

DANIEL MENDONCA
RICARDO A. GUIBOURG

LA ODISEA CONSTITUCIONAL
Constitución, teoría y método

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2004 BARCELONA

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	11
1. UN LARGO VIAJE ENTRE LAS TORMENTAS DEL MÉTODO	11
2. MÉTODO Y FILOSOFÍA	14
3. LUCES Y SOMBRAS EN EL MÉTODO DEL DERECHO	16
CAPÍTULO II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA	21
1. CÓMO ACERCARSE A LA REALIDAD	21
2. UNA REALIDAD PROTEICA	24
3. UN MODELO HIPÓCRITA	27
4. UN RESULTADO ALEATORIO	31
5. UN VISTAZO REALISTA A LA ACTIVIDAD JURÍDICA	36
6. ELEGIR UNA CIENCIA	39
CAPÍTULO III. LAS FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	43
1. EL ESPEJO DE LAS FUENTES	43
2. VASIJAS, SIRENAS Y TRITONES: LAS FUENTES FORMALES	45
2.1. La ley	45
2.2. La costumbre	49
2.3. La jurisprudencia	53
2.4. La doctrina	57
2.5. Discusión	61
3. LA POTABILIDAD DEL AGUA: LAS FUENTES MATERIALES	63
3.1. La justicia	64
3.2. La equidad	65

	<u>Pág.</u>
3.3. La seguridad	67
3.4. Los motivos de la constitución	68
4. SEQUÍA E IMPUREZAS EN EL ESTANQUE: LOS RUIDOS CONSTITUCIONALES	71
4.1. La eficacia.....	71
4.2. El sempiterno concepto de emergencia	74
5. LA NAO DE ULISES	77
CAPÍTULO IV. ESA COSA LLAMADA CONSTITUCIÓN	81
1. LA CONSTITUCIÓN COMO TEXTO.....	81
2. EL TEXTO Y SU SIGNIFICADO.....	83
3. CAMBIOS CONSTITUCIONALES O “RELECTURA” DEL TEXTO	86
CAPÍTULO V. EN BUSCA DEL SIGNIFICADO	91
1. EL TEXTO CONSTITUCIONAL Y SU INTERPRETACIÓN	91
2. LA NOCIÓN DE INTERPRETACIÓN.....	92
2.1. La palabra de las palabras	92
2.2. ¿Descubrir o decidir?	93
2.3. Casos típicos, casos atípicos.....	95
2.4. Libertad y prudencia en el lenguaje.....	97
3. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN	98
4. ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS, O CÓMO INTENTAR LA PERSUASIÓN	106
5. INTERPRETACIÓN, CIENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA.....	112
6. LOS CRITERIOS Y EL FUTURO DEL DERECHO.....	116
CAPÍTULO VI. MÁS ALLÁ DEL TEXTO	121
1. UN MODELO DE SISTEMATIZACIÓN DE NORMAS	121
1.1. La lógica de la esclavitud	121
1.2. Cómo sistematizar con rigor.....	122
1.3. Un ejemplo constitucional	124
2. INCOHERENCIA Y ORDENACIÓN DE NORMAS	129
2.1. Los tres criterios tradicionales	130
2.2. Derogación y ordenación.....	134
3. INCOMPLETITUD E INTEGRACIÓN DE LAGUNAS.....	135
3.1. Lo semejante y lo diferente	136
3.2. Victoria y derrota de los principios.....	137

