

CLAUDINA ORUNESU

POSITIVISMO
JURÍDICO Y SISTEMAS
CONSTITUCIONALES

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I. CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN	25
1. LA CONSTITUCIÓN, LA INTERPRETACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	25
2. LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN RADICAL	30
3. LA INTERPRETACIÓN COMO BÚSQUEDA DE UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA	37
4. LA TESIS DE LA INDETERMINACIÓN PARCIAL	52
5. LA CONSTITUCIÓN, SU INTERPRETACIÓN Y LOS DENOMINADOS CONCEPTOS MORALES	56
6. EL PAPEL DE LA INTENCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	63
7. ESTABILIDAD Y CAMBIO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	70
8. LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL	74
9. LA PONDERACIÓN	83
10. EL CASO <i>SOUTH AFRICAN BROADCASTING CORP. LTD. V. NATIONAL DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS Y OTROS</i>	97

	Pág.
CAPÍTULO II. LA DINÁMICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	103
1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.....	103
2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	106
3. LAS NORMAS INCONSTITUCIONALES EN LA TEORÍA KELSENIANA.....	110
4. LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS INCONSTITUCIONALES.....	119
5. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS Y LA DINÁMICA DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES.....	127
6. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE.....	135
7. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS EFECTOS.....	138
8. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS LEYES 23.492 Y 23.521.....	144
 CAPÍTULO III. CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA	 157
1. EL AUTOGOBIERNO Y SUS LÍMITES.....	157
2. LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA Y EL ATRINCHERAMIENTO DE LOS DERECHOS.....	159
3. DERECHOS Y REGLA DE LA MAYORÍA.....	176
4. EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL ARGUMENTO DE MARSHALL.....	184
5. EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE A LAS OBJECIONES CONTRAMAYORITARIAS.....	190
6. EL CASO <i>MILL DE PEREYRA, RITA; OTERO, RAÚL Y PISARELLO, ANGEL V. ESTADO DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/ DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA</i>	206
 CAPÍTULO IV. POSITIVISMO JURÍDICO Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	 213
1. UN REPLANTEO PARA EL POSITIVISMO JURÍDICO.....	213
2. LA TESIS DE LA SEPARACIÓN.....	217
3. LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES.....	224
4. LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD.....	227
5. EL POSITIVISMO INCLUYENTE Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALIDEZ JURÍDICA.....	231

	Pág.
6. EL POSITIVISMO ÉTICO O NORMATIVO.....	243
7. EL POSITIVISMO EXCLUYENTE DE JOSEPH RAZ	249
8. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL DERECHO EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES.....	257
9. EL CASO 91/2000 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	263
BIBLIOGRAFÍA.....	271

PRÓLOGO

Apenas algo más de doscientos años han transcurrido desde las primeras constituciones formales (Virginia 1776, Estados Unidos 1787, Francia 1791, 1793 y 1795) y en este breve lapso la idea de tener un cuerpo de normas que organice los principales poderes del Estado y garantice ciertos derechos básicos de los ciudadanos, cuya modificación esté fuera del alcance del legislador ordinario (el famoso coto vedado, según la feliz expresión de Ernesto GARZÓN VALDÉS), se ha difundido por el mundo entero. Incluso en los países en los que no existe una constitución escrita (como Inglaterra o Israel) suele haber un conjunto de normas consuetudinarias que cumplen —por lo general muy celosamente— este papel.

Pero conjuntamente con este éxito práctico, han surgido una serie muy grande de problemas teóricos; preguntas tales como: «¿Quién decide el número y el alcance de los derechos protegidos por la constitución?», «¿En qué consiste la supremacía de la constitución?», «¿Cabe hablar de supremacía sin control constitucional?», «¿Quién ha de ejercer ese control?», «¿Cómo justificar que órganos judiciales no representativos de la mayoría puedan modificar lo decidido por la mayoría?», «¿Qué efectos produce la declaración de inconstitucionalidad?», «¿Cómo explicar la existencia de normas inconstitucionales?», «¿Cómo se diferencia la interpretación de las normas constitucionales de la de normas comunes?» y muchas otras han atormentado a los constitucionalistas y a filósofos jurídicos, políticos y morales durante estos dos siglos.

El libro de Claudina ORUNESU, una joven profesora e investigadora de la Universidad de Mar del Plata, Argentina, trata de dar respuestas a algunas de esas preguntas. Ella pertenece a un grupo reunido alrededor de Jorge RODRÍGUEZ, una figura descollante en la filosofía jurídica contemporánea. Este grupo integrado, además, por un conjunto de jóvenes de notables dotes ya ha produ-

*cido una considerable serie de trabajos, algunos unipersonales, otros en colaboración*¹.

Conozco a todos ellos desde que eran «chiquitos» y es admirable la evolución que han experimentado en los últimos quince años. Han participado en congresos, coloquios y reuniones de discusión no sólo en la Argentina, sino también en países limítrofes², como España e Italia y en muchas ocasiones han concurrido a mis seminarios en Buenos Aires. Debo admitir que me resulta cada vez más difícil discutir con ellos, porque tienen un sólido bagaje intelectual, muchas lecturas bien digeridas y una capacidad dialéctica envidiable. Claudina ORUNESU es indudablemente, junto con RODRÍGUEZ, el motor interno del grupo.

El libro que estoy prologando es una importante contribución al debate en torno al constitucionalismo, no sólo por el interés del tema, sino por su tratamiento profundo y agudo. En los cuatro capítulos en que está dividido el libro Claudina analiza una serie de temas centrales vinculados al constitucionalismo.

