

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

*Comunicación del académico Juan Vicente Sola
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 26 de agosto de 2009*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones en el mes de febrero de 2010.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2009 / 2010**

Presidente Académico Dr. JORGE REINALDO VANOSSI
Vicepresidente . . . Académico Dr. HUGO O. M. OBIGLIO
Secretario Académico Dr. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Tesorero Académico Dr. CARLOS PEDRO BLAQUIER
Prosecretario . . . Académico Embajador CARLOS ORTIZ DE ROZAS
Protesorero Académico Ing. MANUEL SOLANET

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA..	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Ezequiel GALLO	10-07-85	Vicente López y Planes
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Carlos A. FLORIA	22-04-87	Adolfo Bioy
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI	18-12-92	Juan Bautista Alberdi

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU	28-04-99	José de San Martín
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI.....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. Bartolomé de VEDIA.....	27-11-02	Carlos Pellegrini
Dr. Miguel M. PADILLA.....	24-09-03	Bartolomé Mitre
Sr. Jorge Emilio GALLARDO.....	14-04-04	Antonio Bermejo
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS....	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Pedro J. FRÍAS
Dr. Carlos María BIDEGAIN

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Por el académico DR. JUAN VICENTE SOLA

¿Hay una teoría única de la interpretación constitucional?

Las decisiones en un marco de incertidumbre

La acción humana se desarrolla en un marco de **incertidumbre**, es decir, circunstancias en las que valores de probabilidades ciertas no pueden ser asignadas a posibles estados futuros. Cuando a los eventos futuros se les puede asignar una probabilidad se utiliza el término de **riesgo**¹. Debido a la incertidumbre ninguna norma podría predecir las circunstancias futuras, por lo tanto requiere ser interpretada para resolver situaciones imprevistas. El contrato social, al permitir una estructura de gobierno, como son

¹ Frank Knight en su obra *Risk, Uncertainty and Profit*, 1921 “*Riesgo, Incertidumbre y Beneficio*”, Destaca la distinción entre “riesgo” (aleatoriedad con probabilidades conocidas) e “incertidumbre” (aleatoriedad con probabilidades desconocidas, de esta manera señala la diferencia entre “riesgo” que puede ser calculado e “incertidumbre” que no puede ser calculada, la acción humana se encuentra en un marco de incertidumbre.

los tribunales, resuelve la situación de una Constitución que debe funcionar en un marco de incertidumbre.

La incertidumbre afecta todas las decisiones humanas, y particularmente cuando, a través de normas, se quiere ordenar el futuro. Por lo tanto podríamos redefinir nuestro tema como la interpretación constitucional en un marco de incertidumbre, ya que nadie conoce cómo podrán aplicarse las normas en el futuro. Se pueden llamar “problemas de la penumbra” a los que surgen fuera de la interpretación previsible de una norma. Los problemas de la penumbra pueden aparecer tanto en cuestiones triviales como la reglamentación del estacionamiento en los parques públicos como en las normas generales de la Constitución. Si una penumbra de incertidumbre debe rodear a todas las normas legales entonces su aplicación a casos concretos dentro de esa área de penumbra no puede ser una cuestión exclusiva de deducción lógica. El razonamiento deductivo no puede ser el modelo exclusivo para la aplicación de una norma general a casos concretos. Si los argumentos jurídicos y el razonamiento jurídico en cuestiones de penumbra deben ser racionales, este uso de la razón debe ser diferente de una relación lógica basada en las premisas.

La dificultad de tomar una decisión en un marco de incertidumbre fue expresada por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. En el caso *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

Con respecto a esto podemos agregar que cuando nos estamos ocupando de palabras que también son un acto constitutivo, como la Constitución de los Estados Unidos, nosotros debemos darnos cuenta que [los constituyentes] han traído a la vida un ser cuyo desarrollo no se habría podido prever totalmente aun por el más dotado de sus progenitores. Fue suficiente para ellos darse cuenta, o al menos tener la esperanza, que habían creado un organismo; ha llevado un siglo y ha costado a sus sucesores mucho sudor y sangre para

probar que crearon una nación. El caso a resolver debe ser considerado teniendo en cuenta nuestra experiencia entera y no simplemente lo que fue dicho hace cien años.

Para comprender el proceso de razonamiento que en la práctica lleva a la decisión jurídica requiere sustituir la perspectiva monológica, producto de un razonamiento único del juez o intérprete, por la perspectiva dialógica. Es la técnica de pensar por problemas y del procedimiento para resolverlos. Esta metodología evita concebir al razonamiento jurídico como averiguación de algún tipo de verdad, ya sea averiguación del “verdadero” sentido de la norma jurídica, ya de la “verdadera” voluntad del legislador, ya del “verdadero” concepto jurídico que “explica” el caso y predetermina su solución. Si se parte de un pretendido método científico entre el objeto, el derecho y el sujeto que lo aplica, median guías técnicas, instrumentos auxiliares que lo orientan en ese conocimiento. Si se considera que el derecho es accesible al intérprete con el único apoyo de las leyes de la lógica y de un método que explica los pasos del razonamiento y las referencias a que ha de atender. Se cae en el resultado del razonamiento jurídico monológico: cada sujeto razona individualmente, en su fuero interno, y todos por igual, para llegar a la misma verdad, que es única. Sería la búsqueda de la verdadera norma jurídica, de los verdaderos contenidos jurídicos, y considerar que existe una verdadera interpretación de las normas. Este camino es erróneo porque ninguna norma escrita puede completar el conocimiento en el marco de incertidumbre en el que se aplica el derecho. Habermas ha señalado que el derecho es dialógico, es decir producto de un debate entre las partes frente al juez y esta forma de conocimiento completa la norma escrita. Norma que es siempre incompleta y requiere de un caso concreto para determinar su contenido.

El derecho es opaco es el intérprete quien completa su contenido según sus deseos, valores y en búsqueda de la solución del caso concreto. Por tanto, no hay una verdad objetiva e indubitada

que se contiene en la norma jurídica, sino verdades relativas al sujeto que las interpreta y las aplica. El método dialógico resuelve el conflicto sobre la información incompleta del juez al permitir que cada parte argumente el caso y de la información y argumentación que desee².

La interpretación constitucional que utilicemos dependerá de la visión que tengamos de la Constitución y del proceso que utilicemos para aplicarla. En cuanto a la primera considero que el contractualismo es la hipótesis que mejor describe a la Constitución. En cuanto al proceso considero que el control judicial de constitucionalidad difuso impone formas de interpretación diferentes que los sistemas concentrados.

En el inicio un contrato

Como un circuito recurrente en la teoría política el contrato social aparece nuevamente como modelo. Los contractarios contemporáneos tienen orígenes variados, juristas progresivos como Rawls o economistas libertarios como Buchanan, pero ambos y otros toman la antigua metáfora del contrato para transformarla en una hipótesis de análisis y justificación del Estado, del gobierno y de la Constitución.

El contrato social es un modelo de legitimación de la pertenencia del individuo dentro del estado. Es una justificación de la existencia del gobierno. Como todo modelo, es una simplificación de la realidad y por lo tanto, las críticas en cuanto a su sencillez frente a la complejidad de la vida social, son infundadas. **Los modelos teóricos deben ser considerados primariamente por la certeza de sus predicciones, por su capacidad de expli-**

² HABERMAS Jürgen *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press. 1995 (trans. William Rehg). P. 10.

cación, antes que por la realidad de sus presunciones³. Ésta es una buena aclaración para quienes piensan que es históricamente falso hablar de un contrato que nunca fue concluido o de un estado de naturaleza que nunca existió. La ventaja de un modelo es que nos permite simplificar la muy compleja realidad social y, de esta manera, **comprender mejor ciertos fenómenos y predecir comportamientos futuros**. Esta capacidad de predicción de los modelos es lo que los hace particularmente útiles en las ciencias sociales. Se sacrifican ciertas variables para distinguir otras, pero si el modelo es útil nos permite predecir el comportamiento.

Las reglas del contrato social son mucho más estrictas y útiles de lo que una lectura puramente histórica podría suponer. El renacimiento de este modelo en las nuevas doctrinas contractualistas que van de Buchanan a Rawls⁴ así lo demuestran. Los límites que establece el contrato social, la determinación de los derechos individuales y sobre todo la división de poderes, nos permiten evitar la premonición pesimista de Trasímaco: *“Cada gobierno dicta las leyes en propio provecho: la democracia leyes democráticas; la tiranía, leyes tiranía, leyes tiránicas; e igualmente los demás. Una vez dictadas, establecen que lo justo para los súbditos es lo que es útil para ellos, y castigan al que no lo acepta así, como si fuera un hombre injusto y violador de la ley. Y es esto, precisamente,... que en todos los Estados siempre es justo lo mismo: lo que es útil al gobierno establecido. Y éste es el más fuerte, de donde se deduce,... que en todas partes se identifica lo justo con lo que es útil para el más fuerte.”*⁵

³ Cf. Anthony Downs, *An economic theory of democracy*. New York 1957 p. 21, citando a Milton Friedman.

⁴ James Buchanan, premio Nobel de Economía es el fundador de la escuela de la Elección Pública (Public Choice), su obra es muy extensa pero destacaremos su libro “El cálculo del consentimiento” en coautoría con Gordon Tullock. John Rawls es el autor de la obra “Una teoría de la Justicia”.

⁵ Cf. Trasímaco, *Licofrón y Jeniades*. Fragmentos y testimonios. Aguilar, Buenos Aires, 1964 p. 40.

Una descripción del contrato social

James Buchanan⁶ inicia el análisis del contrato social recordando la obra de Thomas Hobbes. Buchanan se define como “un hobbesiano democrático”⁷. En *Leviatán o Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Hobbes considera que la característica primordial del hombre es la “*cupiditas naturalis*”. El estado natural de la humanidad es la guerra de todos contra todos, “*bellum omnium contra omnes*” hasta el instante en que el temor y el deseo de calma impulsan al hombre a celebrar un acuerdo con sus semejantes por el cual las voluntades individuales contrapuestas abdican en favor de la voluntad del cuerpo político. El hombre es sociable por accidente pero no por su naturaleza. Algunos párrafos del *Leviatán* (1651) son elocuentes, “*durante el tiempo que los hombres vivían sin un poder común que los mantenga a todos con respetuoso temor, están en una condición que se llama guerra, de todos los hombres en contra de todos los hombres.*”

“En esa condición, no hay lugar para la industria, porque el fruto de ella es incierto y por lo tanto no hay cultura de la tierra, no hay navegación ni utilización de los productos que puedan ser importados a través del mar, ni edificios cómodos, ni instrumentos para mudar o retirar aquellos objetos para los cuales se requiera de mucha fuerza, ni conocimientos sobre la faz de la tierra; no habrá medida del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor de todo, un miedo continuo y peligro de muerte violenta, y la vida del hombre solitaria, pobre, sucia, brutal y corta”.

“La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás)”, en la

⁶ La obra de James Buchanan es muy vasta, podemos citar sobre este tema “El cálculo del consentimiento” escrito con Gordon Tullock publicado por Hypspanica. Asimismo el libro “El Poder Fiscal” escrito con Geoffrey Brennan publicado por Unión Editorial, en castellano. Le fue otorgado el Premio Nobel de Economía en 1986.

⁷ En *El Poder Fiscal*. Unión Editorial. Madrid.

introducción de esta restricción sobre sí mismos (en la que se los ve viviendo en repúblicas) es la visión de su propia preservación, y de la vida más satisfecha por ese motivo; esto es, de extraerse a sí mismos de la condición miserable de la guerra, que es la consecuencia necesaria de las pasiones de los hombres cuando no hay un poder visible que los mantenga atemorizados y los ate por temor al castigo al cumplimiento de sus compromisos. Porque los pactos, sin la espada, son solamente palabras y no tienen la fuerza en absoluto para dar seguridad a un hombre.

*“El único camino para erigir ese poder común que pueda ser útil para defenderlos de la invasión de extranjeros y los daños hechos de unos contra otros y para darles seguridad de tal manera que puedan alimentarse y vivir satisfechos, es conferir todo el poder y la fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres, que puedan reducir todas sus voluntades por la pluralidad de voces para formar una sola voluntad... y de esta manera someter sus voluntades, cada uno a su voluntad, y sus juicios a su juicio. Esto es más que consentimiento o concordancia, es una verdadera unidad de todos ellos, en una y la misma persona, hecho el pacto de cada hombre con cada hombre, de tal manera, como si cada hombre dijera a cada hombre **yo autorizo y abandono mi derecho de gobernarne a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que abandonen sus derechos a él y autoricen todas sus acciones de la misma manera.** Hecho esto, la multitud es así unida en una persona, es llamada república, en latín civitas. Esta es la generación de ese gran Leviatán, o mejor (para hablar con más reverencia) de ese Dios mortal a quien debemos bajo el Dios inmortal nuestra paz y defensa. Porque bajo esta autoridad dada a él por cada hombre particular de la república, él tiene el uso de tanto poder y fuerza conferido en él, que por temor, en adelante él está capacitado a desarrollar las voluntades de todos ellos, la paz interna y la ayuda mutua contra los enemigos del exterior. Y en él consiste la esencia de la república, que para definirlo es **una***

*persona, de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos de uno con el otro, se han hecho cada uno al autor, con el fin de que pueda utilizar la fuerza y los medios de todos ellos, como lo considere conveniente, para su paz y defensa común*⁸.

Si traducimos la elocuencia de Hobbes a términos democráticos contemporáneos diríamos que es eficiente, es decir, nos pone en una situación mejor que la que estábamos anteriormente. Constituimos un gobierno con el monopolio de la fuerza pero con la división de poderes, las libertades individuales y procedimientos para hacerlas cumplir.

El Contrato Social es un modelo para describir la Constitución. El contrato social es un elemento preconstitucional y si se cumple legitima la Constitución existente. El término *constitucionalismo* incluye varios significados, supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección de los derechos humanos. Supone también que **la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria**, se requiere una mayoría calificada o una súper mayoría⁹. Esto también plantea la necesidad de establecer qué derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial.

La existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, necesita de una estructura de gobierno de las normas en el tiempo¹⁰. Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley,

⁸ Thomas Hobbes. *Del Ciudadano y Leviatán*. Traducido por Enrique Tierno Galván. Tecnos, 2005

⁹ Cf. En este tema la obra a de Buchanan & Tullock y además, G. BRENNAN & J. BUCHANAN, *THE REASON OF RULES: CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY* (1985)

¹⁰ “Estructura de gobierno” es una versión castellana de la palabra “governance” utilizada particularmente por la escuela neo institucional en economía, puede ser traducida asimismo como “buen gobierno”.

las constituciones serían funcionalmente leyes y solo tendrían los límites de las convenciones constitucionales¹¹. O probablemente los gobiernos no tendrían límite alguno.

La estructura de gobierno

La “estructura de gobierno” es utilizada para administrar los contratos de largo plazo; si los contratos no pueden, en principio, ser reformados o anulados sin el consentimiento unánime de las partes, cuando un contrato es de largo plazo requeriría una revisión permanente. Como esto es muy costoso, originalmente se redactaron contratos con términos muy genéricos pero que dificultaban su interpretación y favorecían el incumplimiento. La solución fue la creación de las estructuras de gobierno que administran los contratos¹². En este sentido, el modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro. Pero la falta de una estructura de gobierno nos llevaría a vivir en una convención constituyente en sesión permanente. La Corte Suprema es la estructura de gobierno que establece la Constitución.

Tradicionalmente **el concepto de Constitución ha sido asociado al contrato social**. Las doctrinas contractualistas clásicas han sido base para la creación de constituciones que establecen la organización del gobierno y las declaraciones de derechos. Asimismo las doctrinas contractualistas son una fuente de la legitimidad del

¹¹ Es decir un límite puramente cultural, según la expresión de Dicey. Pero nuestra tradición política no ha tenido un respeto generalizado de las normas constitucionales, sino todo lo contrario.

¹² El ejemplo habitual son los entes reguladores en los contratos de servicios públicos. La doctrina de las estructuras de gobierno fue iniciada por Oliver E. Williamson. *The mechanisms of governance*. Oxford University Press. 1996

constitucionalismo en la idea que la Constitución es aceptada por todos los ciudadanos que la consideran aceptable. Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por unos constituyentes históricos e impuesta a los ciudadanos. Nuestra propia Constitución establece los límites del contrato social cuando reconoce el límite de **las acciones privadas que se encuentran fuera de la autoridad del Estado** según expresa el artículo 19. El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar en las constituciones modernas están asociados con la idea contractualista de Constitución. Probablemente la primera descripción eficaz de la Constitución como contrato de largo plazo y de la Corte Suprema como órgano de gobierno haya sido hecha por John Marshall en *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), cuando señaló:

*“Nunca debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando... Una Constitución que ha sido creada con la intención de prevalecer para las épocas futuras y consecuentemente debe adaptarse a las variadas circunstancias de los asuntos humanos.”*¹³

Marshall expresó que la interpretación de la Constitución es diferente a la de la ley o de los reglamentos, ya que la Constitución no tiene la verbosidad de un código.¹⁴ Es similar a un contrato de muy largo plazo.

Una teoría de la justicia en Rawls

Si la tradición contractualista que nos recuerda Buchanan es primordialmente garantista, la que propone Rawls sobre la teoría

¹³ La cita, probablemente la más conocida del derecho constitucional, es de John Marshall en el caso *McCulloch vs. Maryland*, 17US316 de 1819.

¹⁴ “The prolixity of a legal code” en el texto original.

del contrato social, tiene una particular preocupación sobre la justicia. Su concepción contractualista se observa cuando analiza uno de los principios de la justicia.

La imparcialidad

“El principio sostiene que a una persona debe exigírsele que cumpla con su papel y como lo definen las reglas de una institución, sobre si se satisfacen dos condiciones: primera, que la institución sea equitativa, y segundo, que se acepten voluntariamente los beneficios del acuerdo o que se saque provecho de las oportunidades que ofrece promover los propios intereses. La idea básica es que cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa, mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en que sea necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces aquellos que se han sometido a estas restricciones tienen derecho a una aceptación semejante por parte de aquellos que se benefician de tal sumisión. No está permitido obtener ganancias del trabajo cooperativo de los demás sin haber cumplido con nuestra parte proporcional...”

“Conforme al principio de imparcialidad no es posible estar obligado por instituciones injustas o, en todo caso, por instituciones que excedan los límites de la injusticia tolerable”.

Rawls analiza cómo es la situación inicial frente al contrato social¹⁵.

“La intuitiva de la justicia como imparcialidad (justice as fairness) es considerar los principios de la justicia como el objeto de un acuerdo original en una situación inicial debidamente definida. Estos principios son los que serían aceptados por personas

¹⁵ Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica. México. 1979 p. 143.

racionales dedicadas a promover sus intereses y que estuvieran en esta posición de igualdad con el objeto de establecer los términos básicos de su asociación”.

“Ahora bien, es obvio que nadie puede obtener todo lo que quiere: la mera existencia de otras personas lo impide. Lo absolutamente bueno para cualquiera es que todos los demás se le unan en la realización de su propia concepción del bien, cualquiera que esta sea, y de no ser así, que se exija a todos los demás actuar justamente, pero autorizándole a eximirse de hacerlo cuando le parezca. Dado que las demás personas jamás convendrían en asociarse bajo tales términos, estas formas de egoísmo serían rechazadas...”

“...seguimos un procedimiento familiar en la teoría social: se describe una situación simplificada en la cual individuos racionales que tienen ciertos fines y (p.144) que están relacionados entre sí de cierta manera, habrán de escoger entre diversos cursos de acción teniendo a la vista su conocimiento de las circunstancias. Lo que estos individuos harán, se deriva entonces de un razonamiento estrictamente deductivo a partir de estas presuposiciones acerca de sus creencias e intereses. Su conducta es según la resultante de gustos y obstáculos. Por ejemplo, en la teoría de los precios el equilibrio de los mercados competitivos es considerado como el resultado de una situación en la que muchos individuos, cada uno de los cuales promueve sus propios intereses, ceden a los demás aquello de lo que más fácilmente pueden prescindir, a cambio de lo que más desean. El equilibrio es el resultado de acuerdos libres entre comerciantes bien dispuestos. Para cada persona la mejor situación es aquella que pueda obtener mediante el intercambio compatible con el derecho y la libertad de los demás, para promover sus intereses de la misma manera. Es por esta razón por la que ese estado de cosas es un equilibrio tal que persistirá mientras no existan cambios ulteriores en las circunstancias. Nadie tiene incentivos para alterarlo. Si una desviación

de esta situación pone en marcha tendencias que la restauren, se trata de un equilibrio estable.

“Por supuesto que el hecho que una situación sea el equilibrio, incluso de tipo estable, no implica que sea justa o correcta. Lo único que significa es que dada la evaluación que los hombres hacen de su posición, actuarán eficazmente para preservarla. Claramente es posible que un balance de odio y hostilidad sea un equilibrio estable. Cada cual puede pensar que cualquier cambio factible será aún peor...” (p.145)

“...la posición original (el origen del contrato social) es una situación puramente hipotética. No es necesario que algo parecido a tal posición haya existido nunca, aunque poniendo en práctica deliberadamente las restricciones que ella inspira podamos remediar las reflexiones que habría de producir en las partes...” (p.163).

¿Velo de la ignorancia o de incertidumbre?

“La intención de la posición original es establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos. El objetivo es utilizar la noción de la justicia puramente procesal como base de la teoría. De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho. Ahora bien, para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales.

*“Se supone, entonces, que las partes no conocen ciertos tipos de hechos determinados. Ante todo, **nadie conoce su lugar en***

la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología... más todavía, supongo que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad...

“Entonces, en la medida que sea posible, los únicos hechos particulares que conocen las partes son que su sociedad está sujeta a las circunstancias de la justicia, con todo lo que esto implica. Estas observaciones muestran que la posición original no debe ser imaginada como una asamblea general que incluye en un momento dado a todos los que vivirán en un tiempo determinado... La posición original tiene que ser interpretada de manera que en cualquier momento se pueda adoptar su perspectiva. Es indiferente cuando se adopta este punto de vista y quién lo hace: las restricciones deberán ser tales que siempre se escogen los mismos principios. El velo de ignorancia es una condición clave para que esto suceda. Asegura no sólo que la información disponible es relevante, sino que es en todo momento la misma”¹⁶.

El concepto del velo de ignorancia como restricción de la información es un concepto típicamente económico. Las decisiones no se toman con información completa. Generalmente quien toma una decisión hace el cálculo de conveniencia entre tomar la decisión con la información que posee, o hace frente al costo de la información necesaria para tomar una decisión más informada.

Detrás del velo de ignorancia, Rawls concluye que dos principios sobre la justicia serán elegidos. El primero será que **cada individuo tendrá derecho a una libertad básica compatible con la libertad similar de los otros**. El segundo sería que **las desigualdades sociales y económicas se organizarán de tal manera**

¹⁶ Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica. México. 1979 p.166.

que se pueda esperar razonablemente que sean para ventaja de todos. Este segundo principio, llamado de diferencia, permitirá las desigualdades de ingreso y riqueza para los que resulten en mejor situación. Sólo lo estarán si los que están en el fondo de la distribución también mejoran. Existe una similitud entre el principio de diferencia de Rawls y los estándares de eficiencia de Pareto. Esta es la distinción entre el utilitarismo y el criterio de eficiencia Hicks-Kaldor, que permite a los individuos empeorar en la medida que el bienestar general o la riqueza general aumenten.

En el modelo de Rawls es central la creencia de que la gente tiene **aversión al riesgo**. Los individuos asumen que finalmente estarán entre los peores de la sociedad y entonces escogen los principios de gobierno que maximizará el bienestar de los que estarán peor.¹⁷

Buchanan señala que la visión de Rawls del velo de ignorancia es innecesariamente restrictiva. No es necesario para que la hipótesis sea aplicable que la decisión sobre incorporarse al contrato sea tomada en el momento de la incorporación. La incertidumbre subsiste durante toda la vigencia del contrato, y todas las decisiones dentro de él son tomadas siempre con un velo de incertidumbre. Por lo tanto, será siempre necesario establecer cláusulas contractuales de garantía aunque conozcamos el lugar que ocuparemos dentro del contrato.

¹⁷ Esta aversión es tan grande que adoptan el sistema de decisión "maximin". Esta estrategia también llamada "minimax", tienen a maximizar el pago mínimo posible. El teorema del maximin afirma que en todo juego bipersonal de suma cero en el que sea posible jugar estrategias mixtas además de las puras, las estrategias maximin de cada jugador coincidirán siempre en una solución estable. Este teorema fue demostrado matemáticamente por John von Neumann en un artículo publicado en 1928.

La Constitución como un Contrato de largo plazo

Un contrato que establece una estructura de gobierno para interpretar las normas que se aplicarán en el tiempo para resolver contingencias probables o hipotéticas es un **“contrato contingente”**. El costo de anticipar y resolver todas las contingencias que pudieran ocurrir es muy elevado. En el caso de contratos que permanecen vigentes por un futuro indefinido o gobiernan un amplio campo de interacciones sociales, la posibilidad de contingencias es enorme. De tal manera que es muy difícil preverlas y pueden no existir respuestas específicas en el contrato. Una alternativa frente a estas circunstancias es una interpretación del contrato hecha por **un tribunal que pueda ofrecer la solución que las partes hubieran podido brindar si hubieran negociado con relación a esta contingencia concreta**. La dificultad es que la contingencia puede ocurrir muchos años más tarde de la redacción del contrato y a un tribunal puede resultarle imposible imaginar lo que las partes hubieran resuelto en esa contingencia si la hubieran previsto y hubieran hecho una referencia concreta en el texto contractual.

Otra **alternativa es una renegociación entre las partes**. Esta solución podría ser razonable si la situación es un monopolio bilateral en los que existe una dependencia mutua que crea un incentivo para encontrar una solución, aunque también la negociación es costosa. Esta solución es inaplicable en los casos que una parte en el contrato tenga un monopolio exclusivo del uso de la fuerza cuando la contingencia ocurre, como es el caso del gobierno, que debe enfrentar un conjunto de habitantes desorganizados en un futuro indefinido. Esta última sería la situación del derecho constitucional si la Constitución debiera enfrentarse a problemas no previstos en su texto por los constituyentes, y dejara a los arreglos constitucionales futuros de la sociedad a una renegociación entre el gobierno y el pueblo.

La solución posible es que exista **una agencia permanente que actúe como representante de los habitantes y ciudadanos**, este es el marco constitucional de la Corte Suprema, que fue diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Cuando es percibida como un protector regulatorio de la ciudadanía, la Corte no puede adoptar una interpretación estrecha de la Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles y en particular las que han surgido en un plazo de ciento cincuenta años. De esta manera, la importancia de la Constitución es que establece límites exteriores al ejercicio de la discrecionalidad judicial antes que determinar normas concretas para una decisión. Esta visión describe en forma realista el contenido del derecho constitucional como un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

La Corte Suprema como “estructura de gobierno” de la Constitución

La Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero cuyas consecuencias son variadas y precisas, expresiones como “*usar y disponer de su propiedad*” o “*bienestar general*” han sido los fundamentos para decisiones que han definido la extensión de los derechos individuales. Lo que caracteriza a estas normas tan generales es que delegan la autoridad para definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir en los jueces. Podemos entonces **describir a la Corte Suprema como el agente de la presente generación**, si bien limitado por el texto de la Constitución, para hacer cumplir un contrato social que nos une en una sociedad de convivencia. Es decir que la Corte Suprema cumple con esta función antes que como el agente de los constituyentes. Esto último no sería realista

porque los constituyentes históricos han muerto y las instrucciones que dejaron son extremadamente vagas, aún los textos modernos pierden actualidad con el paso del tiempo. Existe por lo tanto un incentivo muy débil para ser un agente fiel del pasado.

