

Las reglas constitucionales en juego

Claudina Orunesu

Universidad Nacional de Mar del Plata

1. Introducción

El uso de reglas para orientar nuestras acciones parece, al menos a primera vista, sujeto a un problema fundamental: el de la justificación racional del seguimiento de reglas. Una regla prescriptiva destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida (“*deténgase frente a un semáforo en rojo*”). Pero, al hacerlo, necesariamente soslaya la relevancia de otras muchas circunstancias (¿debo detenerme frente a un semáforo en rojo si estoy llevando a una persona que está sufriendo un ataque cardíaco al hospital?). Y en cierto sentido, parecería que la evaluación de lo que debemos hacer en determinada situación requiere tomar en cuenta todo posible factor que pudiese tener incidencia en la determinación de nuestras obligaciones, esto es, debe atenderse al espectro completo de razones en juego. Pero si las reglas se interpretan y aplican como si fuesen completamente “transparentes” respecto de nuestra evaluación del resultado que ofrece el balance de todas las razones en juego en cada caso, esto es, si en cada situación de posible discordancia entre lo que expresa la regla y el balance completo de razones normativas en juego, ha de estarse al resultado de este último, las reglas como tales resultarían herramientas inútiles. Así, el uso de reglas para la resolución de problemas prácticos parece conducir al siguiente dilema: o aceptamos la orientación que nos ofrecen las reglas, lo cual resultaría en última instancia una forma de descalificación por anticipado de ciertos factores potencialmente relevantes en la dilucidación de lo que se debe hacer y, consiguientemente, una forma de irracionalidad, o dejamos de lado la guía que ofrecen las reglas y nos concentramos en lo particular de cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las reglas se tornan irrelevantes.

Frederick Schauer se abocó con particular maestría a analizar esta tensión entre irracionalidad e irrelevancia en lo que respecta al seguimiento de reglas en su libro *Playing by the Rules* de 1991. Y como continuación de esa preocupación teórica, en numerosos trabajos, articuló novedosas reflexiones en torno al papel que los textos constitucionales cumplen en nuestras prácticas.¹

En este trabajo intentaré ofrecer un panorama de las tesis de Schauer en torno al papel de la constitución y explorar algunas de las consecuencias que se siguen de las mismas. Ello permitirá además, en sintonía con las preocupaciones teóricas del autor en los últimos años,² repensar el rol de la coacción en el nivel de las normas de la máxima jerarquía en los sistemas constitucionales.

2. La Constitución como regla

¹ Véase, por ejemplo, Schauer 1987, 1989, 1993, 2004, 2007, 2013, 2017, Alexander y Schauer 1997, 200.

² Cf. Schauer 2012, 2013, 2015, 2016.

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 quizás 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. Dadas estas características hay quienes consideran que las formulaciones constitucionales no son otra cosa que la evidencia o una suerte de síntesis de algo que está más allá del texto y cuya comprensión es requerida para saber qué es lo que dice la constitución. Lo que esté más allá del texto puede ser tanto la intención del constituyente, o algún principio moral o propósito subyacente.³ En esta visión a la hora de interpretar las cláusulas constitucionales siempre la justificación subyacente moldea el significado que se asigna al texto y ello es así aún en las ocasiones en que el caso bajo análisis revela que existe una clara divergencia entre ambos.⁴

Según Schauer esa divergencia puede surgir por ejemplo en casos en los que la generalización que conforma el predicado fáctico de la regla falla respecto de la justificación que la genera por sub o sobreinclusión, o cuando una generalización supuestamente universal resulta en realidad probabilística en virtud del fenómeno de la *textura abierta*, o cuando en el examen de un cierto caso puede ser que se considere que la generalización omitió tomar en cuenta una propiedad que ahora parece relevante para la decisión.⁵ A estos tres tipos de generalizaciones inadecuadas Schauer las denomina *experiencias recalcitrantes*⁶. Para algunos, en esas circunstancias, se debe considerar que la regla es transparente a su justificación, tal que la misma debe ser interpretada conforme a esta última y no a lo que el texto establece: los conflictos provocados por las experiencias recalcitrantes deben resolverse siempre en favor de la justificación de la regla y no de lo que esta última expresa.

La visión alternativa considera que la interpretación de las formulaciones normativas no requiere a la hora de establecer su significado adentrarse en cuál es la justificación subyacente. En caso de conflicto entre la regla y su justificación el conflicto se resuelve en favor de la primera, y el decisor ha de considerar al hecho de su existencia como constitutivo de una razón para la acción incluso cuando se presenten experiencias recalcitrantes. Schauer sostiene que sólo habrá toma de decisiones basada en reglas en la medida en que, si una regla determina soluciones diferentes frente a las que resultan de su justificación subyacente, ella ofrezca cierto grado de resistencia a tales justificaciones. Esto sólo sería posible en la medida en que seamos capaces de captar el significado de la regla sin recurrir a su justificación. Una regla sería así apta para suministrar una razón para la decisión incluso cuando su formulación no sirva a la justificación que la ha generado.