	<u>Pág.</u>
4. REDUNDANCIA Y REFORMULACIÓN DEL SISTEMA.....	141
5. LAS LAGUNAS AXIOLÓGICAS.....	143
CAPÍTULO VII. USAR LA CONSTITUCIÓN, CONTROLAR LA LEY.....	147
1. EL CONTROL CONSTITUCIONAL O EL PODER DE LOS JUECES	147
1.1. De la picardía política al control judicial.....	147
1.2. Del control judicial al poder político.....	149
2. ¿A QUÉ LLAMAMOS NORMA INCONSTITUCIONAL?.....	150
2.1. El planteo de Marshall.....	150
2.2. Texto o norma.....	152
2.3. Los caminos de la inconstitucionalidad.....	153
3. VIEJOS Y NUEVOS MECANISMOS DE CONTROL.....	156
3.1. Los sistemas clásicos.....	156
3.2. Los nuevos mecanismos.....	158
3.3. Los procedimientos.....	161
4. UNA ACTITUD DEFERENTE.....	163
5. EL MEOLLO TEÓRICO DEL PROBLEMA.....	167
5.1. Frente al resultado del control de constitucionalidad.....	169
5.2. Un complicado pluralismo.....	173
CAPÍTULO VIII. A FAVOR DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.....	177
1. CONSTITUCIÓN, IGUALDAD Y JUSTICIA.....	177
2. HACIA UNA TEORÍA FORMAL DE LA JUSTICIA.....	182
2.1. Rasgos básicos.....	182
2.2. La práctica de la teoría.....	183
3. RECONSIDERACIÓN DE LA REGLA DE JUSTICIA.....	185
3.1. Sus elementos.....	185
3.2. Más precisiones.....	188
4. UNA VARIANTE DE LA TÉCNICA DEL PRECEDENTE.....	191
CAPÍTULO IX. LA CONSTITUCIÓN: ABORDAJES, TEMPESTADES Y NAUFRAGIOS.....	193
1. LA CONSTITUCIÓN, SUS OBJETIVOS Y SUS HORIZONTES.....	193
2. EL ABUSIVO ESTRECHAMIENTO DE LOS HORIZONTES.....	197
3. CAUDILLISMO Y PARLAMENTARISMO.....	199
4. LA ESTRUCTURA INTERNA DE LA CLASE POLÍTICA.....	202
5. LAS RELACIONES INTERNACIONALES ASIMÉTRICAS.....	205

	<u>Pág.</u>
6. LAS PERSPECTIVAS DEL CONFLICTO	207
7. ULISES EN ÍTACA.....	213
BIBLIOGRAFÍA	215
ÍNDICE ANALÍTICO	221

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. UN LARGO VIAJE ENTRE LAS TORMENTAS DEL MÉTODO

Cada vez que “arde Troya”, los pueblos intentan reordenar lo que queda de ellos y de sus instituciones mediante una nueva constitución. Esperanzados al principio, pronto caen en la cuenta de que ponerse de acuerdo en un texto no es sólo el fin de la tragedia, sino el principio más o menos auspicioso de una nueva serie de dificultades. Quienes esperan un regreso a tiempos pasados, idealizados por la prosperidad, la concordia o la normalidad que sobre ellos proyectan con más esperanza que memoria, advierten tarde o temprano que han de recorrer una ruta siempre nueva, erizada de numerosos peligros que parecen fruto de un destino pertinaz. Y advierten también que la propia constitución se halla sujeta a falencias, algunas inevitables y otras que no lo son tanto. Ésta es la idea que inspira la comparación con la Odisea: también Ulises, después de la victoria largamente anhelada, encontró que su regreso constituía en sí mismo una nueva aventura en la que su temple debía mantener el rumbo sobreponiéndose a la seducción y al naufragio.

En este libro buscamos identificar los más conocidos peligros que acechan a la constitución: a cualquier constitución, pero especialmente a las que rigen la vida de los países periféricos. Un poco como relato y otro poco como advertencia, tratando de no exagerar la cuota de llanto, proponemos reconstruir el viaje de la constitución por el océano del método.

Todo lo que hacemos tiene un método, que no es otra cosa que el procedimiento que empleamos para hacerlo. En efecto, cuando pre-

tendemos obtener cierto resultado o alcanzar un objetivo, comenzamos por trazar planes o delinear el camino que —pensamos— nos llevará al fin deseado. La etimología de “método” incluye el vocablo griego *odós*, que significa precisamente *camino*. Una receta de cocina, las instrucciones para el uso de un aparato electrodoméstico y la táctica concebida por el director técnico de un equipo de fútbol para ganar el próximo partido son, en sentido amplio, métodos.