El análisis de los incentivos judiciales nos lleva a creer que la estabilidad de los jueces en su empleo y a la integridad de su salario tiende a reducir la función del interés propio en la toma de decisiones por los jueces. Podemos entonces preguntarnos por qué confiaríamos en la protección que nos brindan los jueces y qué incentivos tendrían ellos para apoyar nuestras demandas antes que a la mayoría que es generalmente más poderosa¹⁸. Al mismo tiempo ¿no deberían las minorías concentrarse en el proceso legislativo donde los grupos de interés, que invariablemente son grupos minoritarios, tienen éxito influyendo en la legislación? La respuesta no puede ser definitiva, pero la estabilidad judicial, tanto en el cargo como en el salario, les permite dar **soluciones independientes de la influencia política** y en este caso pueden proteger a las minorías “discretas e insulares” que no tienen protección en el proceso legislativo. La independencia es la principal fuente de legitimación del control judicial de la legislación.

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como similares al consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran tenido una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. Como ciudadanos apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, sus alternativas no demasiado lejanas en

¹⁸ La función judicial en la protección de las minorías “difusas o insulares” fue establecida en la nota N° 4 en el voto del Chief Justice Harlan Stone en el caso “*U.S. vs Carolene Products*” y también analizada en la obra de John Hart Ely, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980.

nuestra historia. Pero la aquiescencia no es necesariamente consentimiento y podemos decir que si bien la analogía del contrato es útil, la Constitución no es estrictamente uno. Ello no impide que utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional.

La interpretación constitucional plantea costos, debidos a la inflexibilidad si las normas son demasiado precisas o costos de agencia si las normas son demasiados generales. Pero esos costos son aceptables cuando la característica súper mayoritaria que separa a la norma constitucional de otras normas legales es la que permite extraer ciertos temas de la agenda política habitual.

Tomemos un ejemplo, supongamos una norma constitucional inflexible pero de fácil interpretación, como la que establece tres Senadores por cada provincia, dos por la mayoría y uno por la minoría. Si este tema se dejara a la política de voto mayoritario llevaría búsqueda de rentas que serían muy costosas. Porque si el voto de una mayoría simple permitiera variar la representación política o, en otro ejemplo expropiar la riqueza de una minoría, se dedicarían recursos enormes para lograr esa legislación o para evitarla. Baste recordar las consecuencias que para el erario público tuvo la reforma constitucional para lograr la reelección presidencial en 1994. La existencia del requisito súper mayoritario que tiene la norma constitucional, limita el debate legislativo a cuestiones de menor importancia, donde el riesgo para la libertad o los bienes de las personas no permite por su magnitud el gasto desproporcionado de recursos para redistribuir la riqueza entre las personas.

¿Por qué tenemos un gobierno?

La pregunta central si imaginamos un contrato social es por qué los individuos eligen tener un gobierno. Un “gobierno” significa **un ambiente en el que cada uno no tendrá libertad para**

ejercitar todas sus preferencias, ya que existe algún elemento de control por el gobierno. El fundamento es que cada uno consentirá **una pérdida de libertad actual o potencial cuando hay una maximización de utilidad en ella**. La razón básica para dar una porción básica de la libertad propia es que es una parte necesaria del contrato social con otros que estarán igualmente limitados. Debemos entregar algo para inducir la cooperación de los demás.

El acuerdo para limitar la libertad propia no solamente constituye el elemento necesario en el contrato social para lograr la formación de un gobierno, sino que puede aumentar el poder propio para influir en los demás. El ejemplo es el de tener un sistema de gobierno que permita el cumplimiento de los contratos. La pregunta es saber ¿cómo la existencia del gobierno mejora la situación de los individuos? La razón básica está asociada al concepto de **externalidad**, tanto positiva como negativa. La imposibilidad para el productor de una obra de internalizar las externalidades positivas, es decir, la protección de lo producido por su trabajo, puede llevar a que el productor o inventor no lleve a producción algo que todos considerarán valioso, pero que no están dispuestos a producir esperando que alguien más se lo quite o lo lleve a la producción sin su autorización. En algunos casos, estos productos son **“bienes públicos”**. Un bien público tiene una externalidad positiva pero puede ocurrir que los usuarios no estén dispuestos a pagarlos. Es el caso del cuidador del barrio con el cual todos se benefician pero algunos no quieren pagar. En los bienes públicos existe el riesgo de comportamientos oportunistas de quienes quieren beneficiarse con el esfuerzo del grupo pero no quieren hacer una contribución.

Las **externalidades negativas** son el opuesto de lo dicho. Si en las externalidades positivas el productor incurre en todos los costos pero es incapaz de capturar todos los beneficios, en las negativas todos los beneficios de la producción son captados por el productor pero los costos de producción son en parte asumidos

por otros. Es el caso de la fábrica que contamina el aire o el agua pero no incurre en costo alguno por las consecuencias de su acción. Existe la posibilidad de que las externalidades puedan ser controladas por acuerdos privados, pero esto es difícil sin el paso crítico de determinar el derecho al uso del agua o los niveles de contaminación permitidos. La negociación requiere de una determinación de títulos de propiedad previa.

La existencia de bienes públicos sugiere que el bienestar de los individuos requiere de la cooperación. El problema es que la cooperación en larga escala es una difícil obtención y corre el riesgo de comportamientos oportunistas¹⁹. Por ello, aún los maximizadores del interés propio consienten en la pérdida de la libertad que está asociada con la existencia de un gobierno.

Son circunstancias en las cuales el sistema de gobierno es más eficiente que el “estado de naturaleza” o la ausencia de gobierno. La cantidad de libertad personal que los individuos están dispuestos a ceder estará determinada por la valoración que hacen de esa libertad frente al valor obtenido al asociar la libertad de cada persona al formar un gobierno.

Si utilizamos la medida de **Pareto** para determinar la eficiencia, diríamos que **no hay gobierno a menos que todos los que quedan sujetos a él presten su consentimiento**. Por otra parte, si se utiliza el criterio Hicks-Kaldor en la medida que **los que se benefician del gobierno maximizan su utilidad más que los que pierden con su existencia, de tal manera que pudieran compensarlos** aunque no lo hagan efectivamente.

Un gobierno que establezca la coerción de los individuos no cumple con ningún criterio de eficiencia. Si el gobierno pudiera simplemente ser establecido por una mayoría del pueblo que

¹⁹ Los juegos oportunistas más habituales son el **free rider** es de quien viaja sin pagar, también se utiliza el término polizón, y el **“Hold out”** que se refiere a quién no participa en la decisión y espera para obtener un beneficio posterior.

mejora con ello y está de acuerdo en someter a la minoría. Esta subordinación de la minoría no sólo no sería eficiente en el criterio de Pareto, sino que no existe garantía que será eficiente en el criterio Hicks-Kaldor, ya que es imposible de saber si los beneficios obtenidos por la mayoría pueden ser superiores a las pérdidas incurridas por la minoría.

Una teoría económica de la Constitución

Una visión económica de la Constitución parte de una base contractualista. De esta manera la Constitución es el cálculo que hace cada persona al ingresar en el contrato social. Este cálculo sobre el equilibrio entre los beneficios y los costos de integrar el Estado, de separar lo que es una decisión individual y lo que es una decisión colectiva y los límites que tiene cada una de ellas, conforma la **decisión constitucional**. Este cálculo y esta decisión son individuales, y son las razones por las cuales aceptamos y cumplimos el contrato social, y por las que permanecemos dentro del Estado.

Cada individuo hace **un cálculo para determinar las actividades que deberán organizarse por decisión privada y cuáles organizarse colectivamente**. Su decisión final debe basarse en una comparación de los costos de su organización privada con lo que espera recaigan sobre él como resultado de la misma organización colectiva. Los costos que una actividad organizada en forma colectiva imponen sobre cada individuo dependen del modo en el cual se toman las decisiones colectivas. Por lo tanto, la elección de la forma en que se toman las decisiones no es independiente de la elección sobre el método de organización²⁰.

²⁰ Buchanan & Tullock "El cálculo del consentimiento" página 100.

Hay dos elementos en los costos de interdependencia:

1. **Los posibles beneficios de la acción colectiva**, que pueden medirse en términos de las **reducciones en los costos** que el **comportamiento particular de otros individuos** puede asignar sobre **el individuo que toma la decisión**.
2. Sin embargo, la acción colectiva también requerirá que el individuo gaste algún tiempo y esfuerzo en la búsqueda de acuerdo con sus compañeros al tomar las decisiones para el grupo. **Bajo ciertas reglas de toma de decisiones, el grupo puede tomar opciones contrarias al propio interés del individuo**. En cualquier caso, la participación en la actividad colectiva es costosa para el individuo y el hombre racional tendrá en cuenta este hecho en el período de su elección constitucional. La acción colectiva requerirá que **el individuo gaste tiempo y esfuerzo en tomar decisiones con todo el grupo y para eso requerirá buscar el acuerdo con los otros individuos. Según las normas que se utilicen para la toma de decisiones, el grupo puede tomar opciones contrarias al interés del individuo**.

Como dijimos, la participación en la actividad colectiva es costosa para el individuo y un hombre racional tendrá en cuenta este hecho en el período de la elección constitucional. Podemos utilizar los dos elementos de los costos de interdependencia y desarrollar **dos funciones de costos**:

- a) los costos externos de la decisión que nos es impuesta;
- b) los costos de la decisión que nos interesa.

La presencia de cada uno de nosotros en el contrato constitucional es un punto de equilibrio entre esas dos funciones. Cada uno de nosotros tiene su propio equilibrio. Cuando se rompe ese

equilibrio buscaremos la solución de menor costo para resolverla, generalmente una acción judicial. Si los costos son muy elevados ‘votaremos con los pies’²¹.

Del macro análisis al micro análisis

La interpretación constitucional es útil para resolver los problemas planteados de la mejor manera posible, es decir para buscar la mejor solución del caso concreto. Tradicionalmente se imaginó que los problemas a resolver eran los de gobierno y por eso se dudaba, fundamentalmente en Europa que la Constitución no era estrictamente un orden normativo²². En cambio, con el control judicial difuso la interpretación constitucional está dirigida a resolver los problemas cotidianos de los habitantes y ciudadanos. Quienes ante los menores costos de transacción de recurrir a los jueces en lugar del poder político, recurren al control judicial para aplicar la Constitución y resolver conflictos que los agravian.

Las Modalidades del argumento constitucional

Si la Constitución es un contrato que cuenta con un órgano de gobierno que son los jueces y un procedimiento formal para asegurar su cumplimiento, es necesario determinar qué razonamientos y qué argumentos son válidos para asegurar el cumpli-

²¹ Es decir partir hacia otro lugar o retirar nuestras inversiones de un territorio. Se llama el efecto Tiebout por el economista que diseñó el concepto. Cf. Charles Tiebout. A Pure Theory of Local Expenditures. The Journal of Political Economy. 1956. Vol.64. P. 416.

²² “Por su propia naturaleza, el Derecho Constitucional carece de supuestos necesarios a un orden de normas jurídicas coactivas.” Manuel García Pelayo. *Derecho Constitucional Comparado*. 8º Ed. Revista de Occidente. Madrid. P. 112.

miento del contrato. Es decir, que el razonamiento y la forma de argüir determinan los medios en los que las proposiciones constitucionales son caracterizadas como válidas y utilizables en el control de constitucionalidad. Estos argumentos, y más aún el discurso jurídico en que se integran, varían según el sistema de control de constitucionalidad que se aplica. En un sistema concentrado el discurso es único y la respuesta por parte del tribunal luego del debate es también única. Los problemas que se intentan resolver son importantes y las soluciones dramáticas en sus consecuencias, ya que la cuestión no puede estrictamente volver a ser tratada. Estas circunstancias de concentración y de exclusividad alejan al sistema concentrado del debate cotidiano de los problemas constitucionales. Este sistema de control de constitucionalidad tiende al **macro análisis de la Constitución**. En cambio en el sistema difuso la interpretación constitucional es cotidiana, puede decirse que se efectúa en cada caso que se resuelve, ya que sin duda, en cada caso judicial puede surgir y plantearse una cuestión constitucional. Este sistema impone una interpretación constitucional diferente. Puede decirse que el control difuso permite un **micro análisis de la Constitución**, permite la toma de decisiones constitucional en casos que afectan individualmente a las personas y se plantean cotidianamente, sin desmedro de la ejemplaridad de los precedentes.

¿Cuáles son los métodos que el control judicial difuso considera como válidos para la interpretación constitucional? Puede hacerse una enumeración sin que sea considerada una clasificación; el riesgo de las clasificaciones es que si bien no incorporan conocimiento pueden simularlo. No es ésta una enumeración de esencias diferentes, sino simplemente una lista de posibles métodos de interpretación²³.

²³ Cf. Philip Bobbitt. *Constitutional fate: theory of the Constitution*. Oxford University Press, 1982.

Podríamos incluir en esta lista los siguientes argumentos:

1. **Histórico:** que buscaría determinar la intención de los constituyentes y las expresadas en todo el proceso de sanción de la Constitución. Esta fuente es de difícil prueba ya que, aun en las constituciones modernas donde se cuenta con amplias fuentes escritas, es muy difícil conocer la verdadera intención de los constituyentes²⁴.
2. **Textual, o gramatical:** Trata de buscar el significado de las palabras de la propia Constitución, de la manera en que serían interpretadas por un lector actual. En este tipo de método se buscan generalmente las cláusulas imperativas, las que establecen una prohibición un requisito formal. Las cláusulas imperativas son necesarias cuando el objetivo es asignar claramente los derechos y evitar interpretaciones capciosas o chicanas procesales. Es por eso que se fijan claramente la duración de los mandatos y se prohíbe la permanencia en el cargo luego de cumplida cierta fecha. O el caso de la prohibición de candidaturas, como de los gobernadores para ser diputados. Lamentablemente, no siempre estos obstáculos estrictos cumplen su objetivo ya que hay siempre la oportunidad de interpretaciones aviesas.
3. **Estructural:** es el método que interpreta las normas entre las relaciones que establece la Constitución, entre los poderes del gobierno, entre los poderes y los derechos individuales, entre la Nación y los tratados internacionales. En este punto debe señalarse la importancia de los tribunales para asegurar la división de poderes que es la única salvaguarda frente al autoritarismo. De la misma manera impedir la delegación legislativa, los decretos legislativos, y la organización de los poderes políticos por regla-

²⁴ Cf. Antonin Scalia. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton 1998.

mento; también asegurar la legalidad en la reglamentación de los derechos individuales y en particular del sistema tributario. A pesar de la difusión de la doctrina del proceso político para la interpretación del federalismo²⁵, no puede existir un sistema federal sin jueces que actúen como árbitros en los conflictos intergubernamentales.