La primera opción, tiene la ventaja de toda decisión particularista: será óptima desde el punto de vista contextual ya que tomará en cuenta cada propiedad relevante para resolver el caso sea que ella haya sido tenido en cuenta o no por la generalización de la regla. El decisor podrá tomar la mejor decisión todas las cosas consideradas.

³ En esta caracterización podrían englobarse posiciones como las de Fuller, Dworkin, y el originalismo. (cf. Schauer 1987).

⁴ Según Schauer toda regla prescriptiva contiene una generalización a la que subyace un propósito o justificación. La generalización limita el número de propiedades que, sin su existencia, resultarían aplicables en virtud de su justificación. De manera que las generalizaciones operan aplicando y especificando sus justificaciones subyacentes (Cf. Schauer 1991: 75-82.)

⁵ Cf. Schauer 1991: 83-95.

⁶ Cf. Schauer 1991: 98.

Para Schauer, por más atractiva que pueda parecer esta alternativa, ello no debe conducirnos a minimizar las desventajas del particularismo. Y esta tesis la sostiene con especial énfasis respecto de los casos constitucionales.⁷ A su entender, la adopción del modelo conversacional que adecua la regla al caso y no al revés, lleva a la constante modificación de las reglas frente a cada experiencia recalitrante que surja según cual sea su propósito, y al hacerlo las vuelve superfluas y elimina las ventajas que ellas acarrearán como la predictibilidad, la certeza, la distribución de poder, entre otras.⁸ Así, puede ser parte del contexto de muchos juicios penales que el acusado sea culpable del delito del que lo acusan, o que quienes propugnan realizar una marcha pública en apoyo al nazismo sean seres despreciables. Ahora, según Schauer, las constituciones contemporáneas en tanto reglas en estos y otros casos imponen a los decisores que ignoren ciertos aspectos del contexto, y lo hacen adrede ya que consideran que hay otros valores de mayor importancia que se preservan mejor quitando a las autoridades en general y a los jueces en particular la posibilidad de involucrarse en una toma de decisiones particularista.⁹ La idea de que la constitución limita de algún modo qué decidir, cómo hacerlo y quien puede hacerlo requiere que sus reglas ofrezcan algún grado de resistencia al rango de posibles razones subyacentes que puedan entrar en conflicto con ellas.¹⁰

Es por ello que, afirma Schauer, si se considera que el texto constitucional es una regla, ello puede conducirnos a ver a la constitución no como una herramienta a nuestro servicio sino como un obstáculo que impide, limita e incluso molesta.¹¹ Pero los obstáculos que imponen las constituciones pueden verse bajo una mejor luz cuando se considera que funcionan como barreras para evitar o desalentar aquello que una sociedad considera peligroso o simplemente malo. En palabras de Schauer:

“Lo que parece bueno o correcto o importante para el decisor puede sin embargo estar excluido por las palabras de un texto o regla. Pero si los decisores, sean jueces, o miembros del poder ejecutivo o legislativo, toman a los textos y reglas constitucionales como meras síntesis de lo bueno, es probable que vean a esos textos y esas reglas como derrotables al servicio de lo que ellos perciben que son las razones detrás del texto o de la regla. Y es justamente para bloquear esas apelaciones que las reglas existen, y es para evitar esas apelaciones que tenemos después de todo una Constitución. En ocasiones las consecuencias de

⁷ Cf. Schauer 1987: 48.

⁸ Para un análisis de las razones en apoyo de las reglas, véase Schauer 1991: 197-228.

⁹ Cf. Schauer 1987: 47-48.

¹⁰ Esta tesis se sustenta en una determinada concepción del lenguaje, que Schauer defiende, y que resulta incompatible con una visión particularista del significado. De conformidad con ella, el significado no se explica por completo remitiéndose a los propósitos del hablante o al contexto en particular en el que es usado el lenguaje. Para Schauer, la posibilidad de una divergencia entre la regla y su justificación presupone que el lenguaje y el significado son, al menos, parcialmente acontextuales, es decir, no están totalmente determinados por las circunstancias o por el contexto inmediato en el cual se los utiliza en un momento en particular. Por ello, Schauer sostiene que el lenguaje posee *autonomía semántica*: los símbolos que lo conforman son capaces de portar significados sin depender para ello de los propósitos que persigan los hablantes en ocasiones específicas. Esto no significa que se rechace la necesidad de tomar en cuenta el contexto. Por el contrario, Schauer señala que se debe discriminar entre el contexto que constituye la ocasión específica de uso (sobre el que se sustentan las posiciones particularistas) y el contexto entendido en términos de comunidad lingüística. El considerar que el significado es parcialmente acontextual le permite a Schauer remarcar el hecho de que todos los usuarios de un lenguaje comparten un gran número de presupuestos contextuales, los cuales configuran un marco básico invariable dentro de una determinada comunidad lingüística. Si el significado de una expresión estuviese determinado únicamente por el modo en el que ella fue usada en un momento particular, sería imposible dar cuenta de cómo se transmite el significado y de por qué se escoge una u otra palabra en diferentes contextos de comunicación. (Cf. Schauer 1991: 113-122).

