



“Constitucionalización” del derecho común y sentencia arbitraria

Carlos José Laplacette¹

Sostener que todo el derecho debe estar sometido a la Constitución no resulta novedoso; así se lo veía ya antes de “Madbury”.¹ Pero esa no es la “constitucionalización” que suele pregonarse en la actualidad. Hoy ese término suele utilizarse para referir al proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, por el cual éste resulta totalmente impregnado de las normas constitucionales, caracterizado por una Constitución invasiva y desbordante, en la cual el Derecho Constitucional tiende a ocupar toda la vida social y política.²

Vinculada a lo anterior, una de las características de ciertas corrientes neoconstitucionalistas es la de modificar al objeto “Constitución”, el cual deja de ser una norma que reconoce marcos de libertades y fija límites a los poderes constituidos, para convertirse en un instrumento que juridiza principios morales, los cuales imponen a los operadores no ya un límite o una guía de conducta, sino una obligación de desarrollarlos. Robert Alexy, uno de los autores más representativos de estas posiciones, afirma que los derechos constitucionales son principios, entendidos como *normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas*.³

Estos principios, al entrar en conflicto entre sí, imponen a los operadores jurídicos la obligación de escoger la solución que permita, en cada caso concreto, otorgarles la mayor amplitud posible. Ello lleva a algunos a sostener que siempre existe una respuesta correcta, que ella puede ser conocida en todos o en la mayoría de los casos y que, por lo tanto, esa respuesta es la que deben dar, en cada caso concreto, los legisladores, la administración o los jueces.

Si todo el derecho es irradiado por los principios constitucionales, y cada conflicto entre ellos sólo podría tener una respuesta correcta, toda la legislación no sería más que una serie de opiniones o consejos brindados al juez, quien podrá dejarlos de lado cada vez que considere que existe una forma mejor o más idónea de desarrollar aquéllos. De este modo, el derecho infraconstitucional parece tornarse superfluo; o bien la ley reproduce de modo correcto el resultado de la ponderación de los derechos constitucionales (y por lo tanto no es necesaria), o brinda una solución distinta y no debe ser aplicada.

Ello, unido a la ausencia de parámetros compartidos para resolver conflictos morales, termina ocasionando, en la práctica, una delegación incontrolable de la función legislativa -entendida como aquella capaz de limitar derechos y fijar reglas de conducta- en el poder judicial. Si para Montesquieu el juez debía ser “la boca de la ley”, hoy la decisión del juez es la ley misma.

Lo anterior implica una modificación sustancial en nuestro sistema de gobierno. El poder legislativo, con el cual el artículo 44 CN inviste al Congreso federal, no será mucho más que un intento por describir las reglas que se derivan en forma implícita de los principios constitucionales, pero que, como meros consejos, podrán ser dejadas sin efecto cada vez que el juez considere que existe una mejor manera de resolver el conflicto entre principios.

Alexy advierte este inconveniente, así como la necesidad de darle alguna respuesta. Sostiene que “los problemas de la constitucionalización pueden resolverse mediante la construcción de una dogmática de los márgenes de acción”.⁴ Esos márgenes de acción estarían principalmente dados por el resultado de la ponderación⁵; el legislador podría escoger entre dos soluciones distintas, cuando la ponderación entre ellas arroje un empate, es decir, “cuando la satisfacción de los principios que entran en colisión sea igualmente importante a los dos lados de la balanza”.⁶ Fuera de estos casos, la solución viene impuesta por la Constitución y, por lo tanto, el legislador carece de toda autoridad para establecer normas; sólo puede hacer explícitas aquellas que surgen de la Ley Fundamental.