4. **Doctrinaria o de precedentes:** Es la interpretación a través de los presidentes de los tribunales como fuente autónoma del derecho constitucional. Los precedentes también pueden ser utilizados como fuente suplementaria simplemente como demostración o prueba de otros métodos de interpretación. La interpretación constitucional es habitualmente la interpretación de precedentes que han establecido las normas sobre las que se basan las decisiones futuras, puede utilizarse la metáfora de una estructura geológica de capas sobre las que se instalan nuevas capas de sedimentos. Dworkin señaló gráficamente esta situación al señalar que la Constitución era “una novela por entregas”²⁶.
5. **Ética:** En la medida que puedan derivarse normas éticas de los compromisos existentes en la Constitución. Los argumentos éticos también dependerán de la formación o de los criterios del juez, que si los aplica deberá mencionarlos en su sentencia. El problema de los argumentos éticos es que los jueces tienden a no mencionarlos en sus sentencias, toman la decisión por motivos que ocultan y construyen un discurso justificador posterior de su deci-

²⁵ Cf. Jesse H Choper. *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*. University of Chicago Press, 1980.

²⁶ “Un grupo de novelistas escribe una novela por entregas; cada novelista interpreta los capítulos anteriores para poder escribir uno nuevo, que luego agrega al total para enviarlo al siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para redactar la novela de la mejor manera posible”. Ronald Dworkin. *Law’s empire*. Harvard University Press. 1986 P. 229. *The chain novel analogy*.

sión. Aunque los verdaderos motivos no son mencionados.

6. **De prudencia:** En estos casos debe buscarse un equilibrio entre los costos y beneficios de la aplicación de una norma. Los argumentos de razonabilidad o proporcionalidad tienen el riesgo de la indeterminación. Una manera de ajustarlos es utilizar a la interpretación constitucional del análisis de costo-beneficio, como forma de valorizar el riesgo que se quiere evitar, los costos reales que se propone asumir y los beneficios esperados²⁷.

Teorías sustantivas y procesales en la interpretación constitucional

La pregunta es determinar si la Constitución establece valores que deben ser reconocidos por los intérpretes o, por el contrario, es el procedimiento establecido en la Constitución para determinar normas lo que determina la forma en que debe ser interpretada.

1. Las teorías valorativas

Las teorías sustantivas en la interpretación constitucional buscan identificar valores sustantivos que la jurisdicción constitucional debería apoyar. Esta doctrina es sostenida por la Corte Constitucional de Alemania que sostiene que la Ley Fundamental no está formada apenas por reglas y principios sino que es subya-

²⁷ Cf. Matthew D. Adler, Eric A. Posner eds. *Cost-benefit Analysis: Economic, Philosophical, and Legal Perspectives*. University of Chicago Press, 2001. Escriben: Matthew D. Adler, Gary S. Becker, John Broome, Robert H. Frank, Robert W. Hahn, Lewis A. Kornhauser, Martha C. Nussbaum, Eric A. Posner, Richard A. Posner, Henry S. Richardson, Amartya Sen, Cass R. Sunstein, W. Kip Viscusi.

cente al sistema de normas un orden objetivo de valores, un orden jerárquico de valores constitucionales. Tal como fuera expresado en el caso Lüth:

*“La sección de derechos humanos [de la Ley Fundamental] establece un orden objetivo de valores y ese orden refuerza bastante el poder efectivo de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que se centra en la dignidad de la personalidad humana en libre desarrollo dentro de la comunidad social, necesita ser entendido como una decisión constitucional fundamental, que afecta todas las esferas del derecho [público o privado]. Él sirve como patrón para medir y evaluar todas las acciones en temas legislativos, administrativos y judiciales.”*²⁸

En la búsqueda de los principios constitucionales más importantes la Corte Constitucional alemana consideró adecuado interpretar la Ley Fundamental en términos de su unidad estructural. Tal vez “unidad ideológica” sería el término más adecuado, porque la Corte entiende a la Ley Fundamental como una estructura unificada de valores sustantivos. La pieza central de esa estrategia interpretativa es el concepto de un orden objetivo de valores, un concepto que deriva de la interpretación que ha hecho la misma Corte de la Ley Fundamental. De acuerdo con ese concepto, la Constitución incorpora las decisiones valorativas fundamentales de los constituyentes, siendo que la más fundamental es la elección de un orden democrático: una democracia liberal, representativa, federal y parlamentaria, sostenida y reforzada por los derechos y libertades fundamentales. Esos valores fundamentales son objetivos porque se considera que los mismos tienen una realidad independiente de la Constitución, imponiendo a todos los órganos de gobierno la obligación de realizarlos en la práctica. La noción

²⁸ Citado en Donald Kommers. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. P. 363.

de un orden objetivo de valores puede también ser expresada de otra manera. Todo derecho fundamental de la Constitución, como la libertad de expresión y el derecho de propiedad, tiene un valor correspondiente. Un derecho fundamental es un derecho negativo contra el Estado, pero ese derecho representa un valor, y como valor impone al Estado una obligación positiva de asegurar que él se torne una parte integrante del ordenamiento jurídico. Esta teoría permite a la Corte una participación en un proceso de decisión que permite la libre elección de las finalidades que serán alcanzadas, manteniendo al mismo tiempo la apariencia de ser un proceso limitado por el texto de las leyes. De una manera maliciosa esta teoría satisface la tradicional exigencia germánica de la objetividad en el sentido de separar el derecho de la política, pero tolera la búsqueda de un sentido político en el derecho constitucional.

La jurisprudencia de valores sufre de críticas por quienes observan que la Corte Constitucional pueda adoptar sus propias decisiones valorativas cubriéndolas con el manto legitimador de un procedimiento orientado racionalmente, lo que aumenta la capacidad de persuasión de sus decisiones sin aumentar su grado de racionalidad. Habermas critica esta jurisprudencia de valores señalando que confunde los principios que tienen un carácter deontológico, en el sentido que establecen normas que deben ser obedecidas, con los valores que tienen un carácter teleológico, en el sentido que establecen fines que deben ser perseguidos. La reducción de los principios a valores conduce a una argumentación jurídica inconsistente.

Porque las normas y los principios, en virtud de su carácter deontológico, pueden pretender ser universalmente obligatorios y no apenas especialmente preferibles, ellos poseen una mayor fuerza de justificación que los valores. Los valores deben ser puestos en un orden transitivo con otros valores, caso a caso. Como no hay patrones racionales para eso, ese equilibrio sucede arbitrariamente o sin mayor reflexión. A partir del momento en que una corte

constitucional adopta la doctrina de un orden objetivo de valores y fundamenta su proceso de decisión en una forma de realismo o convencionalismo moral, el peligro de decisiones irracionales crece, porque los argumentos funcionales ganan precedencia sobre los normativos. Seguramente, hay varios principios o bienes colectivos que representan perspectivas cuyos argumentos pueden ser introducidos en un discurso jurídico en casos de colisión con normas. Pero argumentos basados en tales bienes y valores colectivos apenas cuentan en la misma medida que las normas y principios por los cuales esos objetivos pueden, a su vez, ser justificados. En última instancia, solo derechos pueden ser invocados en un juego argumentativo²⁹.

Las teorías sustantivas buscan identificar valores que la interpretación constitucional debería promover, como es el caso de las posiciones distribucionistas de Rawls. Por el contrario las teorías formales buscan metodologías que pueden ser utilizadas en la decisión constitucional pero no a través de la identificación de valores sustantivos por los cuales se podría analizar la validez de las decisiones tomadas.

La elección de una teoría constitucional debe ser elegida a través de consideraciones que son externas al texto constitucional. Una constitución escrita no puede determinar de por sí que una teoría interpretativa sea la correcta. La elección de una teoría debe buscar los mejores resultados para el caso, incluyendo las consecuencias que acarreará.

2. El árbol se mide por sus frutos

Las teorías interpretativas deben ser juzgadas por sus frutos probables. Para determinar qué teoría elegir es crucial analizar qué tipo de decisiones judiciales se tomarán una vez que una determi-

²⁹ Jürgen Habermas. *Between facts and norms*. Op. cit. pp.259-261.

nada teoría sea escogida. Una vez elegida una teoría interpretativa debe seguirse aun en los casos que de otra manera se rechazarían, de lo contrario no sería una interpretación sino una excusa para justificar los resultados a los que se ha llegado por otros motivos.

Una teoría interpretativa debe tener en cuenta los resultados que obtiene, porque una decisión judicial tomada con las mejores intenciones, incluyendo un análisis detallado de la hipotética voluntad de los constituyentes, puede tener consecuencias desastrosas. La solución no puede ignorar los resultados causados por la sentencia, tanto para el caso en concreto, como para los que en el futuro ser resolverán utilizando ese precedente.

3. Teorías procesales: La práctica constitucional

En un contraste con las teorías interpretativas basadas en la consonancia con el texto, (interpretativistas u originalistas) o los que sostienen la importancia de una inclusión de los valores (jurisprudencia de valores), algunas teorías interpretativas se basan en la práctica constitucional. Se trata de determinar qué es reconocido en la práctica como el contenido de la Constitución y del derecho constitucional. Dworkin compara a la jurisdicción constitucional a la de **una novela por entregas**. De esta manera los constituyentes redactaron el primer capítulo, pero Dworkin considera que las normas ampliamente aceptadas de la práctica jurídica obligan a los jueces contemporáneos a tejer una narrativa que incorpore y explique a los precedentes judiciales posteriores de la misma manera que al texto y a la historia constitucional. Pero la novela por entregas si no está escrita por el mismo autor tiende a transformarse en el “*cadavre exquis*” de los surrealistas, donde cada uno de los participantes escribía un verso que otro continuaba sin conocer al anterior y así sucesivamente. Interpretar precedentes escritos a través del tiempo puede ser una tarea igualmente ímproba.

Bruce Ackerman toma asimismo a la práctica constitucional como su punto de partida y enfatiza que las normas citadas en las decisiones constitucionales contemporáneas no pueden rastrearse directamente hasta la Constitución misma. Para comprender la práctica constitucional actual debemos reconocer que **la Constitución ha sido reformada informalmente a través de enmiendas no escritas**, que han obtenido legitimidad a través de una ratificación informal. El argumento más importante mencionado por Ackerman es el caso del *New Deal* cuando los límites al poder reglamentario del gobierno fueron reducidos drásticamente por nuevos fallos de la Corte Suprema. Como resultado de esta enmienda informal, sostiene que la Constitución actual concede un amplio poder regulatorio al gobierno federal y que no incluye la misma protección a la propiedad y a las libertades económicas que tenía antes de la reforma³⁰. Probablemente el ejemplo más notorio en nuestro país sea la reforma del sistema tributario realizado por la ley de impuesto a los réditos; un acto legislativo cambió sustancialmente la distribución de competencias sobre el tema entre la Nación y las provincias y, al mismo tiempo, utilizó a los impuestos como un sistema de distribución del ingreso. Por ley también se estableció un sistema de coparticipación de impuestos alejado del sistema originario de la Constitución que establecía la separación en las fuentes. En los Estados Unidos, se requirió una reforma de la Constitución ya que la primera ley de impuestos a la renta había sido declarada inconstitucional³¹. En la Argentina en cambio, la Corte Suprema aceptó la constitucionalidad de esta

³⁰ La posición de Ackerman ha sido criticada en cuanto puede ser considerada como justificatoria de una reforma judicial al asimilarla con una reforma constitucional popular. Por ejemplo Suzanna Sherry, *The Ghost of Liberalism Past*, 105 Harv. L. Rev. 918, 933-34 (1992) sostiene que la teoría constitucional de Ackerman busca hacer sobrevivir a la ideología del *New Deal* frente a los ataques conservadores al concederle un carácter constitucional fundacional.

³¹ En 1894 luego de un debate extenso y acalorado el Congreso de los Estados Unidos estableció un impuesto del 2% sobre los ingresos individuales y societarios proveniente de bienes reales y personales. Poco después que la norma entrara en vigencia se planteó el caso **Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.**, en el cual un accionista intentó impedir a la sociedad comercial que pagara el impuesto a las ganancias ya que ese impuesto era inconstitucional. Fue necesario una enmienda constitucional en 1913 la XVI que estableció los impuestos directos federales.

norma tributaria estableciendo una de las reformas constitucionales más importantes por un medio implícito.

La Constitución es también **interpretada a través de los precedentes judiciales**. Esta visión ha sido ejemplificada por David Strauss como una visión que traslade algunas técnicas del “*common law*” ya que los jueces deciden los casos remitiéndose a los precedentes que lo que pueden hacer apelando al texto constitucional. La utilización de este modelo permite una adaptación deseable de la práctica constitucional a la luz de la evolución de las necesidades y los valores. Esto no transforma a la Constitución y al derecho federal en “*common law*”, ya que éste es por definición un derecho local, sino que utiliza algunas de las herramientas desarrolladas en ese sistema jurídico para utilizarlas también en la determinación e interpretación de los precedentes constitucionales³².

4. Un procedimiento aceptado

Las clasificaciones no agregan conocimiento y la distinción entre teorías basadas en el texto y en la práctica es simplemente pedagógica. Una teoría interpretativa basada puramente en el texto de la Constitución es impracticable, ya que el texto es necesariamente abstracto y aunque fuera específico requeriría de la interpretación para ser aplicado a las circunstancias cambiantes en el tiempo. Al mismo tiempo toda la práctica constitucional y el derecho de precedentes tienen que tener una base, aunque sea lejana, en un texto constitucional concreto. La pregunta que debe ser resuelta es cómo se debe interpretar a la Constitución o aplicarla a la luz de los precedentes o si se pueden utilizar otros criterios éticos o de prudencia, al mismo tiempo de la práctica vigente. En este sentido las nociones de interpretación según el texto o según la práctica de los precedentes u otras, no deben ser opuestos sino partes de un continuo.

³² David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. Chi. L. Rev. 877 (1996).

Una regla a seguir al utilizar una teoría constitucional es determinar cuál es la que produce mejores resultados, medidos en estándares apropiados. El fundamento del control judicial es también la aceptación, ya que si una norma sobrevive a pesar que existen medios accesibles de atacarla, como es la existencia de un control difuso que permite a cualquier juez resolver la cuestiones constitucionales, si permanece vigente es porque es aceptada por los ciudadanos y jueces.