¹¹ Cf. Schauer 1987, 2017.

una Constitución que nos frustra, es simplemente frustrante. Pero es probable que las consecuencias de una Constitución que no frustra sean un poco peores".¹²

3. Reglas constitucionales, ganadores impopulares y perdedores populares

La idea de que la función central de la constitución es imponer límites puede ser objeto de diferentes lecturas. Una es la que ve en la constitución un mecanismo de defensa frente al hombre malo, y más específicamente para evitar que las autoridades actúen guiadas por sus propios intereses o preferencias en lugar de por el bien público.¹³ Schauer denomina a esta visión la *constitución de la desconfianza* ya que está pensada para evitar que "gente mala haga cosas malas"¹⁴.

Pero existe otra lectura de la constitución y su función en los sistemas políticos actuales que, según Schauer, ha sido descuidada. Es la visión que ve en ella una herramienta para imponer límites de segundo orden sobre las decisiones de naturaleza política de primer orden que se pueden tomar, y no solo por autoridades viciosas, sino incluso por aquellas que parecen ser razonables y tener buenas intenciones.¹⁵

Schauer trae a consideración para ilustrar este punto numerosos casos, entre ellos, el caso *Brandenburg v. Ohio*¹⁶. En 1966 Clarence Brandenburg, líder del Ku Klux Klan del sur de Ohio, invitó a un equipo de un canal de televisión de Cincinnati a participar en una reunión del Klan en un establecimiento rural del condado de Hamilton. Un periodista y un camarógrafo asistieron, filmaron lo sucedido y parte de esas imágenes fueron transmitidas por el canal local y una red nacional. En las filmaciones aparecían personas encapuchadas, algunas con armas reunidas alrededor de una cruz de madera que luego fue quemada, y Brandenburg dando un discurso en el que reivindicaba actos de venganza contra afro americanos y judíos y en el que afirmaba que "los negros deberían regresar a África y los judíos a Israel". En el marco de un complejo clima de tensión social las autoridades acusaron a Brandenburg del delito de Sindicalismo Delictivo establecido por una ley de 1919. Brandenburg fue condenado por "reivindicar... el deber, la necesidad o la pertinencia [395 U.S. 444, 445] de los delitos, sabotajes, actos de violencia o métodos ilícitos de terrorismo como medio para lograr una reforma industrial o política" y por "asociarse voluntariamente con cualquier sociedad, grupo o agrupación de personas que tengan por objeto enseñar o reivindicar las doctrinas del sindicalismo delictivo". Esta decisión fue confirmada por el Superior Tribunal del Estado. Sin embargo la Suprema Corte de los Estados Unidos por unanimidad revocó el fallo sosteniendo que la libertad de expresión y la libertad de prensa no permiten que un Estado proscriba la reivindicación del uso de la fuerza o la violación de las leyes, salvo en los casos en que dicha reivindicación tenga por objeto incitar o producir actos ilícitos inminentes, y si fuera probable que inciten o produzcan tales acciones.

Schauer considera que casos como *Brandenburg* muestran que en ocasiones una decisión de la autoridad que persigue objetivos que normalmente consideraríamos razonables e

¹² Schauer 1987: 50-51.

¹³ Schauer ubica en esta tradición a Hobbes, Madison, Ely y Sunstein entre otros. (Cf. Schauer 2003: 1882).

¹⁴ Schauer 2013: 1883.

¹⁵ Cf. Schauer 2013: 1883.

¹⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444.

incluso virtuosos, por ejemplo desalentar o limitar discursos que alienten el odio y la discriminación, puede sin embargo ser considerada manifiestamente inconstitucional por los tribunales.

