La argumentación jurídica en el control constitucional [*]
Una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad

Gabriel Bouzat [**]

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

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

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

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

El control judicial de constitucionalidad nació en forma pretoriana, en distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia que reprodujeron la doctrina de Marbury vs. Madison.[1] Se considera, no obstante, que tiene base constitucional, la que se deriva de una cláusula que establece la supremacía de la propia constitución, y otra que dispone la competencia de la Corte Suprema para entender en todas las causas sobre puntos regidos por la constitución.

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

---

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

[**] Abogado 1985, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1988, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo.

1. Ver fallo "Sojo", CSJN, Fallos, 32:120 y fallo "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo", CSJN, Fallos, 33:162.

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

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

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

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

II). Las enormes facultades que se le reconocen al poder judicial para la revisión de la constitucionalidad de las leyes, han sido ejercidas en la Argentina de una manera muy modesta. Diversas razones explican este hecho.

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

La única excepción a este principio, a partir de la reforma constitucional de 1994, se da en el caso de los derechos contra la discriminación, el medio ambiente, y el de los consumidores y usuarios de servicios públicos, para cuya defensa se encuentran también legitimados el Defensor del Pueblo, y las asociaciones inscriptas en un registro que tengan por principal objeto la promoción de esos derechos.

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

---

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

3. Ver Fallos, 270:74.

3. Otra limitación se deriva de la llamada teoría de las cuestiones políticas no judiciables. De acuerdo a esta teoría, en todos aquellos casos en que se cuestionan aspectos que entran dentro del ámbito de discrecionalidad de los poderes legislativo o ejecutivo, los jueces se abstienen de fallar. Ello ha sucedido en materia electoral, de declaración de estado de sitio, de intervención federal de provincias, de reconocimiento de autoridades provinciales,[4] etc.

4. Otra limitación relevante es la doctrina de la deferencia hacia el legislativo y la presunción de validez de los actos administrativos. En función de estas doctrinas, los tribunales han adoptado un criterio restrictivo para determinar la inconstitucionalidad de las leyes u otras normas, basándose en la presunción de validez de los actos de gobierno.[5]

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

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

La década del ochenta fue inusualmente rica en la discusión y renovación de la tradición constitucional argentina. A partir del restablecimiento de la democracia se debatieron en los tribunales cuestiones fundamentales relativas a la vigencia y alcance de los derechos constitucionales.

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

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

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

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

El principal es el de la Supremacía de la Constitución:

Este argumento fue brillantemente expuesto por el Juez Marshall, en el leading case Marbury vs. Madison:[6]

La lógica del argumento es la siguiente: 1) la función del Poder Judicial es la de aplicar el derecho, 2) la Constitución es la ley suprema de la Nación, 3) por consiguiente, los jueces deben aplicar la Constitución, 4) es por eso que, si los jueces determinan que una ley contradice a la Constitución, la deben

4. Fallos, 4:311; 53:420; 154:192.
5. CS, junio 92, La Ley, 1993 A, 546; CS, abril 93, La Ley, 1993 D, 118.
6. 5 U.S. 137 (1803).

declarar inconstitucional. De acuerdo a este razonamiento, el control de constitucionalidad de las leyes forma parte de la función institucional del Poder Judicial de resolver los casos concretos aplicando las normas jurídicas.[7]

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

La extensión de esta exposición no permite profundizar la crítica de esta pretensión. La doctrina constitucional norteamericana, en especial Dworkin[8] y Ely,[9] han mostrado que la apelación a los criterios gramaticales o de la intención del constituyente conlleva siempre una opción valorativa.

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

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

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

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

8. Ver R. Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge, Mass. 1977.
9. Ver, John H. Ely, "Democracy and Distrust", Harvard U. Press, 1980.

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

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

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

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

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

Quienes siguiendo las ideas expresadas por Madison en "El Federalista",[10] justifican la democracia como un sistema pensado para desconcentrar el poder y evitar la tiranía, pueden sostener con coherencia, que el control judicial de constitucionalidad es democrático porque implica un importante control a los demás poderes.