La vigencia de la Constitución no depende de la “orden” de los constituyentes, que dispone que nosotros debemos obedecer contemporáneamente lo que el texto ordena. Ni las prácticas interpretativas son ilegítimas si no pueden ser rastreadas hasta las órdenes de este soberano constitucional. Por el contrario, la existencia de la Constitución como un orden jurídico vinculante depende de las prácticas contemporáneas que lo aceptan como tal; una de las funciones convencionales de la teoría constitucional no es exclusivamente el proponer una solución a un problema planteado, sino justificarla teniendo en cuenta las normas y valores compartidos. Ahora bien una teoría constitucional debe coincidir tanto con el texto de la Constitución como con la práctica existente, incluyendo particularmente los precedentes judiciales. En la ausencia de este requerimiento, la teoría constitucional pierde su anclaje jurídico y colapsa en la pura teoría política.

Asimismo, aun cuando se acepte una teoría procesalista de la Constitución pueden aceptarse algunos criterios valorativos fundamentales, sin los cuales no valdría la pena hacer el esfuerzo de establecer un sistema constitucional, ni medir las consecuencias de nuestros actos. Entre ellos podemos citar:

Esto incluye entre otros objetivos:

1. cumplir con los requerimientos del estado de derecho o su equivalente no exacto anglosajón “*the rule of law*”³³;

³³ Los conceptos son similares pero no idénticos. Ya que el primero de origen alemán tiene un contenido valorativo más profundo que el segundo de origen norteamericano y basado en una tradición republicana más prolongada.

2. mantener las bases de la democracia representativa;
3. proteger a los derechos individuales, incluyendo los derechos económicos y los de las minorías.

Una teoría procesalista no tiene por qué justificar una manipulación oportunista de los procedimientos.

Una visión dialógica de la teoría constitucional, incluye la necesidad de una amplia argumentación de los fundamentos de la existencia de normas constitucionales y de su interpretación. El hecho que una doctrina sea procesalista no impide que se discutan los valores, sino que establece las bases para que la argumentación sea canalizada. Una visión procesalista no agota el debate constitucional en una discusión formalista, sino que permite que se planteen y debatan todos los argumentos convenientes a la mejor solución del caso, inclusive el análisis de las consecuencias de la decisión.

Una **visión contractualista de la Constitución** supone un **debate continuo sobre su contenido**, incluye incorporar la **visión dialógica en la reconstrucción del derecho** de Habermas y también la idea que **cada debate judicial de una cuestión constitucional reconstruye el debate de los constituyentes** solo que incorporándole las nuevas circunstancias del caso y de los cambios ocurridos en la sociedad. En este sentido, el debate judicial cuenta con una mayor información que la que han tenido los constituyentes.

De acuerdo con Strauss los jueces deben comportarse en un debate constitucional con un tradicionalismo crítico. Deben asumir que los precedentes anteriores representan una “sabiduría destilada” pero deben mantener una capacidad crítica para modificar y aun rechazar las visiones pasadas. Es una forma de autolimitación judicial pero asociada a un análisis crítico del precedente. La idea del precedente conocido y aplicado está asociada con conceptos tradicionales dentro del estado de derecho como son el

conocimiento de la norma, la estabilidad del derecho y de las transacciones, y de predictibilidad de las decisiones judiciales.

Richard Posner sostiene que la función del juez constitucional es resolver el caso de manera que se obtengan las mejores consecuencias. Para lograr esto no debe encontrarse limitado por una obligación de consistencia con decisiones similares tomadas en el pasado. La argumentación de Posner nos pone en contacto con la necesidad de la búsqueda de las consecuencias de la decisión judicial. Si la importancia del precedente es que da seguridad sobre la norma constitucional que rige a las transacciones futuras, **la necesidad de consistencia es importante por las consecuencias beneficiosas** que trae y no solamente por una visión puramente deontológica que imponga que el precedente debe ser obligatorio por su carácter normativo. Posner por lo tanto señala que se debe buscar la mejor decisión para el caso teniendo en cuenta las consecuencias que tendrá, no solo la decisión para las partes, sino también la creación del precedente para la solución de casos similares en el futuro³⁴.

El proceso como garantía Las formas de la razonabilidad

El control judicial de razonabilidad y el análisis de costo-beneficio

En el control judicial de la razonabilidad de las leyes y de los reglamentos se han utilizado expresiones como el fin de la legislación y la razonabilidad del medio empleado. En términos usuales, se dice: adecuación del medio empleado al fin propuesto.

³⁴ Ver su obra *The Problematics of Moral and Legal Theory*.

Es una expresión que nos permite una asociación con el análisis de costo-beneficio utilizado en el análisis económico del derecho. Es decir, la utilización de las herramientas de una ciencia social, como la economía, para medir la extensión en que un medio elegido por el legislador sea el apto para cumplir con el objetivo que éste se había propuesto.

La reglamentación frente al riesgo

La regulación supone evitar un riesgo previsible.

Las características contextuales asociadas al concepto del riesgo son algunas de las siguientes:

- 1) la naturaleza catastrófica del riesgo;
- 2) saber si el riesgo es incontrolable;
- 3) si el riesgo incluye pérdidas permanentes o irreparables;
- 4) si se ha incurrido voluntariamente en el riesgo;
- 5) cuán equitativamente distribuido está el peligro o cuán concentrado en víctimas inidentificables, inocentes o tradicionalmente desvalidas;
- 6) cuán bien comprendido está el riesgo en cuestión;
- 7) si el riesgo debe ser asumido por las generaciones futuras, y
- 8) cuán familiar es el riesgo.

Muchos de estos criterios se reflejan en la voluntad de pagar que tiene la población. Cualquier criterio que se utilice en el análisis de costo-beneficio, debe reflejar estos puntos. Más aún, un análisis de costo-beneficio debe realizar una descripción más desagregada y más cualitativa de las consecuencias de la acción gubernamental.

Requiere también analizar los *riesgos sustitutivos*, es decir, cuando la disminución de un riesgo aumenta simultáneamente un riesgo de otro tipo. Toda regulación debe partir del hecho de que no debe crear un riesgo complementario que sea mayor que el riesgo regulado.

Para el tratamiento de riesgos se pueden enunciar tres posibles estrategias:

- 1) *Ordenar los riesgos y reubicar los recursos* en dirección a los problemas más severos. Supone reestructurar los gastos que estuvieran dirigidos a problemas menores y orientarlos hacia los principales.
- 2) *Incentivar y permitir planes del sector privado* que permiten mayores reducciones de costos. A menudo el problema con la reglamentación federal es que el gobierno carece de la información de los medios menos costosos para producir el objetivo buscado. Si al sector privado se le permitiera seleccionar los medios buscaría el más barato. Esto supone que el gobierno elige los fines y los particulares los medios de obtenerlos.
- 3) *Reglamentar mediante incentivos*. El medio habitual de la reglamentación estatal es por medio de la orden o comando y el posterior control del cumplimiento de ese mandato. Este sistema es disfuncional ya que tiende a otorgar cierta rigidez al sistema; es preferible buscar incentivos económicos que lleven a los regulados a dirigirse en la dirección buscada por el legislador.

El análisis de costo-beneficio

El análisis de costo-beneficio tuvo un origen asociado a la determinación de la utilidad de las obras públicas, pero ha tenido una evolución reciente como criterio de evaluación de la legisla-

ción y de los reglamentos. Es también un aliado del control judicial sobre esas normas.

En muchos casos, el gobierno necesita realizar no sólo un análisis cualitativo sino también uno cuantitativo. Es decir, necesita saber *si los beneficios de un determinado proyecto son superiores a los costos*. Tradicionalmente, como se adelantó, el concepto fue utilizado para determinar la utilidad de obras públicas y evitar que se realizaran por motivos puramente políticos. En la actualidad, el análisis de costo-beneficio es útil para la toma de decisiones públicas y como manera de control.

Este análisis proporciona un conjunto sistemático de procedimientos mediante los cuales el Estado puede valorar si debe emprender o no un determinado proyecto o programa y, además, permite elegir entre varios. En su versión más sencilla el análisis de costo y beneficio consiste en:

- 1) identificar el conjunto de proyectos posibles que deben examinarse;
- 2) averiguar las consecuencias de esas posibilidades, es decir, los factores que se tienen que pagar y los productos que se obtendrán;
- 3) asignar un valor a cada uno de los factores y de los productos;
- 4) sumar los costos y beneficios para obtener la rentabilidad total del proyecto.

Cass Sunstein considera que el costo-beneficio no debe ser analizado exclusivamente desde una perspectiva económica sino también desde una visión de la teoría del conocimiento³⁵. Si es estudiado en términos económicos como forma de evitar la inefi-

³⁵ SUNSTEIN, Cass, "Cognition and cost benefit analysis", en ADLER, Matthew - POSNER, Eric, *Cost Benefit Analysis*, University of Chicago Press, 2001, p. 223.

ciencia excluye consideraciones importantes para su utilización. En cambio, se justifica en términos cognoscitivos, como una manera de evitar problemas predecibles en el momento de la decisión individual o social. Razonamientos pobres, efectuados por individuos o sociedades, pueden ser el resultado de una visión que considere conclusivamente los beneficios de una obra o regulación pero que no tenga en cuenta los costos. Esto ocurre al ignorar los efectos sistémicos de intervenciones aisladas, por ver los casos aisladamente o por reacciones emocionalmente intensas. El análisis de costo-beneficio sirve como un correctivo a estos problemas de conocimiento.

Sunstein sugiere ocho proposiciones como base teórica de la utilización del análisis de costo-beneficio³⁶:

1. Identificar y cuantificar

Los órganos públicos deben identificar las ventajas y desventajas de los cursos de acción propuestos y también intentar cuantificar los efectos relevantes en la medida de su posibilidad. Cuando la cuantificación no sea posible, los funcionarios deben discutir los efectos relevantes en términos cualitativos y también indicar un conjunto de alternativas posibles. La declaración debe incluir una descripción detallada de los posibles beneficios.

2. Proveer descripciones cuantitativas y cualitativas

La descripción cuantitativa —en general la de los análisis monetarios— debe completar antes que reemplazar la descripción cualitativa de los efectos relevantes. Tanto la descripción cualitativa como la cuantitativa deben incluirse en el análisis. Es importante conocer las características de los efectos, por ejemplo cómo se ha evitado la pérdida de días de trabajo, muertes por enfermedad o contaminación de ciertos espacios. La descripción cualitativa

³⁶ SUNSTEIN, C., "Cognition...", cit., p. 257.

debe dar una visión concreta de quién es beneficiado y quién perjudicado por la medida, es decir, si los beneficiarios son niños, si la reglamentación lleva a la pérdida de puestos de trabajo, precios más elevados, mayor pobreza, entre otras cosas. Cuando la única información posible es especulativa, esto debe ser indicado, juntamente con otras especulaciones razonables.

3. Convertir los valores no monetarios

Los funcionarios, y también las partes en un juicio, deben intentar convertir los valores no monetarios, como son las vidas salvadas, la salud beneficiada y los valores estéticos en equivalentes dinerarios. Esto no quiere decir que una vida y una cantidad de dinero sean la misma cosa, sino para promover la coherencia y la uniformidad y para asegurar claramente las prioridades. No existe nada mágico o rígido en los equivalentes monetarios, la conversión es simplemente una herramienta pragmática para guiar el análisis y permitir comparaciones informadas.

4. Establecer pisos y techos posibles

Los órganos públicos en los que se confía la valoración de la vida y la salud deben ser controlados, por ley o reglamento, a través de techos y pisos posibles o presumibles. Esto supone valorar temas tan complejos como la vida humana, pero es conveniente que se utilicen montos específicos dentro de la gama que existe dentro de las decisiones alternativas, como contratos de seguros o sentencias judiciales. Si una valoración administrativa varía en estas apreciaciones, debe justificarlo. En muchas ocasiones los organismos públicos no valoran estas circunstancias.

5. Ajustar techos y pisos

Se debe permitir a los órganos gubernamentales ajustar los techos y los pisos sobre la base de un análisis públicamente articulado y razonable, que indique la conveniencia de ese ajuste. Este

tipo de ajuste es necesario si, por ejemplo, sectores más pobres están en riesgo. En esos casos no debería bajarse el piso de una indemnización. En otras palabras, el hecho de que las personas pobres gasten menos en proteger sus propias vidas, no debe ser la causa de que el gobierno gaste menos en preservarlas. El principal riesgo aquí es que grupos bien organizados sean capaces de utilizar argumentos equitativos para lograr sus ajustes preferidos.

6. El ajuste de acuerdo con factores cualitativos

Los órganos gubernamentales podrán hacer ajustes sobre la base de factores cualitativos variados; por ejemplo, podrán realizar un ajuste si aumentan desproporcionadamente los perjuicios en el caso de niños. En la medida de lo posible, la administración deber ser precisa en cuanto a la naturaleza y fundamentos de estos ajustes, especialmente a la luz del riesgo de que grupos de interés presionen para obtener ajustes cualitativos en una dirección ilegítima.

7. La respuesta al temor social

La respuesta apropiada al temor social, cuando éste no está basado en una evidencia, es la educación y el restablecimiento de la confianza y no un aumento de la regulación. A veces la preocupación pública sobre ciertos riesgos es intensa y generalizada a pesar de que la inquietud no está fundada en los hechos. La mejor respuesta es educacional, el gobierno no debe gastar recursos escasos simplemente porque un público mal informado considera que debe hacerlo. El temor es en sí mismo un costo, por lo que la educación es un elemento básico para la correcta apreciación del riesgo. De lo contrario, puede empeorarse la situación, como sería el caso si un público ignorante de los riesgos menores de la aviación, pero asustado por un desastre aéreo, hiciera los viajes en automóvil o en ómnibus con lo que el riesgo de accidentes aumentaría notablemente.