A su entender estos casos se caracterizarían en primer lugar por ser “casos fáciles” al menos en lo que respecta a la conformación de las opiniones de la Corte Suprema: los fallos son unánimes o con solo una o dos disidencias lo que reflejaría la existencia de doctrinas o principios establecidos incluso entre las diversas vertientes ideológicas presentes en el máximo Tribunal. En segundo lugar las decisiones en juego provenían de autoridades que habían actuado, no en base a una agenda personal o interés espurio, sino de buena fe frente a lo que consideraban dañino o perjudicial. Y en tercer lugar los objetivos o intereses que animaban esas decisiones parecen al menos plausibles, si dejamos de lado el aspecto constitucional.¹⁷ En estas situaciones la constitución no es, en la lectura de Schauer, un instrumento contra las malas decisiones de malas personas sino que ella impide que la gente con buenas intenciones haga cosas buenas en virtud de procurar proteger ciertos objetivos o valores más importantes o de largo alcance.¹⁸

Schauer sostiene que ser conscientes de esta dimensión del constitucionalismo nos permitiría reflexionar sobre aspectos de nuestra práctica constitucional que de otro modo quedarían ocultos. Considera que si bien desde el punto de vista teórico se podría afirmar que tanto los ciudadanos como las autoridades podrían internalizar estos límites de segundo orden sobre sus preferencias políticas de primer orden, en el nivel empírico ello no podría generalizarse. A su entender es poco probable que tanto las autoridades como los ciudadanos acepten e internalicen genuinamente ese tipo de limitaciones cuando creen que sus políticas son buenas y populares. Schauer brinda numerosos ejemplos donde tanto las autoridades como la gente parecen tener problemas para internalizar los límites constitucionales como sucede por ejemplo con las garantías vinculadas al proceso penal donde puede suceder que quienes alegan la violación de una garantía hayan cometido el delito por el cual se los acusa y por ende gocen de muy poca simpatía por parte de las autoridades y de aquellos a quienes representan. En esas situaciones, la constitución al invalidar decisiones por ser contrarias a ciertos valores que ella plasma, arrojará en ocasiones, en palabras de Schauer, “ganadores impopulares” y “perdedores populares”¹⁹.

Para Schauer es dable esperar que la gente prefiera aquello que consideran correcto sobre lo que piensan que el derecho exige cuando exista divergencia entre ellos, ya sea porque consideran que la norma es equivocada, o porque en virtud de su generalidad no es capaz de resolver adecuadamente un caso. Y es en esas situaciones donde parecería que el derecho no introduce una diferencia relevante en nuestra toma de decisiones.

A entender de Schauer, si se reconoce que cuando la constitución restringe o excluye políticas, preferencias o decisiones que se consideran buenas o adecuadas porque ella prioriza otros objetivos menos obvios y/o menos inmediatos, es posible que las autoridades o la gente tenga dificultades para internalizar las normas constitucionales y que el derecho haga una genuina diferencia entonces existirán buenas razones para recurrir a mecanismos que colaboren a implementar esas restricciones de segundo orden. Esos mecanismos son para Schauer el control judicial de constitucionalidad, en una versión particularmente robusta, y la coerción.

¹⁷ Cf. Schauer 2013: 1892-1894.

¹⁸ Cf. Schauer 2013: 1895.

¹⁹ Schauer 2013: 1898.

4. Constitución, control judicial de constitucionalidad y coerción

En las democracias constitucionales el control judicial de constitucionalidad, en sus diferentes versiones, es típicamente considerado la principal herramienta para garantizar el cumplimiento de la constitución. Frente a las numerosas objeciones que en los últimos años ha recibido el control judicial de constitucionalidad Schauer ha ofrecido en diferentes artículos diversos argumentos en su defensa.²⁰

Según Schauer una de las funciones y beneficios del derecho consiste en fijar de manera autoritativa qué se debe hacer. La constitución es parte fundamental de esa función ya que ella en parte existe porque se considera valioso cierta uniformidad en las decisiones sobre cuestiones en que la gente a menudo tienen opiniones sustantivas y agendas divergentes y se considera poco auspicioso dejar esas decisiones sujetas a cierta volatilidad en la toma de decisiones sobre cuestiones que se consideran fundamentales. La constitución cumpliría así no solo con una función de coordinación sino también estabilizadora. Pero en tanto la constitución puede, en ocasiones, ser objeto de diferentes interpretaciones que compiten unas con otras, que a su vez pueden ser realizadas por diferentes agentes, hasta tanto no se determine cuál de ellas prevalece la constitución no podría cumplir su función. Por ello, según Schauer, las mismas razones por las que consideramos valioso contar en nuestras vidas al derecho y una constitución en nuestros diseños institucionales nos conducen a su entender a aceptar que existen buenas razones para contar con control judicial de constitucionalidad y privilegiar o considerar autoritativa la interpretación de un intérprete determinado, la Corte Suprema. El control judicial de constitucionalidad permitiría cumplir con la función autoritativa del derecho.²¹

Como es sabido, a menudo para explicar cómo nos limita la constitución se ha recurrido a la figura del precompromiso.²² Pero el precompromiso, sostiene Schauer, no explicaría adecuadamente las situaciones en que la constitución limita impide o restringe decisiones institucionales cuyas justificaciones se consideran correctas. En ellas la dificultad de cumplir con la regla no se debe tanto a una situación de debilidad de voluntad sino a que consideramos que ellas no son buenas o no son lo suficientemente buenas. Y por ello parecería sumamente difícil que aquellos a quienes limita la regla se la autoimpongan de buen grado.