Aún así, ese presunto marco de acción del legislador está seriamente amenazado, ya que cuanto más afine su criterio valorativo el juez, menos posibilidades de empate existirán.⁷ La facultad de eliminar empates refinando la escala de la ponderación, sumada a la naturaleza siempre *ad hoc* de ella, invita a resolver el caso prescindiendo

¹ Docente UBA. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho, del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas e integrante de la Comisión Legal de la Sociedad Interamericana de Prensa.

de la norma legislativa, pues siempre será posible, a partir de una valoración de los principios en juego y de las circunstancias concretas, llegar a la conclusión de que la solución legislativa no es, al menos en ese caso concreto, la que mejor concilia el conflicto entre derechos fundamentales. Tal como sostiene Comanducci, “en condiciones reales, y no ideales, la configuración de los principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación *ex post* para sus propias decisiones, pero parece no reducir, sino aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho”.⁸

Una respuesta procesal para hacer efectiva ante la Corte Suprema esta constitucionalización del derecho común, se dará al considerar inconstitucional o arbitraria cualquier sentencia que no se ajuste a la ponderación que del caso haga el perdedor. Ello permitirá corregir la “inconstitucionalidad” en la que incurrió el juez en el caso concreto.

Tal como lo denuncia Argibay, la doctrina de la sentencia arbitraria “revela una peligrosa posición subjetiva: la convicción de que se puede ‘enmendar la plana’ al legislador en lo que se ve como una omisión por desconocimiento, o por falta de sentido práctico. Esta convicción, a su vez, parte de una exagerada autoestima - por no decir soberbia- que implica desprecio o, cuanto menos, indiferencia por las opiniones diferentes.”⁹

Tanto el REF por sentencia arbitraria, como un control de razonabilidad en la reglamentación de derechos, son herramientas necesarias para asegurar la vigencia y supremacía de la Constitución Nacional. No creo que podamos, ni que debamos, prescindir de ellos. Pero, en ambos casos, existe el riesgo de caer en la tentación de utilizarlos para censurar aquellas decisiones (legislativas, administrativas o judiciales) que, siendo jurídicamente admisibles, simplemente no sean de nuestro agrado.

Un funcionamiento errático y sin reglas claras de estos institutos, los convierte en una fuente de inseguridad para los justiciables y ello es, en definitiva, una forma de minar la fuerza jurídica de la Constitución Nacional.

¹ En 1792, jueces federales se negaron a aplicar una ley del Congreso que les imponía ciertas tareas administrativas que consideraban impropias de las funciones reservadas al Poder Judicial por la Constitución (“Haybrun’s Case”, 2 Dall. 409); finalmente, la ley se derogó antes de que se pronunciara la Suprema Corte.

² GUASTINI, Riccardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, ARA Editores, Lima, 2010, p. 155/6.

³ ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Bs.As., 2010, p. 20.

⁴ ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 87.

⁵ Si bien Alexy menciona otros márgenes de acción para el legislador, entiendo que ellos terminan colapsando en la ponderación. Así parece verlo el propio autor al afirmar que “el margen para la ponderación es la parte esencial de la dogmática de la Constitución como marco” (ibídem, p. 62).

⁶ Ibídem, p. 90.

⁷ Para Alexy, la Constitución no resolvería todas las colisiones entre principios “aunque, bien es cierto, si un buen número” (Ibídem p. 90). Y “cuanto más refinada se hace la escala, menos empates existirán” (p. 78), “por lo tanto, los empates en la ponderación y, como consecuencia, los márgenes para la ponderación sólo tienen un significado práctico, si esas escalas son poco refinadas” (p. 90/91).

⁸ COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (Neo)constitucionalismo: Una análisis metateórico”, *Isonomía*, Nro. 16, abril 2002, p. 107. En otro lugar, el mismo autor afirma que “la ponderación no es la solución a un conflicto aparente, no determina unívocamente, sobre la base del contenido de los derechos y principios, un resultado estable (es decir, una regla entendida como condicional universal e inderrotable). La ponderación, si no es un vacío o pura metáfora, es la solución contextualmente determinada y, por ende, inestable, de un genuino conflicto entre derechos, principios y valores” (*Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del derecho*, ARA Editores, Lima, 2010, p. 256/257).

⁹ ARGIBAY, Carmen M., “La balanza de la justicia (O cómo aprendí a desconfiar de la doctrina de la arbitrariedad)”, *J.A.* 2008-II, 1322.