8. La función de los tribunales

El control judicial de la regulación del riesgo debe incluir una demostración amplia de que la reglamentación ha causado más beneficios que perjuicios y también una visión razonable sobre la valuación de los beneficios y de los costos. Para cumplir con este objetivo, los tribunales requerirán de los reguladores que generen y apliquen correctamente techos y pisos de valuación. *El objetivo final es establecer un control judicial de costo-beneficio con un contenido y extensión similar al de razonabilidad.*

El análisis de costo-beneficio es un límite al poder de los grupos de interés y una respuesta a los problemas de información limitada y a los predecibles de la demanda pública de regulación. Debe utilizarse en forma pragmática.

La regulación legal y administrativa limita los derechos individuales; frente a las múltiples justificaciones de estas restricciones se puede agregar la pregunta sobre si los beneficios de la regulación justifican los costos de la regulación. La legislación regulatoria tiene diversos fines legítimos que no están limitados a la eficiencia económica exclusivamente, por lo que no puede inundarse al Estado regulador en un mundo de requerimientos procesales excesivos. La utilización del análisis de costo y beneficio debe ser comprendida como un esfuerzo para superar el sistema actual de regulación económica fuertemente influido por grupos de interés o basado en circunstancias anecdóticas, para ser reemplazado por un concepto que examine las consecuencias reales de las limitaciones a los derechos individuales que ocurren por la regulación económica. Si bien la aplicación de este criterio corresponde en principio al Congreso y a la Administración, *la función judicial es la de invalidar las limitaciones a los derechos constitucionales que impongan altos costos sin beneficios significativos.* La tarea

judicial es la de *controlar la proporcionalidad entre los costos y beneficios de la reglamentación* de los derechos individuales³⁷.

La primera justificación del análisis de costo-beneficio es económica, como una forma de promover la eficiencia económica y de esta manera eliminar gastos públicos y privados innecesarios o excesivos. Pero el requerimiento de un análisis de costo-beneficio tiene también una fuerte justificación democrática, ya que permite disminuir las presiones de grupos de interés sobre la reglamentación legislativa y administrativa. Al mismo tiempo, es un método que asegura que las consecuencias de la reglamentación no estén ocultas en el misterio sino abiertas al conocimiento público y al control judicial.

El análisis de costo-beneficio supone la existencia de mayores demandas de información sobre la administración, que deberá responder sobre las consecuencias que pueden tener la legislación y los actos administrativos. Su utilización es consecuencia, como fue con la doctrina de la razonabilidad en general, de los excesos del Estado regulador que comenzó en la década de 1930. Se puede formar un arco de doctrina constitucional permisiva basada en conceptos muy genéricos de “emergencia económica” que puede iniciarse en el *leading case* “Avico v. de la Pesa” y que se extiende hasta su forma más excesiva en el caso “Arcenio Peralta”. Estos precedentes han establecido una reforma de la estructura constitucional originaria. Si bien esta situación tuvo su origen en la jurisprudencia asociada con el *New Deal*, la principal diferencia es que aquella tuvo una limitación temporal; en cambio, en nuestro país, aparece el oxímoron de la emergencia permanente³⁸. El costo-be-

³⁷ SUNSTEIN, Cass, *The Cost-Benefit State*, Chicago Working papers in Law and Economics (Second series). Véase también POSNER, E., *Controlling agencies with cost benefit analysis: A positive political theory perspective*, Chicago Working papers in Law and Economics, Chicago, 2001.

³⁸ Sobre el *New Deal* como un tercer régimen constitucional en los Estados Unidos puede verse la obra de ACKERMAN, Bruce, *We the People*, t. I: “Foundations”, t. II: “Transformations”.

neficio es una reacción frente al concepto de emergencia económica que limitó los principios republicanos de división de poderes y de frenos y contrapesos. Este conflicto ha tenido consecuencias recientes como las amplias delegaciones legislativas al Ejecutivo y el abuso de los reglamentos de necesidad y urgencia. Esto se ha sumado a un concepto muy difuso de la discrecionalidad administrativa, particularmente notoria en temas como regulación financiera y bancaria por el Banco Central, reglamentación de la seguridad social, aduanera y de comercio exterior. Lo paradójico de la situación argentina, frente a su similar de los Estados Unidos, es que esta concentración del poder regulador en el Ejecutivo no se limitó a los momentos de crisis económica, sino también a los momentos de apertura y de crecimiento. La explosión de reglamentos de necesidad y urgencia ocurrió en momentos en que el gobierno contaba con amplias mayorías parlamentarias.

La reacción a esta ausencia de control de la administración y al abuso del concepto de crisis económica fue consecuencia de la toma de conciencia que el gobierno nacional había excedido los límites de su autoridad, particularmente en la limitación descontrolada de los derechos individuales. Una de las herramientas para limitar este exceso es el análisis de costo-beneficio que permite conocer las consecuencias de las decisiones administrativas y los altos costos que impone sobre la sociedad, costos que no son generalmente analizados en la utilización tradicional de la discrecionalidad administrativa.

El establecimiento de prioridades

El primer paso del análisis de costo-beneficio es el *establecimiento de prioridades*. Esto supone que se deben conocer pautas que determinen los estándares para decidir cuándo los riesgos son suficientemente importantes y cómo requerir alguna reglamentación. Generalmente, la determinación de qué riesgos debe evitar la

reglamentación y por qué medios es errática y establecida por un procedimiento decisorio dogmático.

Los gobiernos deben privilegiar incentivos flexibles basados en el mercado, antes que disposiciones rígidas. La diferencia entre las regulaciones mediante decisiones discrecionales de los sistemas más flexibles y aquéllas con análisis de costo-beneficio, es que las últimas privilegian los fines a obtener por sobre los medios para obtenerlos. La concentración en los medios utilizados, generalmente a través de una descripción detallada del procedimiento administrativo a seguir, lleva a resultados contrarios a los esperados. Los sistemas basados en la asignación de incentivos del mercado no ordenan resultados particulares, sino que imponen costos sobre los que contribuyen a un daño social. Generalmente, la limitación de los derechos individuales está ubicada por la reglamentación en una administración compleja y partidaria, la que se concentra en control de los procedimientos y no en los fines buscados por la misma reglamentación.

El gobierno debe estar preparado para actuar cuando aparezcan consecuencias a la limitación de los derechos individuales que sean dañosas o inesperadas. Cuando el gobierno no reacciona frente a los efectos nocivos de la reglamentación, aparece la función central del control judicial sobre la razonabilidad económica. Muchas iniciativas que regulan los derechos individuales tienen consecuencias dañinas que no fueron esperadas. Con la excepción del control judicial, no existe una forma sistemática que asegure que esas consecuencias puedan ser consideradas y resueltas. Sunstein considera que una regulación equivocada puede finalmente tener un costo en vidas humanas, ya que gastos burocráticos indebidos y restricciones distorsivas pueden causar desempleo y por lo tanto pobreza, y pueden llevar a costos hasta en vidas³⁹.

³⁹ SUNSTEIN, C., *The Cost...*, cit., p. 13.

En la regulación y limitación de los derechos individuales, el legislador y la Administración requieren de mayor información y deben por lo tanto crear incentivos para compilar y proveer información adecuada. En la mayoría de los casos, los gobiernos carecen de información sobre los daños que la legislación desea evitar o limitar en sus efectos. Muchas veces debe actuar, o dejar de actuar, en un contexto de falta de información. En estos casos, cualquier ejercicio de cuantificación puede ser ilusorio, o por lo menos dar la impresión de que se posee más información de la que el gobierno o la población efectivamente tienen. En estas circunstancias, el legislador debe concentrarse en adquirir la información más precisa que sea posible obtener. Puede tomarse como ejemplo las circunstancias que dieron lugar al caso “Cine Callao”, en la que la legislación quiso beneficiar a un sector de artistas de variedades desocupados por la aparición del cine sonoro. La grave restricción a la libertad de contratar se tomó sin conocerse la verdadera dimensión de la situación social que se buscaba remediar, ni las distorsiones que la legislación adoptada crearía.

Ni la legislación limitativa de los derechos individuales, ni la organización administrativa que la reglamenta crean incentivos para la compilación de información adecuada; por el contrario, crean incentivos para la distorsión de los datos. En muchos casos, como por ejemplo en materia de la protección del medio ambiente, los sectores industriales tienen un incentivo a informar costos mayores que los que verdaderamente existen, con el objetivo de obtener una regulación medioambiental favorable a sus intereses.

El gobierno por anécdotas

El análisis de costo-beneficio supone la búsqueda de equilibrio entre valoraciones tecnocráticas, económicas y democráticas, sobre los riesgos que se deben evitar con la reglamentación de los derechos individuales. En toda propuesta regulatoria existen

diferencias entre las valoraciones técnicas y las populares sobre el riesgo existente. En el caso de la opinión popular, ésta puede estar distorsionada por medios de prensa sensacionalista, y también por el hecho de analizar algunos riesgos en forma anecdótica. En particular, los medios de comunicación tienden a enfatizar los eventos inusuales o provocativos antes que a efectuar un análisis de los riesgos crónicos. El resultado son distorsiones sustanciales en las decisiones políticas. Una de las características del sistema representativo es la que permite que el representante del elector pueda tener su propia opinión, y en el caso que los ciudadanos tengan una percepción incorrecta de los hechos, puedan no tener una respuesta similar a la pedida por sus electores. En los casos más graves, el control judicial es la herramienta correcta para reducir reglamentaciones limitativas de los derechos individuales que sean populares pero contrarias a una valoración técnica de los hechos. *Las valoraciones de los ciudadanos que estén basadas en creencias o información técnica erróneas deben ser corregidas a través de la educación y de la información adecuada.* En la mayor parte, reglamentaciones es importante que las restricciones estén basadas en fundamentos científicos exactos y no en anécdotas sensacionalistas o tácticas de asustar a la población. No tiene nada de antidemocrática la negativa gubernamental o judicial a aceptar una reglamentación de los derechos individuales que esté basada en la ignorancia de los hechos. Por el contrario, el sistema de democracia representativa tiene como una de sus justificaciones centrales el filtro de las expresiones de voluntad basadas en la ignorancia. Es también uno de los fundamentos de la existencia del control judicial dentro del sistema democrático.

Los objetivos de la reglamentación de derechos individuales

La restricción legislativa o reglamentaria de los derechos individuales debe *concentrarse en los fines básicos antes que en los medios.* El principal problema de la regulación de los derechos

individuales es que se transforma en una zona de lucha de los grupos de interés. Las maniobras de los grupos de interés son un componente omnipresente en todos los intentos de regulación de los derechos individuales. Esta situación lleva a que se descuide el concepto de interés general y muchas veces la única garantía que queda para asegurarlo es la existencia del control judicial. Una forma posible de limitar el poder de los grupos de interés y, al mismo tiempo, de reducir el costo y extensión de las restricciones a los derechos, es que la atención legislativa esté puesta en los fines antes que en los medios. Cuando el legislador se concentra en decidir sobre los fines deseados por la norma, hace menos probable la influencia de los grupos de presión que tienen un particular interés en medios particulares. Al mismo tiempo, cuando el Congreso se concentra en los fines de la norma a sancionar, es más probable que el proceso democrático se dedique a la consideración de las cuestiones más importantes. De esta manera, *estándares de resultado son preferibles a estándares de diseño*. Por ejemplo, en tema de limitaciones basadas en la preservación del medio ambiente, lo importante es que el nivel de emisiones sea alto o bajo, no que una cierta compañía haya instalado cierta planta de tratamiento específica. En términos generales, puede decirse que el Congreso debe permitir a la Administración decidir sobre los medios apropiados para cumplir los fines decididos por la legislación y, al mismo tiempo, la Administración debe dentro de lo posible confiar en las fuerzas de mercado para elegir esos medios. Si una industria puede cumplir con el estándar requerido para la emisión de un determinado gas, mediante la utilización de carbón limpio o por métodos de conservación de la energía, la Administración debe darse por satisfecha, sin tratar de imponer un procedimiento específico.

*El análisis de costo y beneficio como un correctivo
Eficiencia y democracia*

Un equilibrio de costo y beneficio es un correctivo natural a la acción de gobierno que limite los derechos individuales. Un esfuerzo por equilibrar las variables relevantes debe promover una mejor selección de prioridades; esto se realiza asegurando que la Administración proceda contra problemas que son más graves y que puedan ser resueltos con el menor costo. En la medida en que las ineficiencias se produzcan porque se atiende a problemas relativamente menores, en desmedro de los más graves, el equilibrio de costo-beneficio permite resolver una cantidad importante de cuestiones. Generalmente la Administración trata de resolver los problemas más sencillos y posterga la consideración de los más graves. Esta situación es general de toda la Administración e incluye temas tan graves como las decisiones de política criminal donde se resuelven los delitos más sencillos, donde la prueba es de fácil obtención y se posterga la investigación de las causas más complejas. En una estadística general sólo se toma el porcentaje de causas resueltas y no la gravedad de cada una de ellas.

Si la Administración dedica recursos públicos y privados para resolver pequeños problemas probablemente su acción deba ser anulada por los tribunales. La razonabilidad económica busca este tipo de resultados y evita que los administradores hagan una regulación en respuesta a anécdotas o debida a la presión de grupos de interés bien organizados.

Al mismo tiempo, la utilización del análisis de costo-beneficio requiere obtener información sobre temas centrales para la regulación de los derechos individuales. Preguntas tales como ¿cuán verdaderamente peligrosa para la salud humana es la emanación de un gas? ¿De qué magnitud es el contrabando en la frontera que requiera un control estricto de los transeúntes? Para obtener herramientas eficientes para asegurar el cumplimiento de los fines de la

legislación, el análisis de costo-beneficio aparece como particularmente útil. Para este fin es preferible buscar incentivos económicos antes que el procedimiento habitual de comando y control. Hasta aquí he enfatizado las consideraciones económicas del análisis de costo-beneficio, pero existe un argumento democrático para hacer de este análisis un elemento central en la función de regulación de los derechos individuales que ejerce el Estado. La constatación inicial es que el Estado burocrático actual con su limitación de los derechos constitucionales es en gran medida contrario al espíritu democrático. Los resultados de la regulación actual no son producto de la deliberación pública que requiere la legislación en un sistema democrático; por el contrario, son la consecuencia de una extraña combinación de factores: la acción de grupos de interés, la atención selectiva hacia algunos problemas, la “legislación por anécdota”, el sensacionalismo de la prensa y, finalmente, la simple falta de información.

Muchas reglamentaciones son producto de la acción de grupos de interés bien organizados; de esta manera, lo que debería ser una restricción a un derecho constitucional con el fin de defender el interés general, lo es solamente en beneficio de un interés particular. El proceso democrático no analiza si sus resultados en ciertos casos están justificados con relación a sus consecuencias.

Esto es de particular aplicación en el caso de consultas públicas a los usuarios de servicios públicos. Es cierto que la opinión del usuario puede estar mejor informada si los participantes conocen cuáles son los costos y beneficios de las medidas propuestas. Pero es conveniente recordar que muchas reglamentaciones pueden surgir debido a una anécdota, o a un grupo de anécdotas, sobre las cuales muchas veces, los usuarios o la población en general requieren una respuesta plena e inmediata. Las normas producto de anécdotas rara vez producen los beneficios sociales esperados. Desde el punto de vista democrático el análisis de costo-beneficio es positivo en cuanto tiende a reducir el poder de los grupos de in-

terés sobre el proceso político y al mismo tiempo porque permite traer al conocimiento público las cuestiones relevantes.

El análisis de las consecuencias de la reglamentación no son un mero ejercicio tecnocrático, pequeños cambios en las presunciones pueden producir variaciones enormes en cuanto a los costos y beneficios de la medida. La participación de grupos de interés y el interés propio de los funcionarios puede sin duda afectar los datos relevantes. Una utilización interesada del análisis de costo-beneficio puede ser realizada por grupos empresarios poderosos cuyo fin no sea el de disciplinar al Estado mediante un mejor análisis político, o redactar mejores reglamentos, sino el de reducir el nivel de reglamentación cualquiera fuera su contenido y su justificación⁴⁰.

El procesalismo excesivo

En la utilización del análisis de costo-beneficio se pueden detectar dos posiciones encontradas; la primera es la que utiliza este análisis para disciplinar la reglamentación estatal estudiando sus efectos concretos. Cuando los costos de la regulación son bajos y los beneficios altos, la limitación de los derechos individuales es aceptable. La segunda posición es reaccionaria; es un esfuerzo para eliminar la reglamentación, particularmente aquella sobre derechos económicos, sin importar si están o no justificados. En este último caso el análisis de costo-beneficio está combinado con un procedimiento y con requisitos de recolección de información tan costosos que su cumplimiento es imposible para quienes dictan las normas reglamentarias.

Para evitar que el análisis de costo-beneficio se transforme en un obstáculo a toda reglamentación, aun a la que aparece como deseable, es conveniente reconocer la capacidad que un control ju-

⁴⁰ SUNSTEIN, C., *The Cost...*, cit., p. 22.

dicial de razonabilidad tiene para asegurar la utilización eficaz de este mecanismo. Al mismo tiempo, si la Administración debe defender toda su normativa en procesos judiciales complejos puede ocurrir que pierda más tiempo y recursos pleiteando que en cumplir su objetivo. Por ello, el control judicial debe utilizarse para los excesos en la reglamentación y como elemento para asegurar la vigencia de la razonabilidad económica. El control judicial debe asegurar el equilibrio entre la obtención de información adicional con los costos de adquirirla, incluyendo los costos de mantener la no reglamentación o una mala reglamentación vigente. Entre esos costos debe evaluarse la necesidad de buscar reglamentaciones que perduren en el tiempo, para evitar que el cambio habitual debido a la rápida obsolescencia de normas ineficaces cause un aumento en los costos de transacción. Un procedimiento útil es el de establecer estándares de cumplimiento que no hacen necesario un cambio habitual de la normativa. Al concentrarse en los objetivos, la norma evita que los medios utilizados caigan en desuso o creen costos excesivos.

El análisis de costo-beneficio y los costos de agencia

El modelo de análisis de costo-beneficio puede asociarse con la doctrina de la agencia y la relación agente-principal. En ella, el principal, generalmente el Congreso, restringe los derechos individuales mediante una reglamentación y delega la autoridad a un agente, que generalmente es el Poder Ejecutivo y, a través de él, a la Administración para que aplique esa norma que limita o reglamenta los derechos individuales.

Esta delegación es útil en la medida en que el agente, en este caso la Administración sea leal a los objetivos del principal, es decir, el Congreso. El problema con la delegación es que el agente puede utilizar este poder para perseguir sus propios objetivos y no los del principal. Para minimizar estos costos de agencia, el prin-

principal establece instituciones designadas para controlar a la agencia y corregirla en caso de que actúe en forma incorrecta. En este modelo, entonces, la Constitución establece una serie de derechos que pueden ser reglamentados por ley del Congreso; éste como principal delega a su agente, en este caso el Poder Ejecutivo y la Administración, que reglamenta a su vez esta ley del Congreso.

¿Qué ocurre cuando los objetivos de la legislación no cumplen los objetivos de la Constitución?, o ¿qué ocurre cuando la Administración no cumple los objetivos de la ley? En este caso, la Constitución crea otro agente para corregir estos excesos: la Justicia.

El Poder Judicial es el agente que corrige los excesos o los costos de la Administración y hace cumplir los objetivos de la ley y los objetivos o las garantías de la Constitución.

El análisis de costo-beneficio puede ser deseable aun cuando el principal no tenga un objetivo de eficiencia; la razón es que mientras el análisis de costo-beneficio reduce la asimetría de la información, permanece en la discreción del principal castigar o no al agente que no cumple con sus instrucciones.

Si el principal no busca una solución eficiente, va a encontrar que la información sobre costo-beneficio es útil para determinar si un determinado proyecto cumple con sus intereses o con su decisión política. Finalmente, la función correcta de los tribunales puede ser forzar a los organismos a conducir buenos análisis de costo-beneficio.

Ahora bien, ¿qué es un análisis de costo-beneficio? El análisis de costo-beneficio es considerado como un equilibrio genérico de las ventajas y desventajas de un proyecto, pero esto no es lo que generalmente se toma en cuenta en una discusión sobre una política.

Un proyecto ineficiente puede ser un proyecto socialmente deseable. La decisión de un proyecto deseable la hace la Admi-

nistración en cumplimiento de los deseos expresados por el presidente y por el Congreso y con un control judicial adecuado. Si los principales, es decir el presidente y el Congreso, no buscan proyectos eficientes, esto no quiere decir que la Administración deba necesariamente desobedecer estas instrucciones e implementar proyectos eficientes en contra de la voluntad política. Pero siempre es preferible que los poderes públicos busquen proyectos que cumplan alguno de los criterios de eficiencia fundamentalmente si se utilizan recursos públicos. Existen circunstancias en que una decisión política puede ser necesariamente ineficiente, es decir que vaya en contra de las preferencias de los habitantes. Es el caso de proyectos que buscan cambiar las preferencias públicas porque ellas están distorsionadas debido a una mala información o a prácticas tradicionales muy consolidadas.

Sostener un proyecto contrario a la eficiencia puede ser fatalmente paternalista, porque la eficiencia siempre se mide sobre la base de las preferencias existentes en los individuos. Pero justamente este tipo de políticas son las que llevan a campañas que evitan el consumo de ciertas sustancias contrarias de la salud, como el cigarrillo. Estas decisiones buscan cambiar las preferencias sociales.

¿Qué ocurre en el caso de que exista un análisis de costo-beneficio y por lo tanto una tendencia a la información amplia? Una manera sencilla de comprender el análisis de costo-beneficio es que la relación entre el principal y el agente se transforma de una relación de información asimétrica en una de información plena.

La introducción del análisis de costo-beneficio resulta en mejores proyectos desde la perspectiva tanto del principal como del bienestar general; sin embargo, aun con amplia información el agente puede utilizar su capacidad de negociación para proponer un proyecto que el presidente deba aceptar o rechazar sin posibilidades de cambiarlo.

La función de los tribunales

Uno de los puntos al analizar el sistema de costo-beneficio con respecto a la reglamentación de derecho es saber si este instrumento debe ser aplicado por medio de una *decisión política* o por una *decisión legal* que pueda llegar a tener aplicación judicial.

¿Cuál es la diferencia entre las dos posiciones?

La sanción política permite al Congreso y al presidente mantener el control sobre los incentivos que tiene la Administración para establecer la regulación. En nuestro simple modelo, el castigo o la sanción política del presidente es revertir el proyecto propuesto por la Administración; esto significa que un presidente con apreciación ineficiente puede aprobar una regulación que también será ineficiente, pero beneficiosa a sus intereses políticos.

Cuando el análisis de costo-beneficio es aplicado mediante sanciones políticas, no causa necesariamente que la Administración actúe de manera eficiente; lo que causa es que se dicten reglamentaciones cercanas a la idea del presidente en un punto, cualquiera sea ésta.

La sanción judicial transfiere el control de los incentivos de la administración de las ramas políticas al sistema judicial y plantea nuevas cuestiones. Los tribunales tienen su propia interpretación que puede no ser necesariamente una visión de eficiencia; puede ocurrir que la visión del tribunal esté suficientemente cercana a la del presidente y el Congreso.

Si un tribunal tiene información perfecta puede reemplazar todas las reglamentaciones que no sean eficientes; es decir, aquellas que no cumplen con un objetivo político de eficiencia. Pero como los tribunales tienen información imperfecta, la Administración tiene un mayor lugar de maniobra; si se llegara a una situación extrema en la cual los tribunales no tuvieran información, estarían en la misma situación que un presidente en un modelo de información incompleta.

Podemos resumir la situación de esta manera: cuando el análisis de costo-beneficio es aplicado por decisiones políticas, el presidente estará en una mejor situación en el cumplimiento de sus objetivos políticos porque el agente, es decir la Administración, pierde el monopolio de la información –esto es, la ventaja de contar con la información– pero de ahí no necesariamente surge que el resultado sea eficiente. Si el presidente y la Administración son más intervencionistas de lo que la eficiencia requiere, la reglamentación de los derechos será más intervencionista que lo que la eficiencia indica. En cambio, cuando el análisis de costo-beneficio es aplicado por los tribunales la reglamentación tendrá una base de eficiencia, es decir, habrá una relación entre los objetivos racionales buscados y los medios adecuados para obtenerlos.

Los tribunales y la acción de los grupos de interés

La coacción de los tribunales tiene particular importancia cuando aparecen los grupos de interés. La ventaja de la información permite al grupo de interés influir activamente sobre los resultados. Si el presidente acepta el mensaje de los grupos de interés, aun bajo ciertas condiciones, entonces la Administración sabe que bajo estas condiciones debe proponer un proyecto que haga el grupo de interés por lo menos en mejor situación de lo que da el *status quo*. La lección es que los grupos de interés pueden ayudar al gobierno al conceder información al principal; pero de esta manera y mediante esta ayuda los grupos de interés pueden dirigir el resultado del proyecto de una manera que no sea beneficioso para la sociedad. En estas circunstancias, el efecto del análisis del costo-beneficio es muy importante porque elimina la ventaja informativa del grupo de interés; al carecer de esta ventaja, el grupo no puede influir sobre el proyecto del gobierno para lograr un cambio. De esta manera, el análisis del costo-beneficio y particularmente si es aplicado por los tribunales, reduce la influen-

cia de los grupos de interés. Este argumento es más complejo de lo que parece a primera vista.

La idea no es que el análisis de costo-beneficio elimina totalmente los grupos de interés; esto ocurriría en el caso especial de existir un análisis de costo-beneficio obligatorio para la legislación y para la acción del Poder Ejecutivo, esto sólo podría darse si se aplicara estrictamente por los tribunales mediante una razonabilidad económica. Es decir, se eliminaría a los grupos de interés de una manera más amplia si el concepto del análisis del costo-beneficio fuera aplicado estrictamente por los tribunales dentro del concepto más amplio de razonabilidad económica; en este caso, se constitucionalizaría la regla de eficiencia y se determinaría la búsqueda de rentas ocultas o beneficios extraordinarios para los grupos de interés.

Los grupos de interés, a través de contribuciones a campañas electorales o a campañas por la prensa, tienen influencia sobre el Congreso y el presidente, al mismo tiempo tienen influencia estable sobre los sectores permanentes de la Administración; ello establece una situación que no cambia necesariamente con la introducción del análisis de costo-beneficio. Pero lo que sí cambia es que *el grupo de interés pierde la ventaja de poseer una información superior*, ya que el análisis de costo-beneficio le impide utilizar esta información superior para influir sobre el presidente y, a través de él, a la Administración. El resultado es que la política aprobada finalmente por el presidente estaría más cerca de la voluntad presidencial de lo que ocurriría sin análisis de costo-beneficio, cuando el manejo de la información queda en manos de grupos de interés. Si además del ejercicio del análisis del costo-beneficio por el presidente y por el Congreso como paso previo a la reglamentación de derechos, fuera éste parte de la razonabilidad económica dentro de la competencia de los tribunales y a través del control de constitucionalidad, lo que ocurriría es que cuando una medida se toma con información incompleta o con informa-

ción influida por grupos de interés, quedaría abierta una vía judicial para analizar la falta de razonabilidad de la medida.

Esta *falta de razonabilidad* se demostraría por la no utilización del análisis de costo-beneficio como paso previo a la reglamentación. De la necesidad de que ya sea por un acto de la Administración o por las pruebas que agregan las partes en el proceso, aparezca la información completa y no una información sesgada como en el caso de que ésta fuera provista solamente por un grupo de interés. De esta manera, uno de los efectos del análisis de costo-beneficio y su aplicación por los tribunales es que no sólo se tendría un resultado más eficiente en la reglamentación de los derechos sino que también se limitaría fuertemente la acción de grupos de interés que busquen rentas ocultas. El análisis de costo-beneficio y su aplicación judicial aseguran el cumplimiento estricto del interés general por sobre el interés de algún sector.

Una larga y resbaladiza pendiente

Nuestro sistema político tiene una “pendiente resbaladiza” hacia la concentración del poder, a la distribución de subsidios y eventualmente hacia la corrupción. Los límites constitucionales o legales que impedían estas prácticas suave y casi imperceptiblemente entran en un cono de sombra hasta desaparecer como restricciones eficaces.

La expresión en el artículo 14 de la Constitución Nacional, “de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio” como límite a los derechos individuales, ha establecido el criterio que los derechos no son absolutos sino relativos, sin mayor aclaración. Esto ha llevado a **una pendiente resbaladiza** hacia la negación de algunos derechos.