Según Schauer, el problema de quienes sostienen que lo que dice la constitución debe surgir de la interpretación que hagan el poder ejecutivo o el legislativo (departamentalismo) o depende de o está influenciada por lo que piensa la población en general (constitucionalismo popular), es que esas aproximaciones al rechazar la primacía del control y la interpretación de la constitución en manos de los tribunales no tienen manera de prever mecanismos externos para garantizar su cumplimiento. A su entender, parecerían asumir que los legisladores, las autoridades en general, y la gente son capaces de interpretar los límites de la constitución de una manera robusta y no sesgada para luego aplicarse esos límites a ellos mismos.²³ Y para Schauer esta asunción estaría muy lejos de lo que la evidencia empírica sugiere. Lo más probable, sostiene, es que los intérpretes asignen significado a los textos constitucionales de una manera que sea consistente con sus preferencias sustantivas de primer orden. Y así quien que tenga que interpretar el texto

²⁰ Véase por ejemplo Alexander y Schauer 1997, Schauer 2004, 2017.

²¹ Cf. Alexander y Schauer 1997.

²² Sobre precompromiso véase entre otros Elster 2000 y Elster y Slagstad 1988.

²³ Cf. Schauer 2017: 1708.

constitucional tenderá a preferir aquellas interpretaciones que signifiquen una relativización de las molestias que puede involucrar para él el respetar la constitución.

De aquí que Schauer concluye que también existe otro argumento, de naturaleza negativa, a favor del control judicial de constitucionalidad y de la supremacía de la interpretación judicial de la constitución. Considera que los tribunales en general y la Suprema Corte en particular se encuentran en mejor posición que las otras ramas del gobierno para cumplir con esa función de determinar que dice la Constitución y garantizar su cumplimiento. Esto es así no porque los jueces tengan una aptitud epistémica especial o superior sino porque los demás candidatos no podrían cumplir mejor con esa función. Las ramas políticas del gobierno y sus autoridades se desempeñarían peor a la hora de interpretar y aplicarse a sí mismos los límites que la constitución impone.²⁴

Ahora bien, en los últimos años Schauer, ha planteado que se requeriría algo más que un control judicial de constitucionalidad con última palabra para el poder judicial, para asegurar el mayor cumplimiento posible de nuestros textos constitucionales.

Schauer propone que consideremos situaciones como las siguientes. No es raro que nuestros sistemas prevean sanciones para los casos en que por ejemplo oficiales de policía realizan un allanamiento sin una orden judicial o sin que exista causa probable. Sin embargo, si las legislaturas provinciales o el congreso federal dictaran una norma que de algún modo permitiera que la policía violara la garantía constitucional que prohíbe tal intromisión, los legisladores no recibirán ninguna sanción formal. La idea de que el castigo provendrá de las urnas tampoco le parece realista a Schauer. A su entender cuando las reglas constitucionales limitan a legisladores que con buenas intenciones intentan a través de la creación de una norma servir el interés más directo de sus representados, esperar que aquellos cuyos intereses inmediatos se pretendía servir los castiguen políticamente es sólo una expresión de deseos.²⁵

Para Schauer la obediencia al derecho, por parte de autoridades y ciudadanos, que se obtiene sin recurrir a sanciones, solo por el hecho de ser tal, es en la práctica un fenómeno mucho menos generalizado de lo que a menudo los teóricos del derecho han considerado al elaborar sus especulaciones acerca del derecho.²⁶ Y de la misma manera:

“La obediencia a la constitución que no está respaldada por la coacción puede también ser rara, al menos cuando la constitución cumple funciones regulativas y no constitutivas, y cuando lo que ella exige diverge del juicio de la autoridad ‘todas las cosas consideradas excepto por lo que establece la constitución’”²⁷

La conclusión de Schauer al poner luz sobre situaciones como estas es doble. Por un lado muestran la necesidad de profundizar el estudio del papel de la coerción en nuestros sistemas jurídicos y ese fue el objetivo de su libro *The Force of Law*.²⁸ Y por el otro que habría que considerar seriamente la posibilidad de incluir mecanismos de coerción a nivel constitucional y evaluar si aquellos que comúnmente se aplican a las autoridades inferiores que violan la constitución no deberían también extenderse a las autoridades de mayor jerarquía y responsabilidad institucional.²⁹

²⁴ Cf. Schauer 2004:1065.

²⁵ Cf. Schauer 2013: 1904.

²⁶ Cf. Schauer 2013: 1907. Véase también Schauer 2015.

²⁷ Schauer 2013: 1908.

²⁸ Schauer 2015.

²⁹ Cf. Schauer 2013: 1908.