El capítulo I está dedicado al problema de interpretación: interpretación del derecho en general y de la alegada especificidad de la interpretación de las normas constitucionales. Claudina navega con seguridad entre la Escala de la tesis de la indeterminación radical (representada por algunas formas del realismo jurídico y el movimiento conocido como Critical Legal Studies), para la cual las normas jurídicas no determinan en absoluto las conductas a seguir y la interpretación consiste en valoración y decisión del intérprete y la Caribdis de la tesis de la única respuesta correcta (Michael MOORE, Ronald DWORKIN) que considera que la interpretación es una empresa fundamentalmente cognoscitiva. Finaliza este tema con el intento de arribar al buen puerto de la tesis de indeterminación parcial, inspirada en HART, que cuenta con la decidida simpatía de la autora, pero sin ocultar sus problemas, pues lo importante para ella es mostrar las dificultades que enfrentan esas teorías y Claudina lo hace con claridad e imparcialidad. Muestra además, de manera convincente, que la interpretación constitucional carece del carácter específico que algunos autores le atribuyen. En este contexto examina la distinción entre reglas y principios

¹ Entre los libros más importantes cabe mencionar: Jorge L. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas normativos* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002); Juan Carlos BAYÓN y Jorge RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003); Claudina ORUNESU, Pablo M. PEROT y Jorge L. RODRÍGUEZ, *Estudios sobre la Interpretación. Dinámica de los Sistemas Constitucionales* (México, Fontamara, 2005); Germán SUCAR, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008), y Jordi FERRER BELTRÁN y Jorge Luis RODRÍGUEZ, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011). Además, publicaron una serie de artículos en revistas tales como *Doxa*, *Isonomía*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, *Analisi e Diritto*, *Ideas y Derecho*, *Discusiones y Análisis Filosófico*.

² En un sentido no meramente geográfico, sino más profundo.

y el papel que desempeñan los términos con carga moral, así como la —hoy bastante difundida— oposición entre subsunción y ponderación.

El capítulo II se ocupa del tema de la supremacía de la constitución y su correlato: el control de constitucionalidad. Tras describir las características básicas de la relación jerárquica entre las normas constitucionales y las provenientes del legislador ordinario (en primer lugar, las leyes), la autora se aboca al problema de las normas inconstitucionales; muestra las distintas maneras de cómo interpretar estas últimas y analiza algunos conceptos cruciales para este tema: existencia, pertenencia y validez de las normas, que no siempre son distinguidos con el debido cuidado por los juristas y los filósofos del derecho. Subraya especialmente la diferencia conceptual entre inconstitucionalidad y la derogación y discute las situaciones aparentemente paradójicas, como la derogación de una norma inconstitucional y la declaración de inconstitucionalidad de una norma derogada, que han provocado no pocos dolores de cabeza a los juristas.

En el capítulo III se analiza un problema central de la filosofía política: la tensión en la democracia constitucional entre el ideal del autogobierno que implica decisiones por mayoría y la existencia de derechos sustraídos a las decisiones mayoritarias y atrincherados en una constitución más o menos rígida. El análisis de los argumentos esgrimidos en contra del control de constitucionalidad permite a la autora vincular este problema con las teorías sobre la interpretación examinadas en el capítulo I.

Por último, el capítulo IV se refiere a los cuestionamientos del positivismo jurídico, que han surgido últimamente, sobre todo vinculados con su tesis central de la separación conceptual entre derecho y moral y la consiguiente posibilidad de identificar el contenido de un orden jurídico sin recurrir a la valoración. Algunos autores consideran que el positivismo es insuficiente para dar cuenta del aspecto moral del derecho que resalta la protección de los derechos considerados fundamentales en las constituciones formales, ya que tanto el lenguaje constitucional, como los razonamientos llevados a cabo por los jueces y los juristas están teñidos por la moral. La autora hace una vigorosa defensa del positivismo para lo cual analiza en detalle la controversia entre el positivismo excluyente y el incluyente, sobre la base de las tesis definitorias del positivismo: las tesis de la separación, de las fuentes sociales y de discrecionalidad, para llegar a la conclusión de que el positivismo incluyente, aunque es una teoría internamente consistente «no ofrece una reconstrucción satisfactoria del funcionamiento de los criterios de validez». En contraposición al positivismo incluyente, según el cual las normas morales pueden, contingentemente, formar parte del derecho cuando la constitución se remite a ellas, la autora sostiene, siguiendo a RAZ, que la situación de las normas morales invocadas en la constitución es análoga a la de las normas del derecho extranjero en el caso de reenvío: son aplicables a ciertos casos, sin que por eso se con-

viertan en jurídicas y sin que se borre la distinción entre ambos conjuntos de normas.

Cada uno de los cuatro capítulos del libro termina con el análisis de un caso judicial que constituye una buena ilustración para la aplicación práctica de las teorías consideradas.

En definitiva, este libro destaca por su gran claridad expositiva, la profundidad de los análisis y por la ausencia de grandilocuencia. Se trata de una contribución importante al tema del constitucionalismo, enfocado tanto en su aspecto teórico (jurídico y moral), como en su repercusión práctica.

Eugenio BULYGIN

INTRODUCCIÓN

Las democracias actuales, en su gran mayoría, sean nuevas o de larga data, del mundo desarrollado o del subdesarrollado, consolidadas o en transición, pese a profundas diferencias, tienen un común denominador: un diseño institucional basado en la existencia de una constitución escrita. La democracia constitucional se caracteriza porque el poder del legislador, expresión del ideal del autogobierno, está sujeto a ciertos límites, consagrados en una constitución.