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

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

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

La democracia se identifica con el gobierno a través de la discusión, y las decisiones democráticas deben ser el resultado de esos debates públicos en los que se obtiene un consenso mayoritario a partir de la expresión y discusión de ideas encontradas.

A mi entender, a la luz de los análisis de Habermas,[11] Ackerman[12] y Nino,[13] la justificación de la democracia se basa en los valores de la autonomía personal y de la imparcialidad, presupuestos en la práctica social de construir consensos

10. Ver, Hamilton, Madison y Jay, "The Federalist Papers", Nº 10.

11. Ver, Jurgen Habermas, "Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State", en "Multiculturalism", editado por Charles Taylor, Princeton U. Press, 1994.

12. Ver Bruce Ackerman, "Social Justice in the Liberal State", New Haven, 1980.

13. Ver, Carlos S. Nino, "Etica y Derechos Humanos", Buenos Aires, 1989.

en forma argumentativa. Lo que justifica la democracia no es la sola voluntad mayoritaria, sino la manera en que dicha voluntad se construye.

Siguiendo este razonamiento podemos afirmar que la legitimidad de una decisión mayoritaria depende, en buena medida, del grado de amplitud, libertad y participación que alcance el debate público que precede a la decisión, de forma tal que los valores de la autonomía y la imparcialidad presupuestos en el procedimiento democrático sean respetados por la decisión en cuestión.

Esto determina que los jueces no incurrirían en una decisión ilegítima cuando invalidan una decisión mayoritaria que limita los derechos fundamentales, o que no reglamenta de manera imparcial los derechos e intereses constitucionales de ciertos grupos o personas.

Siguiendo este razonamiento, los jueces están sólo legitimados para declarar la inconstitucionalidad de las leyes apelando a valores presupuestos en los procesos democráticos. En esos casos, no se antepone la voluntad personal del juez a la voluntad mayoritaria expresada por la legislatura, sino que se refuerzan los procedimientos democráticos, al protegerse las precondiciones y presupuestos que dan fuerza moral a la democracia misma.

Se puede sostener entonces que los jueces pueden apelar a argumentos basados en razones democráticas para invalidar aquellas decisiones mayoritarias que contradicen la fuente misma de su propia legitimidad democrática. Cuando ello ocurre se debe entender que el procedimiento democrático no ha funcionado correctamente y que la tarea del juez ha sido de corrección y ampliación de los procedimientos democráticos.

V). Estos argumentos vertidos a favor de la legitimidad del control judicial en casos concretos, y a modo de remedio, no alcanzan, a mi entender, para justificar el control abstracto y preventivo a cargo de un tribunal constitucional.

En primer lugar, debemos tener presente que el poder legislativo realiza un control constitucional de las normas que sanciona, y que se autolimita al legislar adecuando sus decisiones a lo que dispone la constitución. En general los cuerpos legislativos cuentan con una comisión de asuntos constitucionales que evalúan la constitucionalidad de los proyectos de ley.

Por eso, hasta que algún ciudadano no se sienta afectado por una norma que considere inconstitucional, no parece que existan razones para desechar una decisión del Parlamento sosteniendo que la misma es inconstitucional.

En relación a los derechos constitucionales, se debe partir del principio que no hay mejor juez de sus propios intereses que uno mismo. Por consiguiente, autorizar a ciertos funcionarios a presentarse en defensa de supuestas inconstitucionalidades, por nadie alegadas, plantea un problema de legitimación muy difícil de resolver.

El control preventivo y abstracto de constitucionalidad, en manos de un tribunal constitucional, que analiza las normas sin tener en cuenta la incidencia de la aplicación de las mismas en un caso particular, se maneja en un grado de abstracción similar al que tuvo en cuenta el legislador al sancionar la ley. Dicho tipo de control implica una suerte de elitismo que presupone que un reducido grupo de expertos están mejor capacitados que el Parlamento para solucionar los conflictos valorativos que plantea la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

A mi entender, se le debe otorgar prioridad a la decisión legislativa porque cuenta con mayor legitimidad democrática. A pesar de que en ciertos casos pueda surgir una clara contradicción entre una ley y la constitución, ello no es lo que ocurre en la mayoría de los casos, especialmente en los casos difíciles, siguiendo la terminología de Dworkin.

Debemos tener presente que el consenso democrático que legitima las normas jurídicas se da a un nivel de abstracción distanciado de las situaciones concretas en que las normas son aplicadas. Sólo si fuese posible prever detalladamente, durante el proceso de discusión previo a la sanción de la norma, todas las situaciones posibles en las cuales las normas pueden ser aplicadas, se podría llegar a la conclusión de que el procedimiento democrático ha respetado el principio de universalización. Como decía el gran Juez Norteamircano Oliver W. Holmes, "generalizar es omitir".

En verdad, el principio de imparcialidad que legitima las decisiones democráticas, no se satisface plenamente en discusiones generales acerca de cual es la norma correcta para resolver determinada cuestión, puesto que es imposible prever la riqueza de detalles y circunstancias que pueden darse en un caso concreto de la realidad.

El principio de imparcialidad exige que se tengan en cuenta todas las circunstancias relevantes de un caso, y no se puede considerar que ha sido plenamente respetado cuando sólo se lo tuvo presente en la justificación de una norma general, y no en la aplicación de esa norma a un caso particular.

Esta exigencia no puede lograrse en el control abstracto y preventivo. Los tribunales constitucionales al realizar este tipo de control, se manejan a un nivel de abstracción y generalidad similar al de la legislatura, sin tener en cuenta las particulares circunstancias de un caso concreto. No aplican normas sino que juzgan normas. Ello determina la dificultad práctica de establecer en general y a priori el peso relativo de cada valor o argumento que entran en conflicto al evaluarse la constitucionalidad de una ley.

En cambio, cuando la decisión legislativa es cuestionada por una persona que alega que sus derechos constitucionales son afectados, los jueces pueden revisar la decisión legislativa analizando si la pretensión de esa persona es compatible con los presupuestos valorativos que justifican la democracia.

Se debe tener presente que las legislaturas han sido pensadas para dictar normas generales que han de regir las futuras conductas individuales. En cambio, los jueces investigan los hechos pasados y tienen con exclusividad la facultad para determinar las circunstancias fácticas del caso. Por eso, cuando frente a un caso concreto advierten que un derecho constitucional de una persona ha sido afectado, por una ley que no contempla imparcialmente la situación de la persona en cuestión, si amparan su pretensión, están ampliando y no restringiendo los valores que justifican la democracia.

El procedimiento al que nos referimos puede ser visto como una suerte de diálogo entre los órganos representativos y el poder judicial. El diálogo se inicia cuando la legislatura sanciona una ley que reglamenta un derecho constitucional. Dado que en las legislaturas están representados los grupos políticos y los sectores de opinión más relevantes, y que las decisiones se toman por mayoría después de un amplio debate, se debe presumir que lo establecido por la legislatura es legítimo.

Sin embargo, atento a que la democracia no es un procedimiento perfecto, y puede desconocer puntos de vista moral y constitucionalmente relevantes,

los jueces pueden corregir dicho error apelando a los mismos valores que justifican la democracia y dan validez a las decisiones legislativas.

La postura que defiendo considera que existen diferencias entre el razonamiento justificatorio de normas generales y el que justifica la aplicación de una norma a un caso determinado. Dado que las normas son justificadas de acuerdo a criterios generales, abstraídos en buena medida de las particulares circunstancias en que van a ser aplicadas, no se puede sostener que una norma pueda aplicarse mecánicamente a un caso concreto.

La aplicación de las normas constitucionales para la resolución de casos concretos, supone en general, una actividad creadora y no mecánica. La tarea del juez no debe limitarse a descifrar lo que ha querido decir el legislador a través de la expresión empleada, sino también a determinar si el legislador hubiese querido proteger la situación que no pudo prever, en el caso de haberla efectivamente previsto. Debe también revisar si la ley cuestionada por alguna de las partes por considerar que viola sus derechos constitucionales, contradice los presupuestos valorativos que dan fuerza legitimadora a los procedimientos democráticos que le dieron origen.

En virtud de que el Poder judicial tiene la última facultad en la determinación de los hechos, una vez que los hechos han sido determinados, los jueces pueden revisar si el legislador ha tenido en cuenta al legislar de manera imparcial las particulares circunstancias probadas en el caso concreto planteado por el actor.[14]

Sólo frente a un caso concreto, y en virtud de las específicas condiciones de ese caso, puede un juez revertir una decisión legislativa, sin vulnerar los principios y valores que justifican la democracia.

El procedimiento judicial debe compensar la generalidad y universalidad de las normas jurídicas garantizando, frente a las circunstancias concretas del caso planteado, la realización de los valores perseguidos por la constitución, y con un alcance limitado al caso de que se trate.[15]

---

14. En el razonamiento jurídico justificatorio las normas juegan como razones prima facie excluyentes. Esto es, como razones independientes de su contenido y, por consiguiente, desvinculadas de sus justificaciones morales últimas. El carácter de razón excluyente de las normas impide -en principio- apelar, en el razonamiento jurídico justificatorio, a todos los aspectos relevantes que deberían tomarse en cuenta si se pretende una justificación plena de la decisión a adoptar. Sin embargo, el control judicial de constitucionalidad posibilita que se cuestionen las normas legales o administrativas que lesionan derechos constitucionales. Ello determina que el planteo de una cuestión de constitucionalidad elimina el carácter de razón excluyente de la norma cuestionada, posibilitando se deje de lado lo dispuesto en la norma en virtud de su falta de fundamento constitucional. Y, atento a que las cuestiones constitucionales plantean complejos problemas valorativos de carácter moral y político, la determinación de la constitucionalidad de una norma exige tomar en cuenta todos los aspectos valorativos relevantes que hacen a la justificación de la norma.

15. Esto no quiere decir que una norma no pueda ser inconstitucional frente a todo caso concreto que se plantee. Puede haber normas que sean siempre inconstitucionales, y normas que sean inconstitucionales en ciertos casos y constitucionales en otros casos. Esto último sucede porque resultan aplicables a más o a menos casos de a los que deberían ser aplicables. La generalidad de las normas determina que a veces resulten sobre-incluyentes y otras veces infra-incluyentes. Como explica Frederick Schauer, en "Playing by rules", Oxford University Press 1994, las generalizaciones son selectivas y se realizan sobre la base de cierto número de propiedades, que exluyen necesariamente otras propiedades. En otras palabras, son selectivamente inclusivas y selectivamente exlusivas simultaneamente.

Todos estos problemas determinan que la constitucionalidad de la norma debe ser evaluada frente a las circunstancias particulares de un caso concreto.

Ello no sucede en el control preventivo y abstracto, en el que la actividad interpretativa, como expliqué antes, se limita a la comparación de dos normas, la constitución y la ley.

Quienes piensan que las normas generales permiten en todos los casos hacer la reducción de la norma general a los límites de una decisión particular incurren en una falsa ilusión. El discurso o razonamiento de aplicación de normas tiene una estructura diferente del de creación y justificación de normas.

El procedimiento de aplicación debe visualizar las precondiciones de imparcialidad necesarias para una aplicación correcta de la norma.[16]

Vuelvo a repetir, los jueces deben apelar al interpretar la constitución, a los mismos valores y presupuestos que justifican la democracia. De esta forma, al declarar la inconstitucional de una norma no imponen su voluntad por sobre la voluntad del legislador, sino que promueven los valores que justifican las decisiones democráticas frente a casos en los que las decisiones legislativas atentan contra los propios presupuestos que las legitiman.

En este sentido se debe ver al control de constitucionalidad como un control del proceso democrático, que amplía la discusión democrática, al permitir que quienes se consideran afectados por una ley que sostienen viola la constitución, puedan expresar su punto de vista y discutir la aplicación de dicha ley. De esta manera se abre una instancia más de debate acerca de la legitimidad de las decisiones que son respaldadas con la fuerza coactiva del Estado.

Las personas que cuestionan la constitucionalidad de una norma deben fundar la inconstitucionalidad en razones convincentes. Deben articular razones de manera de poder convencer a los jueces sobre la plausibilidad de su postura. Los jueces, al fallar deben justificar su decisión dando respuesta a las razones esgrimidas.

Esta cuestión de invocar razones a favor y en contra de determinada cuestión constitucional plantea la pregunta acerca de cuales son las buenas razones constitucionales.

Así como cuando uno participa en un discurso justificatorio debe mostrar que su postura es aceptable desde el punto de vista de todos los involucrados, los jueces cuando controlan la constitucionalidad de las leyes, deben revisar si el punto de vista general receptado en la norma es aceptable desde el punto de vista de la persona que lo cuestiona en el caso concreto, a la luz de los principios constitucionales.

Como ejemplo de este punto de vista me parece relevante analizar unos fallos recientes de la Corte Suprema Argentina. El Congreso argentino dictó una ley por la que se dispuso que la deuda que el Estado mantiene con los jubilados y pensionados sea pagada con bonos públicos que tienen un plazo de vencimiento de 16 años. Muchos jubilados plantearon la inconstitucionalidad de dicha ley alegando la violación del derecho de propiedad y de los derechos de la seguridad social. La Corte Suprema consideró que la ley es constitucional, porque en el marco de la emergencia económica y los recursos con que cuenta el estado, el Congreso legisló teniendo en cuenta de manera imparcial los

16. Ver J. Habermas, "Justification and Application", The M.I.T. Press, 1993.

intereses de los jubilados en relación a la situación financiera y recursos públicos. Sin embargo, en el caso planteado por una jubilada que tenía 92 años de edad, la Corte varió su posición, y declaró la inconstitucionalidad de la norma, para ese sólo caso, en virtud de que, por razones biológicas, dicha señora muy difícilmente iba a vivir para cobrar su crédito, y que por consiguiente, el punto de vista particular de esa señora no había sido tenido en cuenta por el legislador al sancionar la ley.[17]

Como explica Wittgenstein, las palabras generales, como las normas generales, nivelan la comprensión y corren el riesgo de pasar por alto lo especial y concreto, sin lo que lo general ni siquiera existe. "La idea de que para aclarar el significado de una expresión general, hay que encontrar el elemento común de todos sus usos, ha entorpecido las investigaciones filosóficas. Se interpreta frente a las circunstancias de un caso concreto, todo interpretar llega siempre hasta un último comprender. Una interpretación deja abierta muchas posibilidades si no se efectúa frente a un caso concreto".

La tarea de interpretar el derecho debe adecuarse a la estructura del discurso a través del cual se legitiman los acuerdos sociales. El problema de la interpretación del derecho no puede dilucidarse sin tener presente la cuestión de la aplicación del derecho. Cuando se interpreta una norma se presupone su aplicación. Interpretar implica determinar las condiciones de su aplicación. Cuando se interpreta una norma en abstracto, como hacen los tribunales constitucionales, se presuponen ciertas condiciones genéricas de aplicación. Ello resulta insuficiente porque es imposible prever a priori todas las circunstancias en las que la norma puede ser aplicable, e ilegítimo, porque se atenta contra una decisión de un órgano con mayor legitimidad democrática -el legislativo- que realizó el mismo tipo de evaluación.

La teoría del derecho, y la teoría de la interpretación constitucional, deben ser compatibles con una teoría de la legitimación. Esto es, con una teoría de la democracia.

Por ello no puede construirse una teoría constitucional, ni diseñarse instituciones democráticas, sin una teoría sobre la fundamentación de la democracia.

17. Ver fallo "Iachemet, María L. c Armada Argentina. CS, abril 29-993, en revista jurídica La Ley, Tomo 1993 D, pag. 118.