5. La fuerza de la constitución

Para Schauer cuando concebimos a la constitución como una regla, que tiene la característica de ser suprema al atrincherar ciertos contenidos y preservarlos de la toma de decisiones de las legislaturas ordinarias, y advertimos que una de sus principales funciones consiste en imponer limitaciones de segundo orden sobre nuestras preferencias políticas de primer orden, incluso cuando estas son “buenas” o “bien intencionadas”, ello requiere como *condición necesaria* para llevar adelante esa tarea de un control judicial de constitucionalidad que tenga la última palabra para establecer el contenido de la constitución.³⁰ Cabe aquí preguntarse respecto de los alcances de esta afirmación. En otras palabras, si para garantizar que la constitución sea suprema y pueda cumplir con su función de imponer límites sobre nuestras preferencias, necesariamente en nuestros diseños institucionales debemos recurrir sólo a los jueces para ejercer ese control.

La tesis de Schauer en cierto sentido parece ser heredera del argumento de Marshall en *Marbury vs. Madison*.³¹ Conforme al criterio instaurado por Marshall en esa decisión, si se asume la supremacía de la constitución, ello necesariamente traería aparejado el control judicial de constitucionalidad, ya que los jueces no deberían aplicar normas que sean contrarias a la ley suprema.³² Si existe un conflicto entre una norma emitida por la legislatura y la constitución, entonces los tribunales cualesquiera sean deben declarar inconstitucional la ley y aplicar la constitución. Obsérvese que una premisa fundamental para establecer el carácter necesario del control judicial de constitucionalidad en el razonamiento de Marshall reside en el carácter de ley suprema que tendría la constitución. Esa supremacía se fundaría, según Marshall, en concebirla esencialmente como una herramienta para limitar el poder de las diferentes ramas del gobierno. Y para poder llevar adelante esa tarea, los actos de la legislatura contrarios a la constitución deberían ser considerados nulos.

Carlos NINO ha reconstruido este razonamiento a través de las siguientes premisas:

«Premisa 1: La obligación del poder judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: Cuando existen dos leyes contradictorias, la aplicación de una de ellas excluye la aplicación de la otra.

Premisa 3: La constitución es la ley suprema y define cuándo otras normas son ley.

Premisa 4: La supremacía de la constitución implica que, cuando está en conflicto con una norma sancionada por la legislatura, la última carece de validez.

Premisa 5: Si la premisa 4 no fuera verdadera, la legislatura podría modificar la constitución a través de una ley ordinaria y, de este modo, la constitución no sería operativa para limitar a esa legislatura.

Premisa 6: La legislatura está limitada por la constitución.

Premisa 7: Si una norma no es una norma válida, ésta carece de fuerza obligatoria.

³⁰ Cf. Schauer 2004: 1066.

³¹ *Marbury vs. Madison* 5 U.S. 137 (1803). Schauer parece reconocer esto en Alexander y Schauer 2000.

³² Algo muy similar ocurrió en Argentina donde el control de constitucionalidad también fue incorporado por vía jurisprudencial en el caso *Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación* (CSJN, 01-01-1887, Fallos 32: 120).

Conclusión: Si una norma sancionada por la legislatura es contraria a la constitución, esa norma no debe ser aplicada por el poder judicial.»³³

Sería a partir de este razonamiento que se ha entendido que adoptar una constitución escrita y asumir su supremacía implican necesariamente el control judicial de constitucionalidad.

Ahora bien, Nino sostiene que, cuando en la premisa 4 se afirma que la supremacía de la constitución implica que si una norma infraconstitucional está en conflicto con la constitución la primera no es válida, se estaría afirmando que ella no pertenece al sistema jurídico. No obstante, si se interpreta “validez”, no como sinónimo de pertenencia, sino en otros de sus sentidos, por ejemplo, como fuerza obligatoria, una norma que contradijera a la constitución no necesariamente sería inválida.³⁴ Una norma podría tener fuerza obligatoria aunque no cumpla con las condiciones requeridas para pertenecer al sistema jurídico. Pero el rechazo sobre tales bases de la premisa que sostiene que una norma contraria a la constitución no es válida no implicaría que la constitución no limite al legislador ordinario. La constitución podría prohibir que el legislador dicte normas contrarias a lo que ella establece y, en caso de que el legislador viole esa prohibición, si bien la norma no pertenecería en sentido estricto al sistema, podría ser aplicable hasta tanto el órgano competente en el sistema en cuestión, por ejemplo, el congreso, la derogue. Nino considera, pues, que la conclusión del razonamiento se apoyaría en un uso ambiguo de la expresión “validez”. Una norma que contradijera a la constitución podría ser aplicable para los jueces, y esto dependería de lo que otras normas del sistema establecieran para cada circunstancia. Afirma que en la práctica jurídica es corriente que los tribunales estén obligados a aplicar una norma hasta tanto no sea derogada por la autoridad que la dictó o sea declarada inconstitucional por el órgano que el sistema prevea para esos casos. También puede darse el caso de que una norma sea declarada constitucional erróneamente por el órgano habilitado para esos pronunciamientos, en cuyo caso la norma, pese a no pertenecer al sistema por ser inconstitucional, habría sido declarada aplicable.

Para Nino, la afirmación de que para mantener la supremacía de la constitución se requiere del control judicial de constitucionalidad, confundiría un problema lógico con uno práctico.³⁵ Podría ser que la constitución prohíba al legislador ordinario dictar ciertas normas aunque no haya un cuerpo que esté autorizado a derogar o anular las normas dictadas en violación de esa prohibición. Y aun si se admitiera que cualquier obligación implica algún tipo de sanción o remedio, ese remedio no necesariamente tendría que ser el control judicial de constitucionalidad, pudiendo ser cualquier otro. El control judicial de constitucionalidad no sería una consecuencia lógica de asumir la supremacía de la constitución, sino que sería una característica contingente del diseño constitucional que adopte una determinada comunidad. El que una norma no pertenezca al sistema por no cumplir con las exigencias formales o materiales impuestas por la constitución no obsta a que ella sea aplicable, por ejemplo hasta tanto su inconstitucionalidad haya sido declarada, y esa declaración podría provenir de un órgano distinto del poder judicial. La revisión no necesariamente tiene que quedar en manos de los tribunales, ni siquiera cuando el sistema tenga una constitución suprema. Nino concluye que no es verdad que un sistema que no cuente con control judicial

³³ Nino 1996: 261-262.

³⁴ Cf. Nino 1995: 227-229. Sobre las diferentes nociones de validez véase Bulygin 1990.

³⁵ Cf. Nino 1995: 229.

de constitucionalidad es una imposibilidad lógica, o que la ausencia de control judicial de constitucionalidad excluya la supremacía de la constitución.

Creo que Nino tiene razón cuando afirma que la supremacía constitucional no implica necesariamente la potestad de los tribunales para declarar inconstitucionales las normas, porque ella es compatible con diversos sistemas de control, los que no necesariamente deben tener naturaleza jurisdiccional. Pero, ¿es esto aplicable a aquellos casos en los que el sistema no prevé expresamente órgano alguno de control de constitucionalidad?

Suponiendo un sistema semejante – como es el caso del estadounidense o el argentino– frente a una norma o decisión institucional incompatible con la constitución para mantener la supremacía de la constitución es necesario restablecer la consistencia mediante la aplicación del criterio de *lex superior*. Pero, por hipótesis, no hay órgano alguno previsto en el sistema para hacerlo. De modo que, o bien el juez declara él mismo la inconstitucionalidad, o bien la supremacía constitucional se desvanece. Como señala Guastini, no basta con proclamar la supremacía para que ella exista como tal, hay que garantizarla.³⁶ Creo que esta idea estaba presupuesta en el razonamiento de Marshall y que NINO no la toma en cuenta en su reconstrucción, no obstante su relevancia. Si no existe una previsión expresa en el sistema sobre quién debe llevar a cabo el control, como en el caso de Estados Unidos y de Argentina, no veo cómo podría evitarse la conclusión de Marshall, ni tampoco la de Schauer.

Sin embargo, no estoy convencida de la fuerza de lo que Schauer denomina el “argumento negativo” a favor de la supremacía interpretativa de los tribunales respecto de las ramas políticas según el cual existirían razones para creer que los legisladores, los miembros del poder ejecutivo no serían muy confiables para identificar y autoimponerse los límites que la constitución establece a su respecto: siempre tenderían a interpretar sus competencias de manera amplia y las restricciones de manera restrictiva. Y por ello, se requeriría de la intervención de un tercero, el poder judicial, para hacer valer la constitución.

No veo la manera de que este argumento no alcance con la misma fuerza también a los tribunales en lo que respecta a los límites que la constitución les impone. Schauer en nota reconoce que estas “patologías” también podrían afectar a los jueces pero minimiza su impacto sosteniendo que gran parte de las limitaciones que le impone la Constitución están dirigidos a los estados, al congreso y al ejecutivo pero no tanto al poder judicial y que en ocasiones pueden dictar fallos que más bien limitan y no expanden su jurisdicción.³⁷ En este sentido, podría afirmarse que en realidad la fuerza del argumento de Schauer se sostiene pero es esencialmente contextual, es decir acotada al diseño institucional americano. Pero si ese fuera el caso estaría omitiendo que las limitaciones que las constituciones normalmente incluyen en la actualidad, y eso alcanza al sistema jurídico americano, no solo remite a cuestiones formales de jurisdicción y competencia sino también y sobre todo al contenido que las decisiones institucionales deben cumplir en términos de los derechos fundamentales que la misma consagra. Y respecto de esas cláusulas no veo por qué quienes conforman el poder judicial no pueden estar sujetos con la misma o mayor frecuencia a las mismas tentaciones o debilidades que los miembros de los demás poderes.