La constitución establece límites de diversos tipos, pero el más importante es el que surge a partir de las declaraciones de derechos fundamentales. La idea subyacente es que para proteger ciertos derechos que se consideran básicos es necesario imponer ciertos límites al poder del legislador. Para proteger jurídicamente esos derechos se los resguarda a través de una constitución con algún grado de rigidez, que impide que pueda ser modificada por el mismo procedimiento utilizado para la legislación ordinaria. Y, sobre todo, se instituye un mecanismo de control de constitucionalidad, cuyo papel es garantizar la primacía constitucional mediante la revisión de la validez de las normas dictadas por el legislador.

El proceso que traduce el texto constitucional en decisiones institucionales que se consideran aplicación de ese texto, que podríamos denominar de *justicia constitucional*, es de una gran complejidad e involucra una gran cantidad de presupuestos y categorías conceptuales y normativas, lo que ofrece diversas aristas para el análisis, algunas de las cuales han merecido respuestas muy diferentes por parte de los teóricos. En esta investigación se intentará puntualizar algunos de esos problemas, ofrecer herramientas teóricas para poder examinar con mayor claridad sus consecuencias teórico-prácticas y brindar respuestas a algunos de ellos. Entre los temas más complejos que ofrece el diseño institucional de las democracias constitucionales tuitivas de derechos básicos para la reflexión, focalizaré mi atención en cuatro grandes interrogantes:

- a) ¿Cómo establecer el contenido o significado de los textos constitucionales?
- b) ¿Cómo opera el proceso tendiente a garantizar la aplicación de las normas constitucionales?
- c) ¿Está justificada la imposición de límites a la legislación ordinaria a través de una constitución y, si es así, quién está legitimado para garantizar su supremacía?
- d) ¿Es necesario un acercamiento teórico diferente del positivismo jurídico para poder dar cuenta del funcionamiento de los sistemas jurídicos y, en especial, del control de constitucionalidad, tal como se presentan en la actualidad en las democracias constitucionales?

Estos cuatro interrogantes están profundamente conectados. No se puede entender cómo operan los mecanismos de control sin antes haber establecido si es posible que la constitución limite a la legislación ordinaria, y esto depende de un examen de la interpretación constitucional. No se puede discutir sobre el problema normativo de si están o no justificadas las democracias constitucionales si previamente no se examina con claridad en qué consiste el control de constitucionalidad. Y, finalmente, no se puede abordar la repercusión de este tipo de diseños institucionales en el plano filosófico sin previamente haber explorado sus características tanto en lo conceptual como en lo normativo.

En el capítulo I se examinará lo concerniente a la interpretación de las normas constitucionales lo que permitirá evaluar si el control de constitucionalidad es posible. En el capítulo II se analizará el funcionamiento del control de constitucionalidad y el modo más satisfactorio para dar cuenta de sus aspectos dinámicos. El capítulo III se centra en la justificación de este tipo de diseño institucional. Y finalmente en el capítulo IV se explorarán las implicaciones filosóficas del control, especialmente en torno a la vieja discusión de las relaciones entre derecho y moral a la luz del contenido actual del derecho en las democracias constitucionales.

- a) *¿Cómo establecer el contenido o significado de los textos constitucionales?*

La constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento jurídico, constituye el parámetro al que las restantes normas deben adecuarse para ser consideradas válidas. Pero, en virtud de esa posición, y quizá también debido a lo dificultoso que a menudo resulta reformarla, las cláusulas constitucionales son formuladas a través de expresiones de carácter abstracto, generales y manifiestamente vagas. Además, no es raro que incluyan términos cargados de resonancias morales. Estas características dificultan el poder establecer qué es lo que dice la constitución y, por lo tanto, resiente la posibilidad de que cumpla con el

papel de suministrar un criterio de corrección de las restantes normas del sistema y de las decisiones institucionales en general. Por ello, los problemas de interpretación de las normas constitucionales son de radical importancia. Así, en el capítulo I se abordarán diversas cuestiones vinculadas con la asignación de significado al texto constitucional.

Se analizarán tres concepciones en torno a la interpretación del derecho en general: la que asume que la indeterminación de las reglas es absoluta y que ve a la interpretación como una tarea de valoración y decisión, denominada *tesis de la indeterminación radical*; la que considera que siempre es posible encontrar una interpretación correcta respecto de cualquier texto normativo y que concibe a la tarea interpretativa con un carácter exclusivamente cognoscitivo, denominada *tesis de la única respuesta correcta*, y la que estima que hay casos en los que el derecho está determinado y casos en los que no lo está, para la cual la actividad interpretativa es a veces cognoscitiva y otras veces una toma de decisión por parte del intérprete, denominada *tesis de la indeterminación parcial*. Para el análisis de la primera se tomará como base, por una parte, al realismo jurídico estadounidense y, por la otra, a la escuela de los *Critical Legal Studies*, que busca sustento filosófico para la tesis escéptica en las discusiones en torno al seguimiento de reglas de WITTGENSTEIN y KRIPKE. Se intentará puntualizar las dificultades de esta posición para dar cuenta del modo en que se usan las reglas en razón de cómo concibe la relación entre las reglas y sus aplicaciones.

Entre las teorías que sostienen que es posible encontrar una única respuesta correcta a la hora de interpretar, analizaré las posiciones de Michael MOORE y de Ronald DWORKIN. Intentaré mostrar que la teoría de MOORE, que se apoya en la teoría causal de la referencia, no permite justificar que la interpretación jurídica tiene carácter puramente cognoscitivo, tal como pretende el autor. También examinaré la tesis de la única respuesta correcta en la versión de DWORKIN. Se mostrarán diversas inconsistencias en su argumentación y se ensayaré una posible objeción a su particular concepción de la objetividad, lo que permitirá sostener que la teoría interpretativa de DWORKIN tendría que ser capaz de salvar un cúmulo de complejas dificultades para servir como justificación de la existencia de una única respuesta correcta para cualquier problema interpretativo.