Claro está que hay métodos y métodos. Los hay buenos y malos, fáciles, difíciles y arriesgados; también los hay para hacer, para aprender a hacer o para averiguar la verdad de las proposiciones. Entre estos últimos se encuentran los métodos científicos, que se dirigen a elaborar conocimientos generales, referentes a fenómenos dotados de regularidad y, a la vez, aptos para ser comprendidos, verificados y reproducidos por cualquier persona debidamente instruida. Pero el saber vulgar, o precientífico, se vale también de ciertos métodos, que consisten en viejas prácticas decantadas por el uso o en meros actos (físicos o psíquicos) automáticos. En el conocimiento vulgar, las reglas para su adquisición son implícitas: se siguen o emplean inadvertidamente, o sólo porque *siempre se hizo así*. El método científico, en cambio, es explícito: sus reglas se acuerdan y se exponen expresamente y, además, se explican y fundan las razones que llevan al científico a guiarse por unas y no por otras (GUIBOURG, GHIGLIANI y GUARINONI, 1985: 157).

Las ciencias formales y las empíricas han dado lugar al estudio minucioso de los métodos por ellas empleados.

Uno de ellos es el método *deductivo*, que consiste en derivar unas proposiciones de otras mediante la aplicación de leyes lógicas. Este método no sirve para postular las proposiciones básicas (premisas o axiomas) de las cuales haya de partirse, pero, en cambio, garantiza que, *si* las premisas son verdaderas (supuesto del que el usuario debe hacerse enteramente responsable), las conclusiones serán igualmente verdaderas¹. Las matemáticas y la lógica emplean intensamente la deducción.

¹ Es habitual entre los juristas dar por supuesto que la lógica conduce a la verdad, así como llamar “lógicas” a las opiniones que consideran dignas de ser sostenidas. Un análisis riguroso de la ciencia lógica no autoriza esa práctica. El concepto de verdad es una construcción del pensamiento filosófico. A partir de esa construcción, qué proposiciones sean verdaderas o falsas es un tema para la observación cotidiana y, en términos más sistemáticos, para las ciencias empíricas en general. La lógica es por completo ajena a esas disquisiciones: en su ámbito, la verdad aparece como un valor abstracto que, una vez atribuido a ciertas proposiciones, se extiende a otras mediante ciertos procedimientos formales. Un martillo es una simple herramienta: no clava clavos por sí solo; pero, si golpeamos con él, en el ángulo correcto, un clavo apuntado verticalmente sobre una madera, provoca que *nosotros* obtengamos el resultado de clavar el clavo. De manera semejante, la lógica no nos proporciona verdades; pero, si nosotros consideramos verdaderas ciertas proposiciones y les aplicamos de manera correcta las formas

Otro es el método *inductivo*. La inducción va siempre más allá de lo permitido por la deducción, puesto que extrae conclusiones a partir de premisas insuficientes: a partir de la observación de cierto número de casos, postula ciertas características como comunes a esos casos y a todos los otros de la misma clase², aunque no hayan sido observados. Por esta misma razón, sus conclusiones nunca son completamente seguras. Este método ha sido objeto de serias críticas, pero sigue empleándose porque, después de todo, casi nunca disponemos de todas las premisas necesarias para la deducción. Sin la inducción, no tendríamos física, química ni biología, para mencionar las ciencias empíricas más conocidas y prestigiosas.

También en el marco de las ciencias empíricas, se identifica además el método *hipotético-deductivo*, que es una combinación de los anteriores. De acuerdo con él, primero se imagina una proposición general (concebida, con toda probabilidad, por vía inductiva); luego se deduce de ella alguna proposición particular susceptible de verificación directa y, por último, se intenta practicar esta última verificación. Si la prueba es negativa, es seguro que la proposición inicial era falsa. Si es positiva, apenas se nos permite depositar algunas esperanzas en su eventual verdad.

Los métodos aceptados de la ciencia no son, como puede observarse, un repertorio de recetas infalibles. Pero hay que reconocer que dan resultados apetecibles, aunque se hallen siempre sujetos a revisión, reformulación o refutación. Para llegar a este punto, la ciencia ha intentado —con bastante éxito— desprenderse de varias actitudes propias de la construcción del pensamiento precientífico:

- la tendencia a confundir nuestros deseos o intereses con la realidad;
- la aceptación de sueños, alucinaciones, refranes u otras pretendidas fuentes del conocimiento que no puedan ser empleadas, verificadas o reproducidas por terceros;
- el uso de palabras excesivamente vagas, desprovistas de significado empírico o dependientes de valoraciones subjetivas;
- el empleo de metáforas cuya relación con los hechos concretos no sea clara.

lógicas del razonamiento, obtenemos como conclusiones otras proposiciones cuya verdad también tendremos que sostener, a menos que dejemos de afirmar las premisas de las que hemos partido.