Esta situación se plantea cuando un intérprete de la Constitución, un juez por ejemplo, acepta una interpretación particular sobre la extensión de una norma constitucional, pero teme que si esta doctrina es aceptada pueda llevar a una interpretación ulterior que considere incorrecta. En estas circunstancias una actitud del juez podría ser la de negarse a aceptar la primera interpretación extensiva sobre una norma constitucional porque podría llevar a una interpretación definitivamente errónea en posteriores casos. Es la expresión de James Madison que sostenía que había que alarmarse ante el primer experimento sobre nuestras libertades. La alternativa es la de aceptar los beneficios inmediatos de la primera interpretación extensiva y tener la esperanza que la interpretación posterior negativa nunca tendrá lugar. Este último caso es el del origen de teorías como el derecho de la emergencia o de la interpretación dinámica que tuvieron orígenes modestos y luego se ampliaron a situaciones riesgosas para la protección de los derechos individuales⁴¹.

Podemos imaginar situaciones en las que el establecimiento de una doctrina constitucional ha facilitado la implementación de otras doctrinas basadas en ella que no estaban en la imaginación de quienes la desarrollaron originalmente. Estas son las **pendientes resbaladizas** que los intérpretes constitucionales deben prever antes de establecer un precedente constitucional. Estas pendientes resbaladizas pueden ocurrir aun cuando una distinción clara pueda establecerse entre la primera decisión y la segunda, en estos casos no solamente debemos preguntarnos si podemos trazar una línea entre una primera decisión A y una decisión B posterior sino plantearnos si es posible que si adoptamos la decisión A otros intérpretes, ya sean jueces o legisladores aceptarán el trazado de un límite y no la extenderán hacia la decisión B.

⁴¹ Eugene Volokh, *The Mechanisms of the Slippery Slope*, Harvard Law Review, February, 2003.

Este tipo de pendientes resbaladizas tienen una relación con la dependencia del camino. Una vez que la decisión B ha sido tomada es generalmente asumido que ha sido consecuencia de poderosas fuerzas sociales que han predeterminado su adopción. Pero puede ocurrir que la decisión B no sea producto del “progreso social” sino simplemente de una decisión A anterior que sesgó la evolución de las normas posteriores de un camino hacia otro, llevando hacia la decisión B que en otras circunstancias no hubiera ocurrido. De esta manera en un precedente se crea una doctrina que aparece inofensiva para resolver un caso, y que luego esa línea argumental lleva a interpretaciones fuertemente limitativas de derechos individuales que no hubieran podido ser originalmente previstas en la decisión original.

Cambio de actitudes

Las pendientes resbaladizas llevan también a un cambio en las actitudes. El derecho afecta el comportamiento aunque las normas no impongan una sanción o aunque esta sanción no fuera aplicada. De esta manera el poder expresivo del derecho cambia el comportamiento político de la sociedad al llevarlo a aceptar propuestas que no hubieran aceptado originalmente.

La existencia de pendientes resbaladizas puede llevar a soluciones ineficientes, si un intérprete constitucional, legislador o juez, considera que una posible decisión A es socialmente beneficiosa, pero el temor que llevara eventualmente a la decisión B puede llevar que la decisión A no sea adoptada. La respuesta a la pregunta ¿cuál es la probabilidad que la deseable decisión A lleve a la indeseable decisión B? es plantearnos esta nueva pregunta ¿Qué debemos hacer para impedir que la decisión A lleve a la decisión B, de tal manera que podamos adoptar A sin riesgo que sobrevenga B?

Los argumentos ad hominem

La primera respuesta es la existencia de una cultura constitucional que excluya comportamientos antirrepublicanos. Esto supone probablemente la existencia de argumentos *ad hominem*, es decir, plantear la oposición a quienes puedan asumir este tipo de comportamientos.

Pero fundamentalmente imaginar la existencia de tendencias resbaladizas en la legislación o en los reglamentos da una mayor importancia a dos aspectos de la decisión judicial, el respeto de los precedentes o *stare decisis*, y la deferencia hacia la opinión del legislativo, que es una forma de la autolimitación judicial. En ambos casos los jueces deben tener presente que en la ausencia de un conocimiento absoluto y del consiguiente control de las consecuencias de sus decisiones deben evitar utilizar doctrinas que puedan crear pendientes resbaladizas. Aun en los casos que existan precedentes muy consolidados pero que tengan consecuencias interpretativas cuyos redactores no previeron. Esto significa que una decisión A estaría basada en un fundamento F y que este fundamento F justificaría la decisión indeseada B. Un tribunal inferior a la Corte Suprema, que considera al precedente vinculante, podría utilizar este fundamento F tomado de la decisión A para aceptar B que no estaba incluido en las intenciones del precedente original.

De la misma manera no puede existir una deferencia a la decisión del legislativo cuando la ley aprobada pueda tener consecuencias no previstas en el momento de su sanción. Esta forma de control judicial permitirá que puedan tomarse decisiones sin el riesgo que interpretaciones posteriores las desnaturalicen. La falta de previsión de la pendiente resbaladiza en la interpretación es la causa por la cual muchos jueces son renuentes a aceptar nuevos principios que no tengan límites coherentes y bien descriptos. Puede mencionarse el argumento utilizado por la Corte de Estados Unidos en *Hustler vs. Falwell*, “*si fuera posible establecer un es-*

tándar de principios para separar (el ataque a Jerry Falwell) de las caricaturas políticas tradicionales, el discurso público probablemente sufriría un pequeño o ningún daño” pero, consideraron que “*pero dudamos que exista ese estándar y estamos suficientemente seguros que la descripción peyorativa ‘enfurecedor’ no provee de uno.*” Por lo tanto, al prever que podría haber interpretaciones “resbaladizas” si hubieran determinado un estándar sobre la limitación del discurso político aun en circunstancias extremas, la Corte prefirió otorgar una protección amplia a todo tipo de discurso político.

Algunas respuestas

La primera respuesta es que no existe una teoría única de la interpretación constitucional. Se nos ofrece un amplio conjunto de técnicas para que podamos buscar la mejor solución para el caso concreto. Podría construirse una teoría de la imposibilidad de la interpretación constitucional⁴² ya que en un mundo de incertidumbre es imposible que en un texto jurídico se puedan predecir todas las respuestas futuras. Probablemente la solución sea reconocer que la Constitución es un contrato de largo plazo, que tiene una estructura de gobierno que es la Corte Suprema y que este tribunal funciona como un órgano político. No como un órgano partidario, sino que toma decisiones de oportunidad dentro de un diálogo con las partes en la que se le ofrecen dos discursos constitucionales antagónicos. La Corte Suprema construye un nuevo discurso sobre la base de los argumentos presentados, su decisión es fundada y probablemente razonable, pero es fundamentalmente una decisión de autoridad⁴³.

⁴² De la misma manera que existe el Teorema de Imposibilidad de Arrow que es aplicable a las decisiones judiciales.

⁴³ Richard A. Posner. Foreword: a Political Court. 119 Harv. L. Rev. 31 (2005).

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

presentados por los señores académicos:

Académico Jorge Reinaldo Vanossi

Mencionaba el académico Sola adónde estaban los valores y qué valor tiene la anunciación de los valores. Está en el preámbulo y la Corte lo ha reconocido con una enorme importancia. Es decir el preámbulo viene a ser lo que podíamos llamar en teoría constitucional la cláusula interpretativa, en virtud de la cual, como enuncia seis grandes valores, todos los casos de duda que el legislador o el juez tengan que resolver, en la duda hay que estar a favor del valor, en la duda a favor de la ley de libertad, en la duda a favor del administrado, en la duda a favor del ciudadano, en la duda a favor del contribuyente, en caso de duda a favor de etc., etc.

Que no es lo mismo que las cláusulas directivas, que están en alguna parte de la Constitución cuando se le indica a un órgano que debe procurar o debe dictar leyes tendientes a, entonces las directivas que pueden al mismo tiempo fijar límites. El art. 27 cuando dice el gobierno federal deberá promover relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que sean conformes con el Derecho Público de la Constitución. Es una directiva y tiene un límite, que es respetar el Derecho Público de la Constitución; no podríamos proponer un tratado que admitiera

la esclavitud por ejemplo. De modo que el valor del preámbulo tiene una vieja discusión donde muchos constitucionalistas inicialmente le negaron valor normativo. Se equivocaron, tiene valor normativo y ese valor normativo es que es una cláusula normativa de interpretación.

Esa es la tesis que sostuve hace ya muchos años en el trabajo que me ayudó, me mentó, el doctor Aja Espil, ex presidente y gran amigo de esta Academia.

En segundo lugar hablé del consecuencialismo, de la necesidad de cómo el legislador, cómo el juez, cómo todo aquel que dicte una norma general o particular mide las consecuencias. Ese es un tópico fundamental de las escuelas actuales. La Corte Suprema argentina lo viene haciendo desde tiempo inmemorial. Hay muchísimos fallos que hemos citado donde la Corte contempla la consecuencia que una decisión puede tener, negativa o positiva, ante una situación de normalidad o de anormalidad, en virtud de una regulación transitoria o permanente. Por supuesto no se utilizaba la apalabra consecuencialismo, se hablaba de los efectos que podían traducirse en tal o cual cosa. En la comunicación que di el año pasado en esta Academia sobre el tema del análisis económico del Derecho hablo de muchos fallos sobre consecuencias de los mismos.

Otra cosa importante que dijo el académico Sola es la falta de constitucionalistas demócratas en el momento que se redacta la Ley Fundamental y por ello tuvieron que pedir socorro a especialistas de la materia.

Y me llamó la atención que el año pasado, estamos hablando de 2008, vino un jurista alemán que habló en la Asociación Argentina de Derecho Comparado y no sabía de dónde venía el art. 1º de la Ley Fundamental Demócrata, donde se consagra concretamente y con palabras textuales el principio de la eminente dignidad de la persona humana. Está tomado de Pico de la Mirándola, es el título

del libro de Pico de la Mirándola, una personalidad del renacimiento, y este jurista alemán, profesor catedrático no sabía que la Constitución de su país haya tomado esa expresión precisamente para señalar que esos derechos que a partir de ahí ingresaban en los artículos siguientes... no se podían negar ni limitar, ni desconocer porque son derechos naturales que surgen en el caso concreto de Alemania de la dura experiencia del positivismo extremo, que los propios alemanes están revisando en películas que vale la pena leer y donde hay algunos párrafos de discusiones de viejos profesores con jóvenes alumnos, donde los viejos profesores que vienen de la formación de la época nazi, se enfrentan con alumnos que, habiendo leído y sabido lo que fue la época nazi, rescatan principios iusnaturalistas.

Por ejemplo el libro de un juez de la Corte Constitucional de Alemania, que es escritor y literato, y que se llama “*El lector*” y del cual se ha filmado una notable película también llamada “*El lector*” y se ha exhibido este año en Buenos Aires. *El lector* es un caso en donde está el tema de responsabilidad, el tema del positivismo, el tema del iusnaturalismo y lo mal que se siente el protagonista que, pudiendo salvar de la condena a una persona por haber sido de la SS y haber hecho un informe escrito no dice que esa persona es analfabeta y no pudo haber hecho ese informe porque no sabía leer ni escribir. “La vida de los otros” es otra película para ver, no hablemos del “Juicio de Nuremberg” con Spencer Tracy y Marlene Dietrich, no hablemos de Charlie Mill y otra muy importante Sophie Scholl, que es el grupo de la rosa blanca, que en plena guerra Hitler oculta la información sobre la derrota de Stalingrado, repentinamente los jóvenes revelándose contra los viejos arriesgan su vida y la pierden porque los matan, se inician sumarios donde los jueces se comportan servilmente y los abogados complacientemente, y son todos abogados y jueces que después siguen en Alemania. Pero los jóvenes ofrecen su vida para que se sepa la verdad, repartiendo, volanteando...contando

lo que ha pasado realmente, que están perdiendo la guerra porque Hitler está loco y lleva a la catástrofe universal. Bueno, de Rusia también se podrían contar cosas por el estilo.

El preámbulo de nuestra Constitución es ideológicamente mucho más potente que otros. Cuando el preámbulo de la Constitución determina entre los “fines” el de la justicia, habla de la organización, de los tribunales pero también habla del valor... y la cláusula invocativa final ha dado lugar a la base legal por ejemplo de todas las leyes tarifarias importantes ya que en materia de servicios públicos que se conceden también las tarifas tienen que ser justas y razonables. Dios “fuente de toda razón y justicia”, por lo tanto los actos si se fundan en la razón que viene de Dios, tienen que ser razonables y las tarifas tienen que ser justas.

Académico Manuel Solanet

Sin duda la existencia de los valores anunciados en el preámbulo ayuda al juez que tiene que interpretar la Constitución a definir su fallo. Ahora bien, el consecuencialismo tiene que ver con la medición del beneficio-costos. Lo que hay que poner en claro es que las circunstancias que tienen que ver con las consecuencias, son cambiantes en el tiempo. De manera que esto le da una cierta flexibilidad a lo largo del tiempo a las interpretaciones constitucionales, sin ninguna duda. No es lo mismo hacer un dictamen sobre la pesificación en el momento en que volver atrás implicaba casi una catástrofe, que hacerlo en otras circunstancias y referido a un hecho mucho más limitado. O quien sabe si en algún otro momento del tiempo a un gobernante se le ocurra establecer una regla como la que se estableció en la Argentina en el año 2002, y así hay muchas. Esto tiene que ver con la percepción de la ética y la moral en términos kantianos que son más absolutos, o derivando hacia un relativismo de las reglas. Yo creo que no hay puntos predeterminados en esto, y siempre se va a manejar la interpre-

tación constitucional sobre la base de hechos que tienen que ver con las circunstancias presentes. Este es el aporte de un pequeño ingrediente como economista, también como ingeniero, frente a todos los abogados que me rodean. El absoluto es enemigo de la justicia. Por eso cuando el preámbulo nos habla de la justicia y nosotros derivamos de esa afirmación la eventual existencia de un valor absoluto, nos estamos equivocando. Con esto no quiero decir que la justicia tenga que ser flexible, pero al igual que la doctrina de la Iglesia, las circunstancias que rodean un hecho son importantísimas.