Debido a las limitaciones y dificultades de la teoría de la indeterminación radical y de la teoría de la única respuesta correcta, optaré por la teoría de la indeterminación parcial, aunque señalando algunas precisiones respecto de la versión que H. L. A. HART ofreciera de ella. Si se asume la teoría de la indeterminación parcial, es necesario dar cuenta de ciertos mecanismos y estructuras teóricas a los que se recurre para dar sentido a las prácticas de asignación de significado de las formulaciones constitucionales en los casos de indeterminación. Ahora bien, se encuentra bastante generalizada la posición según la cual

tanto los problemas interpretativos como las técnicas interpretativas de las cláusulas constitucionales presentarían características diferenciadoras que en algún sentido apartarían a la interpretación de la constitución de la interpretación de la legislación ordinaria, lo que denominaré la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional.

En relación con los problemas de interpretación, se ha afirmado a menudo la tesis de que la constitución, a diferencia de las leyes ordinarias, estaría conformada no solamente por reglas sino por principios que introducen una dimensión moral, o que las cláusulas constitucionales contienen conceptos cargados moralmente, o cláusulas que imponen que el intérprete se involucre en algún tipo de deliberación moral. La presencia de estos elementos, se dice, haría surgir problemas a la hora de establecer el contenido de las normas constitucionales, que serían típicos de esta jerarquía normativa.

También se ha sostenido que la constitución demanda técnicas interpretativas específicas, diferentes de las que se aplican a las leyes ordinarias. Así, por ejemplo, se discute si a la hora de interpretar la constitución se debe privilegiar la intención del constituyente o la letra de la constitución, y también a menudo se sostiene que el conflicto entre cláusulas constitucionales requiere de un método diferente al que se utiliza para superar los conflictos entre leyes ordinarias. En lo que queda del capítulo se mostrará que no existen razones para sostener la mencionada especificidad, que trasciendan el hecho evidente de que la constitución ocupa un determinado lugar, el más alto, en la jerarquía normativa.

Por ello, se analizará en primer lugar el problema de la asignación de significado de los términos con carga moral, y se rechazará la tesis de que es posible ofrecer una respuesta objetiva a las cuestiones planteadas por los conceptos moralmente densos, así como el presupuesto de que la determinación del significado de dichos términos implique indefectiblemente algún tipo de argumentación moral. Luego se estudiará el papel de la intención en la asignación del significado, evaluando tanto la tesis de RAZ de la intención mínima, como algunas de las tesis vinculadas con el llamado *originalismo* a efectos de establecer los problemas y límites de sus presupuestos. Se concluirá que la intención del constituyente puede ser tenida en cuenta sólo como un argumento más entre otros a la hora de asignar significado a una determinada cláusula constitucional, pero nunca como un factor necesariamente excluyente o privilegiado. Un tercer problema que se examinará se vincula con el hecho de que la mayoría de las constituciones atrincheran sus cláusulas, evitando así que puedan ser modificadas a través de los procedimientos utilizados para la legislación ordinaria. Si bien ello puede favorecer los ideales de la estabilidad y la continuidad en el tiempo de sus disposiciones, también puede provocar en ocasiones que la persistencia de viejos textos no dé respuestas satisfactorias a casos o situaciones actuales. Esta tensión se proyecta sobre la interpretación de la constitución, de

tal manera que a menudo se habla de una interpretación conservadora o fiel y una innovadora, y se ofrecen argumentos a favor de privilegiar una u otra. Trataré de justificar que la distinción entre una interpretación «fiel a la constitución» y una que importa un cambio es sólo de grado y no cualitativa, de manera que lo que está aquí en discusión no es en verdad si la primera es un supuesto de interpretación y la segunda de creación jurídica ilegítima, sino más bien cuáles serían los límites de la legitimidad del cambio.

Quienes abogan por la especificidad de la interpretación de la constitución, la cual demandaría estrategias interpretativas diferenciadas, resaltan como uno de los factores que justifican esa especificidad la posibilidad de conflictos entre derechos de jerarquía constitucional. Al respecto evaluaré dos posibles actitudes que pueden asumirse frente a los conflictos entre las cláusulas constitucionales: la posición según la cual tales conflictos o bien no existen o bien son sólo aparentes, y la que acepta su existencia. Para quienes optan por esta segunda alternativa, la aplicación de las normas constitucionales, en particular las que tutelan derechos básicos, parecería asumir características diferenciadas respecto de la aplicación de cualquier otro tipo de normas. Por un lado, es común que se sostenga que las formulaciones que tutelan derechos básicos expresan *principios*, como algo diferente de las reglas. Por otro lado, también se ha señalado que los conflictos que se presentan entre esos principios tienen características peculiares, no asimilables a los conflictos que se verifican entre las demás normas del sistema, debido a que se manifestarían sólo en el momento de la aplicación del derecho. Por último, suele afirmarse que para la superación de esos conflictos no es posible recurrir a la clásica operación de subsunción, sino que ese mecanismo debe ser sustituido por otro: el de la *ponderación*. Intentaré sostener que estas tres tesis son equivocadas: que la distinción entre reglas y principios, que pretende fundarse en la supuesta diferencia entre la dimensión de la validez y la del peso, sólo permite justificar la existencia de diferentes formas de resolver conflictos entre normas y no la existencia de diferentes tipos de normas; que esas diversas formas de resolver conflictos resultan aplicables a cualquier norma, y que el modelo subsuntivo puede dar cuenta de manera satisfactoria de los conflictos entre derechos de jerarquía constitucional.