² La construcción mental de la clase a la que haya de extenderse la característica observada (esto es, la identificación de las condiciones que hayan de observarse en un objeto o en un caso para que se aplique a éste la característica objeto de extrapolación) es a su vez una complicación y una fuente posible de errores: la observación constante practicada con una mente abierta contribuye poco a poco a perfeccionar el resultado de la inducción, aunque nunca es suficiente para otorgar a su resultado garantía total de verdad.

Se ha trazado así una línea divisoria —que los epistemólogos llaman *demarcación*— entre lo que puede admitirse como pensamiento científico y lo que debe rechazarse³. Esta línea, como cualquier otra demarcación abstracta, tiene mucho de discrecional; pero, de hecho, es la que hoy excluye la astrología, el espiritismo, la magia y otros diversos discursos de base esotérica.

El derecho se plantea como objeto de una ciencia, la ciencia del derecho. Sin embargo, basta echar un vistazo a los textos, tanto legislativos como de doctrina, para advertir que nuestra disciplina no ha emprendido todavía la tarea de limpieza que las ciencias empíricas iniciaron hace quinientos años y que, en consecuencia, su demarcación es extremadamente vaga.

2. MÉTODO Y FILOSOFÍA

Aquella tarea de limpieza que sirvió de marco intelectual al Renacimiento, la llamada *revolución copernicana*, fue ante todo una revolución metodológica que, impulsada por los descubrimientos científicos y por la nueva conciencia de las necesidades humanas que los viejos métodos no alcanzaban a satisfacer, inauguró una nueva manera, más clara y operativa, de formular las preguntas y un nuevo criterio para valorar las respuestas, fundado en la observación empírica antes que en la autoridad de la tradición.

Desde entonces, por lo menos, ha quedado claro que la elección y el análisis del método constituyen temas fundamentales del pensamiento científico, del que exigimos especial rigor, pero también del pensamiento en general, cuyas imprecisiones metodológicas suelen conducir a conclusiones insatisfactorias, vagas o derechamente vacías de contenido. Las reflexiones acerca de los métodos constituyen el contenido de la metodología; la metodología es parte central de la epistemología, o filosofía de la ciencia, y la epistemología es una de las provincias que componen el cuerpo total de la filosofía. Existe, pues, una línea directa entre la filosofía general y el método: si esa

³ La línea de demarcación ha variado con las épocas. La magia estuvo durante muchos siglos unida a la medicina; la astrología era una de las ciencias más apreciadas y, de hecho, algunos de los primeros grandes astrónomos, como Tycho Brahe (1546-1601), fueron también respetados astrólogos. Desde Thomas Kuhn (1922-1996) y su libro *La estructura de las revoluciones científicas* (1971) se sostiene a menudo que la demarcación, que incluye la definición de “ciencia”, y otras cuestiones fundamentales de la epistemología, como la identificación de los temas que vale la pena investigar y el trazado de los métodos que se juzgen admisibles para investigarlos, forman parte de una concepción general, llamada *paradigma*, que es aceptada por el consenso de los científicos y sirve de base a la ciencia en general durante un tiempo, hasta que su inadecuación a los nuevos descubrimientos o —sobre todo— a los nuevos criterios imperantes en la sociedad la hacen explotar (*revolución científica*) y, con el tiempo, se genera un nuevo paradigma (GUIBOURG, GHIGLIANI y GUARINONI, 1985: 183-198).

línea se corta o se esfuma en borroneos intermedios, es fácil que se pierdan los resultados que de otra manera pudieran haberse obtenido.

Ambos defectos se observan a menudo en el pensamiento cotidiano y se extienden normalmente al discurso jurídico. La línea entre filosofía y método se corta, por ejemplo, cuando un jurista propone la solución de un caso individual sin asumir los efectos que el razonamiento empleado haya de tener en otros casos semejantes; pero lo más común es que aquel vínculo se borree en metáforas emotivas y en el uso autocomplaciente de palabras demasiado vagas. Éstos son también métodos, desde luego: métodos más o menos apropiados para persuadir respecto de un caso o para ocultar inconsistencias más generales; pero difícilmente puedan integrar una epistemología o ser acogidos coherentemente en una filosofía dirigida a operar en la práctica.