Esto nos lleva a la sugerente propuesta de Schauer de repensar el papel de la coacción en el marco de las decisiones que se toman al más alto nivel de responsabilidad constitucional.

³⁶ Cf. Guastini 2001: 208.

³⁷ Ver Schauer 2017 nota 107.

Schauer nos muestra una clara asimetría: cuando un funcionario de menor jerarquía viola la constitución, por ejemplo realiza un allanamiento sin orden judicial, el sistema prevé mecanismos que excluyen los efectos jurídicos de ese acto y además algún tipo de sanción para desalentar esa conducta. Sin embargo, si un legislador dicta una norma claramente inconstitucional el único remedio que nuestros sistemas normalmente prevén es la declaración de inconstitucionalidad y no se prevé sanción alguna pese a que en definitiva la conducta es la misma en ambos casos: se violó la constitución. A primera vista diría que desde el punto de vista teórico no existe argumento que justifique el tratamiento diferenciado: si la acción inconstitucional del funcionario menor puede acarrear invalidez y también sanción, ¿por qué no podría preverse lo mismo para el caso que la violación de la constitución provenga de un alto funcionario del poder ejecutivo o un legislador?

Tengo en cambio serias dudas de cómo, en el marco de nuestras democracias constitucionales, podrían articularse la introducción de sanciones a ese nivel con el mecanismo de control judicial de constitucionalidad, y en especial con la versión robusta que Schauer defiende.

Sería dable suponer que esas sanciones solo serían procedentes en lo que podríamos llamar casos claros de inconstitucionalidad. Ahora en la visión de Schauer seguir o respetar la constitución no es simplemente respetar el texto constitucional sino que es respetar la interpretación que de la Constitución hace la Corte Suprema, incluso cuando consideramos que la Corte se equivoca al asignar significado a las formulaciones constitucionales. Y por supuesto el establecer en qué casos las conductas de las autoridades legislativas o del poder ejecutivo pueden considerarse una violación de una clara norma constitucional también estaría en manos del poder judicial. En ese contexto cabría preguntarse cuanto quedaría de la noción clásica de división de poderes y de frenos y contrapesos que tradicionalmente han moldeado nuestros sistemas constitucionales.

En los últimos años muchos han objetado el carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad sólo en virtud de que permite invalidar decisiones tomadas por el legislador democrático. Si a esto se suma la posibilidad de sancionar a las autoridades que tienen legitimidad electoral, Schauer estaría redoblando la apuesta. Muchos tendrían razones para temer que en esta versión el mecanismo del control judicial de constitucionalidad se transforme en una suerte de “dictadura de los jueces”.

Bibliografía

Alexander, L. and F. Schauer 1997, “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, *Harvard Law Review* vol.110, No. 7, pp. 1359-1387.

Alexander, L. and F. Schauer 2000: “Defending Judicial Supremacy”, *Constitutional Commentary*, vol. 17, pp. 455-482.

Bulygin, E. 1990: “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ratio Juris*, vol. 3, No. 1, pp. 29-45.

Elster, J., 2000: *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge, Press Syndicate of the University of Cambridge.

Elster, J. y R. Slagstad 1988: *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press.

Nino, C. 1996: *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press. Citado por la traducción castellana de R. SABA, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

Schauer, F. 1987: "The constitution as text and rule", *William and Mary Law Review*, vol. 29, No. 1, pp. 41-51.

Schauer, F. 1989: "Rules, the Rule of Law, and the Constitution", *Constitutional Commentary*, vol. 6, pp. 69-85.

Schauer, F. 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press. Citado por la traducción castellana de Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Schauer, F. 1993: "Constitutional Positivism", *Connecticut Law Review*, vol. 25, pp. 797-828.

Schauer, F. 2004: "Judicial Supremacy and the Modest Constitution", *California Law Review*, vol. 92, No. 4, pp. 1045-1068.

Schauer, F., 2007: "Institutions as Legal and Constitutional Categories", *UCLA Law Review*, vol. 54, pp. 1747-1765.

Schauer, F. 2012: "The Political Risks (if any) of Breaking the Law", *The Journal of Legal Analysis*, forthcoming, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2024672>

Schauer, F. 2013: "Constitutionalism and Coercion", *Boston College Law Review*, vol. 54, No. 5, pp. 1881-1908.

Schauer, F. 2015: *The Force of Law*, Cambridge, Harvard University Press.

Schauer, F. 2016: "A Reply to Five Friends", *Ratio Juris*, vol. 29, No. 3, pp. 348-363.

Schauer, F. 2017: "The Annoying Constitution: Implications for the Allocation of Interpretive Authority", *William and Mary Law Review*, vol. 58, pp. 1689-1712.