis resistida, está argumentada por Rodolfo C. Barra, por ej. en “La Corte Suprema de Justicia y la toma de decisión constitucional”, *Doctrina Judicial*, 1992-1 págs. 785/796.

una norma individual, en la que el juez crea derecho. Si no hay tal marco de posibilidades porque la solución es más estrecha, se limita a aplicar la ley.

Cuando Kelsen diseña el Tribunal Constitucional para Austria, lo hace en esta inteligencia. Asegura Linares que si en el marco de posibilidades están las dos alternativas: que la ley sea constitucional o que sea inconstitucional, el Tribunal debe intepretar en sentido favorable a la constitucionalidad, por deferencia al Poder Legislativo.

Si no hubiere ninguna posibilidad dentro del marco de posibilidades constitucionales de que la norma se conforme a la misma, habrá entonces de declararla inconstitucional.

Pero también puede abordarse este problema desde el punto de vista de los casos fáciles y difíciles, que antes mencionamos. En el caso de que se trate de casos fáciles, la tarea parece meramente jurídica, y diríamos que los jueces tienen un conocimiento del Derecho que los legitima para aplicar la regla sin más.

Mientras que ante los casos difíciles, en los que hay que efectuar una ponderación o balance de principios en juego, o en los que la regla deja un amplio margen discrecional, o cuando –agregaríamos- la regla nos arroja un resultado que conjeturamos injusto o disvalioso en cualquier otro sentido, estamos en un plano valorativo.

Y con respecto a las valoraciones no hay aquiescencia para legitimar intelectualmente a los jueces.

Nino<sup>123</sup> considera que suponer que los jueces “por más ilustrados que sean, pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión, y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública” constituye una muestra de “elitismo epistémico inaceptable”.

Sin embargo, hay un cambio en la función judicial, que se percibe claramente en el caso de la actuación de la Corte Suprema de Justicia con la nueva

---

<sup>123</sup> NINO Carlos, “Fundamentos de derecho constitucional”, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 685.

integración.

En el citado caso del saneamiento del Riachuelo, dispuso medidas progresivas a ser cumplidas, rindiendo cuentas, por parte de los funcionarios de la Secretaría de Medio Ambiente de la Nación.

Algo similar fue dispuesto con relación a la seguridad en los estadios de fútbol, donde adopta soluciones que no la limitan a decidir entre dos alternativas.

En más de un caso ha citado a los funcionarios a brindar explicaciones al Tribunal, previamente y con posterioridad a su resolución.

En el caso del fallo “Massa”, el voto de la Dra. Carmen Argibay tiene un sesgo asaz novedoso (ver nota 15), porque asume que es conveniente sumar su voto al de la mayoría por consideraciones de política económica, aún cuando no comparte personalmente la decisión.

Son modelos de jueces que no se ajustan a los tradicionales. Y es posible que, como dice Mills, “a medida que las condiciones para ocupar los primeros puestos en cada una de las principales jerarquías se hacen similares, los tipos de hombres que los desempeñan –por selección y educación- se (vayan) pareciendo”<sup>124</sup>.

Con estos ejemplos queremos descartar la visión del Juez como la del intelectual en la soledad de su despacho y alejado de la opinión pública. Tampoco lo concebimos limitándose a razonar deductivamente en la aplicación del Derecho<sup>125</sup>.

La posmodernidad ha producido otra realidad en materia judicial<sup>126</sup>. Tampoco es seguro que todavía podamos decir que “la objeción fundamental a la

---

<sup>124</sup> MILLS, op. cit.

<sup>125</sup> Decía José Luis de Imaz en el clásico “Los que mandan”, en 1964, fundamentando por qué consideraba que en nuestro país no había una “elite dirigente”: “a lo largo de estos capítulos hemos visto que un buen porcentaje de los dirigentes tenían estudios superiores cursados... Sin embargo, esos indicadores que desde el punto de vista educacional podrían parecer altos no nos dicen nada, y pueden distorsionar la correcta evaluación de los hechos. Casi todos eran abogados, profesión poco apta para la conducción. La conducción moderna requiere mentes inductivas en lugar de deductivas, la elaboración de un plan a partir de los datos del ‘ser’ y no extraído de un orden normativo”, Buenos Aires, EUDEBA, pág. 243.

<sup>126</sup> CHAUMET, “Las escuelas judiciales en la posmodernidad”, citado.

creatividad jurisprudencial sea el hecho de ser antidemocrática”<sup>127</sup>.

Se necesitan liderazgos y los jueces que proponen nuevos caminos, creativamente, no necesariamente se oponen a la sociedad, sino que se anticipan.

Ante la carencia de líderes políticos y sociales, deberíamos promover un mayor compromiso y participación, en instituciones estatales, pero también en ONGs que colaboran con el Poder Judicial y, a la vez, lo auditan. “La presencia destacable de la sociedad civil y la atención que se le brinda es otra manera de la presentación del nuevo tiempo. El protagonismo estatal que en mucho caracterizó a la modernidad es hoy, en la posmodernidad, disminuido en relación a la presencia de la sociedad civil”<sup>128</sup>.

Cabe prestar especial atención también a la manera de seleccionar los jueces<sup>129</sup>. Conforme el sistema de control de constitucionalidad adoptado hay un pormenorizado estudio por parte de Linares (en el trabajo ya citado) en el que compara en los países latinoamericanos que adoptan el sistema europeo, la manera de selección de los integrantes del Tribunal.

Son considerados contramayoritarios los tribunales que están conformados por jueces que no son elegidos por la ciudadanía, sin embargo, en nuestro país los jueces se eligen políticamente (tras pasar una evaluación técnica), con intervención de los otros dos poderes. Esto les da una legitimación democrática. Sin embargo, al asegurárseles su inamovilidad, quedan hipotéticamente sustraídos de los vaivenes electorales sobrevinientes<sup>130</sup>.

En la práctica, al estar funcionando un Consejo de la Magistratura en el fuero federal, que evalúa el contenido de las sentencias políticamente, se proyecta un nuevo escenario que abre muchos interrogantes.

Los jueces estarán más condicionados, y se podrá evaluar su independencia

---

<sup>127</sup> CHAUMET – MEROI “Paradigmas...” pág. 20.

<sup>128</sup> CIURO CALDANI Miguel A., “Las teorías jurídicas y la sociedad civil”, JA 2007-I fascículo n° 7 del 14 de febrero de 2007, pág. 5.

<sup>129</sup> Puede consultarse ALVARADO VELLOSO Adolfo, “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, segunda parte, págs. 20/26.

<sup>130</sup> Por otra parte, la inamovilidad “blinda a los jueces constitucionales respecto de prácticamente toda responsabilidad política y democrática”. Ruiz Miguel Alfonso, “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, Doxa, n° 23, 2000, pág. 156.

real a través de las decisiones que vayan tomando.

En el caso de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien aún tiene en nuestro Derecho la última palabra en materia constitucional, sus miembros son elegidos por el Presidente de la Nación.

Su remoción se realiza mediante juicio político, en el que se analiza también el contenido de sus sentencias (así se lo removió a Moliné O'Connor, por ejemplo). Pero en estos casos, es determinante la consideración pública acerca del funcionamiento de la Corte. Sería impensable que con el prestigio ganado en estos últimos años, se pudiera repetir un cuestionamiento a un Juez de ese Tribunal sin justificaciones fuertes.

Si esta opinión es plausible, deberíamos aceptar que no tiene tanto margen la Corte Suprema para actuar contramayoritariamente, a riesgo de que la iniciativa de juicio político de algún diputado nacional gane adhesiones y trunque la continuidad en el cargo de ministros antipopulares.

En esta valoración interviene también la dimensión sociológica de la Política.

### **3.3.5 Derecho y Política**

El integrativismo trialista define a la Política como el conjunto de actos de coexistencia, captados por normas y valorados por los valores de la convivencia, que culminan en el valor humanidad<sup>131</sup>.

La Política es el continente del Derecho, y entre ambos se da una relación de coadyuvancia valiosa, contribuyendo la justicia a la realización del valor humanidad. “La jurisdicción constitucional no es lo opuesto a la política, sino que hasta cierto punto es política” (Grimm<sup>132</sup>).

Pero también se encuentran otras ramas de la Política que adquieran su autonomía en función de exigencias valorativas propias: v.gr. la política científí-

---

<sup>131</sup> “Se trata de lograr la personalización plena del individuo en sus despliegues de convivencia” (CIURO CALDANI Miguel A., “Derecho y Política”, Buenos Aires, Depalma, 1976, pág. 122.

<sup>132</sup> GRIMM Dieter, “Comment”, 1988, en Landsfried 1988<sup>a</sup>, págs. 169/171. Citado por Ruiz Miguel Alfonso, “Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional”, Doxa, n° 23, 2000, pág. 146.

ca en torno al valor verdad, la política artística en torno al valor belleza, la política económica en torno al valor utilidad, la política sanitaria en torno al valor salud, la política de seguridad en torno al valor homónimo.

Dice Dalla Vía que el finalismo interpretativo de la Corte se vislumbra en la valoración de la eficiencia económica como parámetro decisorio (Fallos “Mickey”, “Horvath”, “Cocchia”, entre otros). “En algunos casos esa tendencia llega a extremos, como ocurrió en la decisión recaída en el fallo “Chocobar”, de limitar los derechos fundamentales a favor del equilibrio del presupuesto”. Esto supone que la utilidad se arroga el papel de la Justicia.

Algo equivalente ocurre hoy en día con los amparos en materia de salud, porque muchos jueces consideran que este valor desplaza a todos los demás, colocándolo en lugar de la Justicia (se favorece a quien plantea el amparo, desplazando de las “lista de espera” a quienes posiblemente tengan tanto o más necesidad médica, por no haber planteado la medida cautelar).

Indudablemente también se arrojan la educación y la seguridad el material estimativo de la justicia, en sede judicial, pero también en el ámbito legislativo y administrativo.

### **3.3.6 Perspectiva de Teoría General del Derecho**

Entre los valores del Derecho se aplican de igual forma las relaciones de coadyuvancia. La coherencia, que es el valor del ordenamiento normativo; la solidaridad, que es el valor de la ejemplaridad, la previsibilidad, que es el valor del plan de gobierno en marcha, la fidelidad, que es el valor de la interpretación, el poder, que es el valor del reparto autoritario, deben integrarse y contribuir para la realización de la justicia.

A través del control de constitucionalidad se puede alcanzar la coherencia, la previsibilidad, la racionalidad. Es un producto del Derecho Constitucional que realiza el valor adecuación.

Desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, el ordenamiento normativo es un todo sistemático, que se fracciona en ramas por especiales exigencias de justicia. Pero como todo fraccionamiento hay que reconocer que el mismo se justifica en tanto y en cuanto tengamos conciencia de que no es más que eso: una decisión metodológica en función de un propósito, que deja

de estar justificado cuando no lo cumple.

Entre las ramas se pueden analizar las relaciones de coadyuvancia u oposición. Las ramas deben contribuir con el Derecho Constitucional, no deben arrogarse su material estimativo, subvirtiéndose. Por caso, el Derecho Procesal debe estar al servicio de la Constitución; pero tampoco puede invertirse el Derecho Constitucional para ocupar el lugar del Derecho Procesal.

Esta última situación se produciría si sometemos aspectos necesariamente jurisdiccionales, en los que corresponde aplicar el razonamiento lógico, la ciencia y la técnica procesal, con sus principios y su método, al arbitrio de opiniones interesadas y volátiles, como ocurre cuando se toman algunos casos de inseguridad con la ligereza de los medios masivos de comunicación.

#### **4. CONCLUSIÓN CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PREGUNTA INICIAL**

Habiendo desarrollado los temas en general, finalizaremos el trabajo brindando nuestra posición con respecto a la cuestión del control de constitucionalidad.

Nuestra Corte Suprema realiza el control de constitucionalidad desde el precedente “Sojo”<sup>133</sup> de 1887, siguiendo la jurisprudencia de la Corte norteamericana.

Esta tradición es importante, como lo destaca Carrió, y lo que corresponde analizar es si el sistema funciona “contramayoritariamente”.

Pero aún cuando mostrase deficiencias (no hay cuestionamientos concretos, sino sólo doctrinales), correspondería fundamentar de qué manera se aseguraría un resultado mejor con un control político, o a través de un Tribunal Constitucional (a la europea y como está establecido en muchos países latinoamericanos)<sup>134</sup>.

La otra alternativa la ofrece un sistema de revisión judicial “débil” como el canadiense, en el que el Legislativo puede revalidar una ley declarada inconstitucional. Pero estas soluciones alteran la coherencia del ordenamiento nor-

---

<sup>133</sup> CSJN, “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” del 22/09/1887.

<sup>134</sup> Recomendamos la lectura del trabajo comparativo de Sebastián Linares.

mativo<sup>135</sup> (a no ser que consideremos que esto constituye una reforma constitucional).

Aceptamos que no siempre los jueces son los mejores intérpretes de la comunidad en la que se desenvuelven, pero ¿hay alguien que lo haga mejor? ¿O se puede dejar sin más ese dictamen a una preferencia colectiva circunstancial expresada de manera directa?

Para responder, podíamos abreviar en la teoría dualista de Bruce Ackerman, que sostiene que existen dos tipos de decisiones fundamentales dentro de una democracia. En primer lugar se encuentran las decisiones que toman el conjunto de ciudadanos: las que llama “decisiones constitucionales”, que se expresan a través del dictado de la Constitución, de sus reformas y de otras decisiones igualmente importantes. En segundo lugar están las decisiones que toma la ciudadanía a través de su gobierno y que se expresan a través de las leyes nacionales o locales. “Las decisiones del primer tipo son muy infrecuentes. Para concretarlas se exige una enorme movilización de la ciudadanía; amplios procesos de discusión; marchas y contramarchas a partir de la discusión de ideas opuestas, etc.”<sup>136</sup>. “En cambio, el segundo tipo de decisiones son más normales y hacen a la política de todos los días. A través de sus mandatos, los representantes de la ciudadanía tratan de satisfacer los intereses generales. Para ello dictan leyes, las aplican, las hacen cumplir. Sin embargo... los representantes no tienen autoridad para revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía, que se reflejan en aquellas opiniones de ‘primer nivel’”. (Ackerman Bruce, “We the People: Foundations”, Cambridge, Mass, Harvard U.P., 1991).

---

<sup>135</sup> "Si los jueces no se encuentran autorizados para decidir acerca de la legalidad o constitucionalidad de la norma de derecho sancionada por la autoridad de menor jerarquía, la única manera de establecer un mínimo de compatibilidad lógica en el sistema legal es sostener que la Legislatura está facultada para sancionar leyes que pueden contradecir normas constitucionales. A la luz de esta teoría, una vez que las normas han sido sancionadas, son válidas en virtud de una delegación de tal autoridad y van a continuar siéndolo hasta que sean derogadas (KELSEN, H., "General Theory of Law and Statem", 20th Century Legal Philosophy Series, vol. 1, p. 156, trad. A. Wedberg, 1945)". CUETO RUA Julio César, Elementos lógicos en el proceso judicial de interpretación y aplicación de normas jurídicas generales, L.L. año LXIII n° 210, Bs.As., miércoles 3 de noviembre de 1999, pág. 4

<sup>136</sup> GARGARELLA “La justicia frente...” pág. 135.



Esta posición es compatible con la de Hamilton<sup>137</sup> “que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la voluntad soberana del pueblo. Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo”.

Dice Ackerman que no es cierto que las legislaturas sean la expresión máxima de la voluntad ciudadana, como tampoco es cierto que todas las leyes o todos los principios que rigen nuestro derecho se encuentren en un mismo nivel. Existe una diferencia entre las decisiones que provienen de la ‘política de todos los días’, y las que resultan de largos procesos de movilización ciudadana... que constituyen ‘decisiones constitucionales’”.

Para los dualistas “es bueno que exista un órgano destinado a preservar las decisiones más fundamentales del pueblo, frente a las decisiones elaboradas por los legisladores en el día a día. En ese caso, el poder judicial no actuaría antidemocráticamente, sino democráticamente, al pronunciarse en contra de leyes actuales (de ‘segundo nivel’), opuestas a las más profundas decisiones de la ciudadanía movilizada”<sup>138</sup>.

Lo que se le cuestiona al dualismo es que efectivamente existan esos dos niveles de decisión y que, si así fuera, sea la Corte Suprema la institución mejor capacitada para distinguir los dos niveles.

Ya adelantamos nuestra opinión (en el apartado “Dimensión axiológica. Justicia constitucional”) en cuanto a que ubicaríamos en el segundo nivel a ciertas decisiones. Coincidimos con Ackerman que la Corte Suprema es quien está habilitada para establecer las decisiones constitucionales y las que no lo son (esto es ya “decir cuál es la Constitución”), por los fundamentos volcados al analizar el tema del “elitismo”.

No compartimos del todo, en cambio, la reconocida postura de John Hart

---

<sup>137</sup> Nota 112.

<sup>138</sup> GARGARELLA “La justicia frente...” pág. 137.

Ely (“Democracia y desconfianza”, Bogotá, Universidad de los Andes), según la cual la Constitución (americana, en su caso) no es un sistema de conceptos y valores cerrados y sustantivos, sino un conjunto de procedimientos formales dirigido a asegurar que la toma de decisiones estará abierta a todos en términos de igualdad formal; y que quienes deben decidir, tomarán en consideración los intereses de aquellos a quienes puede afectar su decisión.

Para él, la tarea del juez no es la de descubrir valores fundamentales - porque en una democracia esto es competencia de los parlamentarios- sino la de reforzar el proceso de representación política. Lo que legitima a la Corte como órgano de control de constitucionalidad es que puede declarar inconstitucionales decisiones de los poderes políticos que afecten al sistema republicano y representativo de gobierno<sup>139</sup>.

En nuestro país serían ejemplos de esto el planteo que se pudiera llevar con respecto a la atribución de “superpoderes” al Jefe de Gabinete, la composición del Consejo de la Magistratura nacional, la validez de muchos Decretos de Necesidad y Urgencia que dicta el Ejecutivo.

Pero deja afuera de la potestad jurisdiccional la garantía de derechos fundamentales (la vida, la libertad, la igualdad), que quedarían sometidos solamente a la mayoría parlamentaria.

Posiblemente porque no tenemos la tradición democrática de los EEUU. Pero pensándolo para nuestro país, me parece contraintuitivo dejar el avasallamiento de derechos humanos de cualquier individuo en particular sustraído del control judicial.

Otra distinción clarificadora es la que formula Dworkin con la ya mencionada clasificación entre directrices (políticas) y principios.

Las directrices definen los objetivos colectivos y los principios establecen derechos que protegen ese estado de las cosas cuyo valor toma en cuenta la distribución y la individualización de los bienes involucrados.

Considera este iusfilósofo que el argumento para tomar ciertas decisiones a través del proceso democrático está relacionado con directrices, dado que se

---

<sup>139</sup> Cfr. DALLA VIA, op.cit., pág. 147.

refiere a la necesidad de equilibrar intereses diversos.

Pero este proceso no se aplica a decisiones tomadas sobre la base de principios, dado que estos no se apoyan en un equilibrio de intereses y, en efecto, tienen una validez atemporal. Los jueces, de acuerdo con Dworkin, deberían decidir sus casos sobre la base de principios y no sobre la base de directrices (políticas)<sup>140</sup>.

Es una posición liberal con rasgos individualistas que no son tan fáciles de compartir, porque no admite sacrificios de derechos individuales. Por supuesto que coincide con el humanismo que defendimos, porque los principios son categóricos, no están en función de otros objetivos. Pero, sin embargo, cuando estos principios entran en colisión con ciertas necesidades sociales, es indispensable ponderar los valores en juego, sin descartar la limitación de uno en pos de un objetivo colectivo (un ejemplo que no es utilitarista es el principio de diferencia de J. Rawls).

Concluimos entonces en que la Corte Suprema es el último intérprete de la Constitución Nacional, y que es legítimo que lo sea, en tanto y en cuanto desempeñe su función con las siguientes premisas:

a) La capacitación de sus integrantes, que comprende tanto el aspecto intelectual (su formación), como el aspecto moral (ser efectivamente imparciales<sup>141</sup>), lo que implica, con palabras de Cossio que “la verdadera neutralidad del

---

<sup>140</sup> Cfr. NINO, “La constitución de la democracia...”, págs. 269/270.

<sup>141</sup> “La ideología filosófica de la neutralidad axiológica del jurista, invoca el ejemplo del investigador de la Naturaleza, que va hacia sus datos desligado de todo juicio de valor. Pero la invocación olvida, para enmascarar su propósito, que no se trata de una actitud por sí misma recomendable que este investigador toma. La neutralidad de éste no radica en esa actitud por ella misma; por el contrario, corresponde destacar que, en la Naturaleza, el propio dato es neutro, es decir, carente de juicios de valor, por lo cual el verdadero significado de aquella neutralidad axiológica del naturalista, consiste en adaptarse a su dato, en serle fiel, en respetarlo tal como es. Este científico tiene un solo frente ideológico para luchar; y está luchando precisamente en ese único frente, al impedir que los juicios de valor le desfiguren su dato. Pero el jurista (juez o tratadista) no puede ser neutral de este modo en una experiencia que él mismo contribuye a crear y cuyos datos son, ellos mismos, axiológicos. Ambas cosas tornan improcedente aquella invocación. La verdadera neutralidad del jurista consiste en tomar partido por el valor que hubiere en su experiencia; la suya no es la aparente neutralidad de quien se lava las manos, sino la riesgosa neutralidad de quien está comprometido a no deformar lo mejor que encontrare en su experiencia. El jurista lucha contra dos frentes ideológicos: por un lado, el que viene renunciando a todo juicio de valor; por el otro, el que viene con un juicio de valor preconstituído. De ambas maneras se operaría una deformación ideológica de lo que el dato como justicia en sí mismo contuviere. El jurista no ha de inventar la

jurista consiste en tomar partido por el valor que hubiere en su experiencia”). Esto no les da una superioridad, sino una base de **idoneidad**.

b) Su efectiva **independencia** con respecto a los demás poderes<sup>142</sup>, desde el momento en que son designados (es claro que no para su acceso al cargo, lo que demandaría que sean electos por la ciudadanía, con las dificultades que esto entraña, como explica Alvarado Velloso en la obra citada<sup>143</sup>, porque tendría que emplear el aparato de un partido político, entre otras cosas).

c) Su apertura a la comunidad y a los sectores a los que afectarán sus decisiones (lo que el trialismo define como “**audiencia**”), previo a adoptarlas y con posterioridad para su mejor cumplimiento (remitimos a los ejemplos citados del saneamiento de la cuenca Riachuelo y del fallo “Massa”)<sup>144</sup>.

También nos inclinamos por mantener el sistema de control reparador, con efectos solamente para la causa concreta (los únicos países de la región que adoptan este sistema son Argentina y Uruguay), porque es dificultoso separar las cuestiones de derecho del caso (ver citas del trabajo de Mario Chaumet<sup>145</sup> y del fallo “Casal”).

Finalmente, nuestra posición personal prefiere que los precedentes de la Corte Suprema no sean obligatorios para los jueces inferiores, más allá del carácter vinculante que actualmente se les reconoce<sup>146</sup>, en aras de una mayor

---

justicia, pero tampoco ha de renunciar a ella” (COSSIO Carlos, “Radiografía de la Teoría Ecológica del Derecho”, Buenos Aires).

<sup>142</sup> “La posibilidad de la 'independencia' de los jueces, descriptivamente, y según hemos visto, reconoce límites muy claros. Se puede hablar de 'independencia' frente a poderes externos o poderes internos (propios de la estructura judicial), pero no puede reclamarse la 'independencia' de los jueces respecto de la política, o respecto de las propias orientaciones ideológicas. Enfrentados a la necesidad de aplicar una norma, y a interpretarla de una cierta manera, los jueces no pueden mantener su 'neutralidad': deben tomar, por una u otra razón, una cierta decisión final”. GARGARELLA Roberto, op. cit., págs. 235 y 236.

<sup>143</sup> Ver nota 129.

<sup>144</sup> Ver nota 80.

<sup>145</sup> CHAUMET Mario E., “Los hechos y la complejidad...”, cit.

<sup>146</sup> “El fundamento del uso del precedente lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera lo igual”. La razón de ser del precedente es que la reglas del discurso no permiten alcanzar siempre un resultado correcto, por lo que con frecuencia queda un considerable espacio a lo discursivamente posible y “llenar este espacio con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de univer-

---

libertad de juicio, que -reconociendo la singularidad de cada causa- amplía las perspectivas de su valoración.

---

alidad". ALEXY R., *Teoría de la argumentación jurídica* (1978). Trad. De M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 262 y 264.