Es posible conjeturar que aquella diferencia de objetivos —promover cierta solución para un caso determinado o integrar las diversas soluciones en una metodología, en una epistemología y en una filosofía, cualesquiera sean éstas— es un elemento que ha contribuido persistentemente a trabar la evolución de la ciencia del derecho. La filosofía del derecho —en especial la de base analítica⁴— ha intentado reaccionar contra esas dificultades y abrir el camino para una reconstruc-

⁴ La filosofía analítica no es una teoría general del derecho, sino un enfoque mucho más amplio de las cuestiones filosóficas y epistemológicas. Reconoce como precursores a OCKHAM y a HUME y tiene sus fuentes en Inglaterra, con MOORE y RUSSELL, y en el positivismo lógico del Círculo de Viena, con CARNAP, NEURATH, HAHN, GÖDEL, y en Estados Unidos, con QUINE, y en Polonia, con TARSKI, LUKASIEWICZ o KOTARBINSKY. Los autores de este libro se consideran integrados en esta tendencia.

Con el riesgo propio de todo resumen, puede afirmarse que la filosofía analítica gira alrededor de tres tesis. Una es el análisis del lenguaje. Muchos de los problemas que no logramos resolver (aunque, de más está decirlo, no todos ellos) son *pseudoproblemas* suscitados por el escaso cuidado en la definición de las palabras que empleamos. Los significados han evolucionado históricamente al gusto de las ideologías. Cuando en su estado actual les aplicamos la conocida presunción ontológica que supone una realidad para cada palabra, nuestro mundo mental se llena de objetos inasibles y eventualmente conflictivos.

Otra de las tendencias analíticas es el énfasis en la lógica, especialmente en la desarrollada en el siglo xx. Un análisis científico del lenguaje no sólo tiende a comprender su evolución —tarea a cargo de la semántica descriptiva al estilo de SAUSSURE—, sino muy especialmente a perfeccionarlo y a controlar su aptitud como herramienta para el pensamiento. Esta labor corresponde a la teoría lógica, sistema deductivo preferentemente formalizado cuyos axiomas —discrecionalmente elegidos— han de justificarse pragmáticamente.

Todo eso confluye en la actitud de rechazo a la metafísica, que constituye el punto de contacto entre el antiguo positivismo al estilo de Augusto COMTE y el nuevo positivismo o *positivismo lógico*. La filosofía analítica, especialmente propicia al desarrollo de las ciencias formales y empíricas, es fundamentalmente empirista en el sentido de no aceptar, en principio, más objetos que los susceptibles de ser percibidos ni más verdades que las susceptibles de ser verificadas. Por supuesto, es imposible pensar sin una metafísica, si es que por metafísica ha de entenderse el conjunto de los presupuestos últimos del pensamiento; pero la actitud típica del filósofo analítico consiste en aceptar esos presupuestos como elecciones conscientes antes que en venerarlos como verdades trascendentes.

ción más racional del pensamiento jurídico, que restablezca el vínculo entre filosofía y método así como entre teoría y práctica.

Por esto, el método jurídico es un problema central de la filosofía del derecho: como lo señalara BOBBIO (1990: 98-99), una parte importante de la filosofía jurídica está destinada a explicitar y clarificar los presupuestos de la ciencia del derecho. Esta tarea requiere preguntas claras y respuestas coherentes entre sí acerca de cuestiones tales como en qué consiste el fenómeno del derecho, qué significa estar obligado, o tener una responsabilidad, o ser capaz, competente o imputable en relación con determinado acto; pero también acerca de qué relaciones entre el derecho, la moral, el poder y la obediencia pueden ser acogidas por la teoría jurídica sin desnaturalizar sus propios objetivos, lo que requiere, por supuesto, una hipótesis sustentable acerca de la identificación de tales objetivos. Varias de esas cuestiones corresponden a un enfoque general de la filosofía del derecho; aunque el tema de esta obra se circunscribe más específicamente a los aspectos constitucionales, será inevitable dar cuenta de las relaciones entre esos aspectos y las bases teóricas que puedan servirles de marco, explicación y —acaso— fuente de justificación. Convendrá, para empezar, echar una mirada a los métodos del derecho, a fin de compararlos con los lineamientos generales de la metodología integrada al pensamiento filosófico.