b) *¿Cómo opera el proceso tendiente a garantizar la aplicación de las normas constitucionales?*

Es corriente considerar a los sistemas jurídicos como conjuntos de normas. No obstante, también existe la intuición de que los sistemas jurídicos se encuentran sujetos a cambios en virtud de actos de promulgación, reforma o derogación de sus normas, pese a lo cual mantendrían su identidad a lo largo del tiempo. Coordinar estas dos intuiciones en una reconstrucción teórica coheren-

te no resulta sencillo. Pero las dificultades de reconstrucción son todavía mayores cuando se toman en cuenta sistemas jurídicos jerárquicamente estructurados. Las democracias constitucionales tutelan ciertos derechos en su máxima jerarquía normativa, vedando aquellos cambios que pudieran lesionarlos o desnaturalizarlos. Por ende, algunos cambios, como el dictado de una norma inconstitucional, resultan inhabilitados por el propio sistema. El control de constitucionalidad es el remedio previsto por las democracias constitucionales para evitar modificaciones no autorizadas. En el capítulo II evaluaré cómo opera el control de constitucionalidad, haciendo especial hincapié en la importancia de tener en cuenta el carácter dinámico del derecho para dar cuenta de la complejidad de un sistema jurídico contemporáneo.

En primer lugar analizaré las características que asume la relación de jerarquía entre la constitución y el resto de las normas del ordenamiento jurídico según se trate de constituciones rígidas o flexibles, y repasaré las características distintivas de los dos principales sistemas de control de constitucionalidad: el modelo estadounidense y el europeo. A continuación abordaré el tradicional problema del estatus de las normas inconstitucionales. El examen de la explicación que ofreciera KELSEN al respecto permitirá apreciar la relevancia de distinguir entre diferentes propiedades o relaciones entre las normas y entre distintos sentidos de existencia de las normas para explicar el fenómeno de las normas inconstitucionales. Se mostrará la dependencia que media entre el modo en que las normas pueden existir y el concepto de «norma» que se asuma. Desde este punto de vista, se considerarán dos alternativas: la existencia de las normas inconstitucionales entendidas como formulaciones no interpretadas y la existencia de las normas inconstitucionales entendidas como formulaciones interpretadas. Se intentará justificar que en cualquiera de estas dos alternativas la existencia de una norma no depende de su constitucionalidad (formal o material), rasgo que sí puede determinar que se la considere o no parte del derecho y repercutir sobre los efectos que se le reconozcan.

Una de las aplicaciones del criterio de *lex superior* consiste en resguardar la supremacía material de la constitución. A partir de la distinción entre *sistema jurídico* y *orden jurídico*, se ofrecerán dos modelos de reconstrucción para evaluar de qué forma puede operar el criterio jerárquico de ordenación de *lex superior* según se lo aplique *ex ante* o *ex post*. La distinción entre estos dos modelos —el del *orden jurídico depurado* y el del *orden jurídico no depurado*— permitirá explorar diversas maneras de interpretar el estatus de las normas constitucionales y los mecanismos de control. Asimismo, se remarcará la independencia conceptual entre la inconstitucionalidad de la norma y su derogación, y se analizarán a partir de diferentes sistemas de control de constitucionalidad cuestiones que en ocasiones parecen causar perplejidad a los juristas, tales como la derogación de una norma inconstitucional y la declaración de inconstitucionalidad de una norma derogada.

- c) *¿Está justificada la imposición de límites a la legislación ordinaria a través de una constitución y, si es así, quién está legitimado para garantizar su supremacía?*

Parece existir una fuerte tensión entre la democracia, entendida en términos de autogobierno que se plasma en el método de toma de decisiones por mayoría, y la existencia de una constitución que protege ciertos derechos que se consideran básicos. Las constituciones, a través de diversos mecanismos como, por ejemplo, un cierto grado de dificultad en los mecanismos de reforma, y el control judicial de constitucionalidad como reaseguro de la supremacía constitucional, constituyen así limitaciones a la toma de decisiones por las mayorías. Es por ello que, para diversos autores, tanto la rigidez constitucional como el control judicial de constitucionalidad son mecanismos contramayoritarios, es decir, que atentan contra el ideal del autogobierno. Una constitución rígida limita lo que los órganos representativos pueden decidir por simple mayoría. Si además se habilita la participación de órganos no representativos como los órganos jurisdiccionales en el control de constitucionalidad, confiriéndoles autorización para establecer los alcances y el contenido de las decisiones del legislador ungido democráticamente, el carácter contramayoritario de la democracia constitucional se profundiza aún más. Por ello, en el capítulo III se evalúa la tesis según la cual la rigidez constitucional en general, y el control judicial de constitucionalidad en particular, constituyen una limitación injustificada del principio del autogobierno.