3. LUCES Y SOMBRAS EN EL MÉTODO DEL DERECHO

Algunos métodos de la ciencia tienen su contrapartida en la actividad jurídica. La deducción, ante todo, se parece a lo que los juristas llaman *subsunción*: si la ley dispone que los homicidas deben ser castigados con una pena determinada y Fulano ha cometido homicidio, Fulano debe ser condenado a esa pena porque su caso se subsume en la regla, lo que equivale a decir que la norma individual “Fulano debe ser condenado” se deduce de la norma general “Los homicidas deben ser condenados” cuando, además, se acepta que Fulano es un homicida.

La inducción tiene también cierto parecido con el razonamiento jurídico por analogía. Si la ley dispone que los propietarios de automóviles deben pagar cierto impuesto y el intérprete considera que los propietarios de camiones también deben pagarlo, el argumento se funda en extrapolar lo dispuesto en la regla. Un camión no es exactamente un automóvil (al menos de acuerdo con el significado habitual de ambos términos); pero, a juicio del intérprete, comparte con el automóvil ciertas características que él juzga relevantes (acaso ser un vehículo, moverse por motor de combustión interna, tener al menos cuatro ruedas) como para extender analógicamente la obligación tributaria. Claro

está que el razonamiento podría discutirse a partir de un juicio de relevancia alternativo (por ejemplo, juzgar más importante que los camiones sirven para transportar carga, o que se consideran normalmente bienes de capital).

El método hipotético-deductivo, a su vez, puede compararse con cierta práctica del razonamiento por principios. Si se advierte, por ejemplo, que las normas relativas al contrato de trabajo tienden a proteger al trabajador, a partir de este paso inductivo es posible elaborar la idea del *principio protector* y, a partir de él, deducir el modo de resolver cierto conflicto cuando la norma, según su texto, puede interpretarse a favor de cualquiera de las partes. Pero es preciso aquí hacer dos aclaraciones. La primera, que —a diferencia del método hipotético-deductivo en las ciencias empíricas— no se propone aquí un experimento para confirmar o refutar el principio, sino que se lo aplica lisa y llanamente. La segunda, que también se llama razonamiento por principios al mero hecho de postular principios generales que no se inducen de las normas existentes, sino que se extraen directamente de las convicciones morales o políticas del observador. En un caso, la semejanza es apenas parcial; en el otro, inexistente.

Las relativas semejanzas que acabamos de apuntar no son suficientes, sin embargo, sí para echar al olvido las deficiencias metodológicas aún más graves que aquejan al derecho.

Ante todo, se advierte una falencia en la identificación del objeto. Los entomólogos estudian los insectos, pero no los mamíferos: ellos tienen criterios suficientemente claros para distinguir un insecto, cualesquiera sean sus características, de entes de alguna otra clase. Los juristas, en cambio, no se han puesto de acuerdo acerca de las características que hayan de observarse en una situación para saber si ella ha de admitirse como una norma jurídica. Así, la sanción de la norma por un órgano de cierta clase, o su cumplimiento por los ciudadanos, o su aplicación por los jueces, o la mayor o menor justicia que pueda atribuírsele, o su conformidad con las preferencias, esperanzas o aspiraciones de cierto segmento de la sociedad, o la posibilidad de predecir su cumplimiento o su aplicación en el futuro son caracteres que compiten entre sí, a menudo en cambiantes alianzas ocasionales, para fundar la calificación de un ente como norma jurídica, lo que redundando en una grave vaguedad de este término básico.

En segundo lugar, hay notable imprecisión en el contenido de las normas, una vez identificadas. El derecho se expresa o se describe en lenguaje natural, instrumento poblado de palabras vagas y ambiguas, de expresiones oscuras y de cláusulas cuyo significado ha de ser completado por juicios valorativos de dudoso consenso. Las normas requieren interpretación y el intérprete, que tiene a su alcance distintos contenidos, ejerce una elección personal o grupal, más o menos plausible

o incorrecta, pero en demasiados casos impredecible. De esta manera, la pretensión de identificar el derecho vigente —propia de una aproximación más o menos científica o al menos descriptiva— encuentra en este segundo peldaño de imprecisión una dificultad incoercible.