Se analizarán los límites de algunas de las objeciones esgrimidas respecto de la propia existencia de una constitución a efectos de mostrar que ellas no son concluyentes ni satisfactorias como para desechar una cierta forma de atrincheramiento. Pero aun aceptando esa conclusión subsisten críticas que resaltan la presencia de una tensión interna en el seno del modelo de la democracia constitucional. Para evaluar los alcances de esta afirmación se ofrecerá una reconstrucción de cómo operarían los ideales del autogobierno y de los derechos en las democracias constitucionales que permita apreciar que la tensión que generalmente se aduce entre el ideal de los derechos y la regla de la mayoría es sólo aparente. Luego, se evaluarán las objeciones centrales al control judicial de constitucionalidad: ¿está justificado asignar a los jueces la potestad de declarar inválidas a las normas creadas por el poder político debido a su incompatibilidad con lo establecido por la constitución y, en consecuencia, el determinar el alcance de los derechos tutelados por la constitución, e incluso interpretar las reglas del propio procedimiento democrático? Se comenzará con el análisis del argumento de MARSHALL en *Marbury v. Madison*, según el cual si se asume la supremacía de la constitución, ello necesariamente traería aparejado el control judicial de constitucionalidad. Se argumentará que si se asume la supremacía de la constitución, si bien el control judicial de constitucionalidad no es necesario para todo sistema, dicha forma de control

sí resulta ineludible cuando no existe un órgano expresamente designado para ejercer esa función.

Luego se considerarán los argumentos más representativos en contra del control de constitucionalidad, y se intentará determinar sus vínculos con las teorías interpretativas examinadas en el capítulo I, esto es, la teoría de la indeterminación radical, la de la única respuesta correcta y la de la indeterminación parcial. A la luz de ese análisis y teniendo en cuenta los diferentes sistemas de control se redimensionarán los alcances de la objeción a fin de establecer que o bien ella apunta, no sólo al control judicial de constitucionalidad, sino a la función jurisdiccional como tal, o bien sus alcances son mucho más modestos. En tal caso debería entenderse como una llamada de atención respecto de la forma en que se elige a los jueces a los que se les comisiona el control, por considerarla más o menos deficitaria desde el punto de vista de su legitimidad democrática o respecto de la necesidad de generar en ellos una actitud de mayor deferencia hacia el legislador.

d) *¿Es necesario un acercamiento teórico diferente del positivismo jurídico para poder dar cuenta del funcionamiento de los sistemas jurídicos y, en especial, del control de constitucionalidad, tal como se presentan en la actualidad en las democracias constitucionales?*

Tradicionalmente el positivismo jurídico ha defendido la idea de que para determinar si una norma forma parte del derecho no se requiere efectuar una evaluación moral de su contenido. Ello así en razón de que todas las normas jurídicas serían identificables en virtud de ciertos hechos sociales complejos. En los últimos años se ha popularizado la tesis de que el positivismo jurídico constituye una teoría inadecuada para dar cuenta de los sistemas jurídicos tal como se presentan en las democracias constitucionales actuales. La objeción resalta el hecho de que las constituciones modernas cuentan con numerosas cláusulas que incorporan referencias a consideraciones morales y políticas de cuyo respeto dependería en parte la validez de las normas infraconstitucionales. También se ha señalado que constituye un hecho notorio el que en los razonamientos judiciales y en la práctica jurídica en general se recurre a razonamientos que entran en el dominio de la argumentación moral y política, especialmente en los casos en los que se ventilan conflictos de constitucionalidad. La insistencia del positivismo en afirmar que el derecho puede identificarse exclusivamente a partir de hechos sociales estaría dándole la espalda a esta característica central de los sistemas jurídicos modernos.

Esta idea no es en verdad novedosa, pues se encontraba ya en las primeras objeciones desarrolladas por Ronald DWORKIN contra el positivismo jurídico. Justamente a partir de ellas ha surgido en el seno de esta corriente de pensamiento una polémica en torno a la posibilidad de admitir una particular co-

nexión contingente entre derecho y moral, que permitiría dar cuenta del papel que esta última juega en particular en el plano de la justicia constitucional. Algunos autores han sostenido que es viable compatibilizar los postulados positivistas con la admisión de ciertos principios morales como fundamento de la validez jurídica. La pregunta que se plantea es si el positivismo jurídico puede ofrecer espacio conceptual para sostener tal cosa. Dos respuestas diversas se han ofrecido a este interrogante, dando lugar a dos corrientes enfrentadas: el *positivismo excluyente* y el *positivismo incluyente*, cada una de las cuales hace una interpretación distinta de los postulados fundamentales del positivismo. En el capítulo IV se examinarán en primer lugar los términos de dicha disputa, es decir, se tratará de establecer en qué consiste el desacuerdo entre positivistas incluyentes y excluyentes. Se tratará de defender la idea de que el positivismo incluyente, pese a ser una postura internamente consistente, no ofrece una reconstrucción satisfactoria del funcionamiento de los criterios de validez.

En los últimos años se ha extendido también una lectura alternativa de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, que busca no ya dar cuenta sino promover ciertos valores asociados a los Estados constitucionales. Se trata del denominado *positivismo normativo o ético*, según el cual la tesis central del positivismo consistiría en sostener que la determinación de aquello que es derecho *no debe* depender de su adecuación a la moral. Se mostrará que esta lectura normativa de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral o bien depende de la plausibilidad del positivismo incluyente o bien introduce una tensión tal que pone en peligro la propia tesis que desea defender. Como alternativas a estas versiones, se examinará el positivismo excluyente en la versión de Joseph RAZ, cuya viabilidad depende en gran parte de que su teoría de la autoridad sea considerada satisfactoria. Se señalarán algunos de sus aspectos problemáticos para concluir que difícilmente su versión del positivismo excluyente esté fundada en bases sólidas.

No obstante, el positivismo excluyente no tiene por qué considerarse atado a los compromisos que RAZ asume. Por el contrario, se procurará concluir que, depurado de tales compromisos, el positivismo excluyente puede dar cuenta de manera satisfactoria del funcionamiento de los estados constitucionales modernos.

Al finalizar cada capítulo se incluye el análisis de un caso en un intento por ilustrar algunas de las cuestiones que fueron objeto de tratamiento. Se procuró presentar decisiones provenientes de diferentes sistemas de control y tradiciones jurídicas posteriores al año 2000 a efectos de evaluar algunos de los problemas analizados en su manifestación más actual.

* * *

Este trabajo es, con algunas modificaciones, mi tesis doctoral presentada en la Universidad de Buenos Aires. Muchas personas me ayudaron a concretar

este proyecto. Mi mayor deuda es con Eugenio Bulygin, director de la tesis, de quien tanto he aprendido, y sigo aprendiendo. Además, por su apoyo en todos estos años, deseo expresar mi gratitud hacia Ricardo Guibourg. El, Eduardo Barbarosch y Ricardo Guarinoni integraron el tribunal de tesis y efectuaron valiosas consideraciones, que espero hayan quedado reflejadas en las páginas que siguen.

Reservo un reconocimiento especial para Jorge Rodríguez, quien leyó con infinita paciencia no un borrador, sino unos cuantos. Siempre estuvo dispuesto a discutir con su habitual rigor y generosidad cada página, y a guiarme hacia la salida de cada encerrona teórica (y anímica).

Vaya, asimismo, mi agradecimiento para los colegas y amigos que me ayudaron leyendo borradores, facilitándome material y brindándome comentarios y sugerencias. Ocupan un lugar destacado entre ellos Pablo Perot, Tobías Schleider y Juliana Tumini. No puedo dejar de mencionar, además, a Jordi Ferrer Beltrán, Leticia Morales, Pablo Navarro y Germán Sucar. Mi estancia en el invierno del año 2002 en la Universidad Pompeu Fabra, gracias a José Juan Moreso y demás miembros del área de Filosofía del Derecho, fue un paso decisivo cuando todo comenzaba. Aprecio también las observaciones del evaluador anónimo de la editorial, que me permitieron mejorar el texto.

Por último, las gracias son para mis padres, Teresa y Antonio, por estar siempre.

CAPÍTULO I

CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN

1. LA CONSTITUCIÓN, LA INTERPRETACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una de las características que diferencian al derecho de otros órdenes normativos es su capacidad para regular su propia producción. La relación entre una norma N1 que regula la producción de otra norma N2 es una relación de supra y subordinación. En consecuencia, los sistemas jurídicos no constituyen un conjunto de normas situadas en un mismo plano, sino que conforman una estructura escalonada, cuyo estrato superior es ocupado por la constitución¹. KELSEN define a la constitución como:

[...] un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden [...] es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate [...] es un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento en que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas. Esta regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación forma la Constitución en el sentido propio, originario y estricto de la palabra. Es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma en que estos órganos

¹ Cfr. KELSEN, 1928: 111 y 1960: 232.

deben proceder; es decir, en suma, la base fundamental del ordenamiento estatal².

Este sentido de la expresión «constitución» es el que KELSEN denominó *constitución en sentido material*³. La constitución en sentido material designa la o las normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales, y puede haber sido producida a través de la costumbre o por un acto deliberado de legislación de uno o más individuos. En el primer caso, puede hablarse de constitución puramente consuetudinaria; en el segundo, de constitución escrita, si bien la constitución material podría estar conformada por ambos tipos de normas.

Pero también la constitución puede ser entendida en un sentido formal⁴. Aquí el término «constitución» designa a un documento. La constitución escrita no necesariamente contiene sólo normas que regulan la actividad de producción normativa. Las normas constitucionales pueden tener, según KELSEN, cualquier contenido, y sirven para estabilizar las normas de la constitución material y constituir así el fundamento de todo el ordenamiento.

Constituye un lugar común el afirmar que la constitución, entendida en sentido material, es la norma fundamental del ordenamiento jurídico. En general esta expresión busca dar cuenta de la idea de que las constituciones regulan no sólo la producción de las normas inferiores —sin estar ellas reguladas por otras—, sino también que su función esencial consiste en determinar y regular los órganos de gobierno, su conformación y funciones, así como los principios bajo los cuales el Estado se encuentra organizado. Desde este punto de vista todo Estado poseería una constitución.

Podría calificarse como políticamente neutro a este concepto de constitución, en tanto se limita a establecer los órganos del Estado y su funcionamiento⁵. Pero es muy común que el término «constitución» se identifique además con la idea de que ella es un límite al poder político. Este es, por ejemplo, el sentido que parece reflejar el artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, según el cual «una sociedad en la que no estén garantizados los derechos del hombre y no esté establecida la división de poderes no tiene Constitución»⁶. Cuando se incorpora este contenido ideológico al concepto de constitución, ésta deja de ser un elemento necesario de toda organización estatal: sólo algunos Estados tendrán una constitución en este sentido. Lo que a menudo hoy se denomina «Estado Constitucional», «Estado

² KELSEN, 1928: 114-115.

³ Cfr. KELSEN, 1960: 232.

⁴ Cfr. *ibid.*: 233.

⁵ Cfr. GUASTINI, 2001a: 33.

⁶ Para un análisis del concepto de constitución en el siglo XVIII y, en especial, en el marco de la Revolución francesa, véase COMANDUCCI, 1994.

Constitucional de Derecho», o simplemente «Estado de Derecho», es un estado cuya constitución no sólo establece su organización básica sino que incorpora contenidos vinculados con la limitación del poder y la tutela de determinados derechos que se consideran valiosos⁷. De manera que en la actualidad, y específicamente en las democracias constitucionales, el término «constitución» está principalmente vinculado con una familia de características que no se agotan en la estructuración jurídica y política de un Estado⁸:

En primer lugar, en la mayoría de las democracias actuales, la constitución se expresa en algún tipo de formulación canónica, esto es, *escrita*⁹. Se caracteriza por su *supremacía* respecto de las demás normas del sistema. Si una norma de jerarquía inferior contradice a la constitución, la norma en cuestión se considera inválida. Está generalmente acompañada por procedimientos que garantizan esa supremacía, por ejemplo, por el *control judicial de constitucionalidad*. La constitución pretende *estabilidad*, es decir, una cierta permanencia en el tiempo. Está pensada para ser aplicada más allá de la generación que la dictó. La constitución es *rígida*, sus cláusulas son atrincheradas, es decir, los mecanismos previstos para su creación, modificación y derogación son más gravosos o complejos que los utilizados para la legislación ordinaria¹⁰. La constitución expresa una ideología común a través de la enumeración de una serie de *principios de gobierno y derechos básicos*. Especialmente en las declaraciones de derechos básicos se advierte un alto grado de *generalidad y abstracción* de las cláusulas constitucionales, junto con numerosas referencias con resonancias morales.

Según el sistema de que se trate, puede que todas estas características se encuentren presentes o que sólo algunas se verifiquen. Además, puede que exista una variación de grado o intensidad en la satisfacción de algunas de ellas. De todos modos, la verificación en cierto grado de algunas de estas características es lo que daría un matiz particular a las cuestiones vinculadas a la interpretación de una constitución.

La constitución así entendida plasma por escrito una serie de derechos básicos y otros mecanismos que constituyen límites al poder político. Para que

⁷ Cfr. AGUILÓ REGLA, 2001: 443 y DÍAZ, 1982.

⁸ Reúno aquí una serie de notas, más o menos coincidentes, que ofrecen distintos autores (cfr. GUASTINI, 2001a: 154-164; GUIBOURG y MENDONCA, 2004: 24-27; MARMOR, 2007a: 91-94; RAZ, 1998a: 152-153 y WALUCHOW, 2004 y 2007).

⁹ Por supuesto, también existen algunos casos de constituciones no escritas. El ejemplo más tradicional es el de Gran Bretaña. Si bien su constitución no responde al modelo canónico de constitución escrita representado por la constitución americana, cuenta con un conjunto de textos como la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1629), la Carta de Derechos (1689), el Acta de Derechos Humanos (1998), entre otros, que pueden considerarse un verdadero «núcleo escrito» de una constitución no escrita, junto con una serie de criterios recogidos en la tradición del *Common Law* vinculados con los límites al poder del gobierno. Nueva Zelanda e Israel constituyen casos similares.

¹⁰ También existen Estados que han adoptado una constitución flexible, aunque son los menos. Volveré sobre la distinción entre constituciones rígidas y flexibles en los capítulos II y III.

esos límites no queden a merced de aquellos a quienes se supone han de limitar, se los protege previendo algún grado de rigidez respecto de su modificación, lo que a su vez colabora con la estabilidad de los textos en el tiempo. Si se pretende asegurar esa estabilidad, y además se tiene presente que la constitución es la norma de máxima jerarquía del sistema jurídico, en general se considera conveniente que la constitución tenga cláusulas, no de detalle, sino que impongan criterios generales y con un alto grado de abstracción. Ahora bien, en tanto norma suprema del sistema, ella es la que proporciona los criterios de validez de las restantes que lo integran. Pero si esos criterios son tan generales y abstractos, se vuelve problemático el que la constitución pueda cumplir eficazmente con su papel de límite y parámetro de validez ya que en muchas ocasiones podría resultar difícil dilucidar lo que la constitución establece. Por ello, a la hora de efectuar el control de validez o constitucionalidad de las normas inferiores, la tarea del intérprete, consistente en establecer cuál es el significado de las cláusulas constitucionales, es de la mayor importancia ya que el significado que se atribuya a sus cláusulas repercutirá sobre todas las normas del sistema.

Cabe preguntarse si existe alguna diferencia entre la interpretación de la constitución y la interpretación de cualquier otra norma de inferior jerarquía. En principio, siguiendo a GUASTINI, partiré del presupuesto de que aun en el caso de que exista cierta especificidad de la interpretación constitucional, ello no afecta la naturaleza de la actividad interpretativa como tal¹¹. Sin embargo, constituye una idea bastante extendida que a la hora de interpretar los textos constitucionales, o bien se presentan los mismos problemas que al interpretar cualquier texto jurídico pero con una inusitada gravedad, o bien existen problemas que sólo se verificarían en este nivel y que, por lo tanto, hacen que la interpretación de la constitución presente una naturaleza peculiar y requiera también de métodos específicos para su ejercicio.

Este capítulo tendrá como objetivo examinar algunos problemas vinculados específicamente con la interpretación de la constitución. Pero antes de entrar de lleno en su análisis, serán necesarias algunas aclaraciones respecto de qué se entiende por interpretación.

En una primera aproximación, el concepto de interpretación parece recoger dos ideas. Por un lado, la interpretación presupone que hay un objeto, un original, que ha de ser interpretado. En este sentido la interpretación se diferencia de la pura invención. Pero también, el referirse a la *interpretación* de un original, presupone que interpretar no es lo mismo que la simple reproducción de ese original¹².

¹¹ Cfr. GUASTINI, 2001a: 255.

¹² En el mismo sentido, véase DWORKIN, 1986; ENDICOTT, 1994; FISS, 1982; MARMOR, 1992 y 2004; MOORE, 1995 y RAZ, 1996a y 1996b.