En tercer lugar, los problemas anteriores no son abordados por el discurso jurídico con la intención cabal de resolverlos o acotarlos. El contenido del derecho se encuentra muy estrechamente ligado a los intereses de las personas y, de esta manera, cada persona o cada grupo sufre una tendencia a identificar o a interpretar las normas del modo que mejor cuadre a sus preferencias. El operador jurídico paradigmático es el abogado, profesional cuya misión principal es defender a sus clientes frente a otros letrados que hacen lo propio con los suyos. Es cierto que toda esta actividad, ejercida de buena fe, se halla enmarcada por las leyes; pero también lo es que el contenido y aun la amplitud de ese marco están sujetos a prácticas argumentales en las que la descripción general del derecho queda eclipsada por la defensa de posiciones concretas y por el esfuerzo de persuadir. Es más: tanto los jueces como los abogados tienen una visión profesional del derecho que los lleva, insensiblemente, a prestar más atención a los casos concretos que a las consecuencias generales de la doctrina que ellos sustenten. Aunque la visión de conjunto constituya una efectiva inquietud de los operadores jurídicos, la prioridad que la solución del caso adquiere en la práctica ha conducido a elaboraciones tales como el concepto de equidad, a menudo definida como la *justicia del caso particular*, que en ciertos supuestos debe prevalecer sobre la aplicación de la norma general⁵.

No son éstas las únicas dificultades genéricas del derecho y de su elaboración práctica, pero pueden identificarse al menos entre las principales. Al lado de ellas, algunos problemas metodológicos aquejan específicamente al plano constitucional. Cómo se crean las normas constitucionales, cuál es su contenido y si es posible describirlo, qué función cumple la interpretación en el máximo nivel normativo; de qué modo es posible construir a partir de la constitución un sistema coherente y completo capaz de servir de guía a las leyes, de regla a los intérpretes y de garantía a los ciudadanos; la perspectiva de asegurar la primacía de la constitución y, a la vez, evitar que se la sustituya por la discrecionalidad de los jueces supremos y, por último, la estructura del discurso capaz de sostener el sistema constitucional, de criticarlo o de introducir en su interpretación argumentos valorativos dotados de algún consenso; todos estos temas serán analizados a lo largo de los capítulos que siguen. Acaso el jurista encuentre en ellos argumentos que compartir, completar o refutar; tal vez halle

⁵ Una visión crítica del concepto de equidad puede encontrarse en GUIBOURG, 1987: 118 ss. En el capítulo III volveremos sobre este tema.

el ciudadano explicaciones para sus desdichas o alimento para sus esperanzas. Sea como fuere, confiamos en que las reflexiones aquí contenidas contribuyan a llevar la constitución por el rumbo que su nación le fije y, en el camino, mantenerla a salvo de sus peligrosos enemigos.

CAPÍTULO II

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA DOGMÁTICA JURÍDICA

1. CÓMO ACERCARSE A LA REALIDAD

¿La constitución? Es ésta, decimos, levantando un texto como si fuera un trofeo. ¿El derecho constitucional? Allí está, agregamos, mientras nuestro dedo señala un tratado escrito por un respetado profesor de la Universidad. Algunos abogados, algo curados de espanto acerca de los contenidos que por aquí o por allá se atribuyen a la constitución, pueden sonreír con un poco de ironía frente a nuestra segunda afirmación, pero estarán seguramente dispuestos a aceptar la primera. Y, sin embargo, nada es obvio tampoco en esta proposición.

Un ejemplo puede arrojar luz sobre la complejidad del problema. En 1994, la República Argentina se dio una nueva constitución, que magistrados y funcionarios juraron cumplir y hacer cumplir. El artículo 110 del nuevo texto mantuvo la norma anterior, según la cual los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores conservarían sus empleos “mientras dure su buena conducta”, esto es, mientras no fueran destituidos por los procedimientos constitucionales adecuados. Pero el artículo 99, que contiene las atribuciones del Poder Ejecutivo y, entre otras, la de designar a los jueces de todas las instancias, con acuerdo del Senado o previa propuesta del Consejo de la Magistratura, incluyó en su inciso 4 el siguiente párrafo: «Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser