Roberto Gargarella

La Justicia frente al Gobierno

3

Pensamiento Jurídico Contemporáneo

Corte Constitucional para el Período de Transición
Quito - Ecuador

La justicia frente al gobierno

Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial

Pensamiento Jurídico Contemporáneo n.º 3

Corte Constitucional para el Período de Transición

La justicia frente al gobierno

Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial

Roberto Gargarella

Prólogo por
Cass Sunstein

Quito - Ecuador

Corte Constitucional del Ecuador
para el periodo de transicion

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Gargarella, Roberto
La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial / Roberto Gargarella; prólogo de Cass Sunstein. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3)
294 p.; 15x21 cm + CD-ROM

ISBN: 978-9942-07-025-8
Derechos de Autor: 036022

1. Teoría de la justicia. 2. Poder judicial. I. Sunstein, Cass, pról. II. Título. III. Serie
CDD21: 340.11. CDU: 340.114. LC: KKT2618.G375 2011. Cutter-Sanborn: G231.

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado". Corte Constitucional

Corte Constitucional
para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho
Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición

Juan Montaña Pinto
Director Ejecutivo del CEDEC

Dunia Martínez Molina
Coordinadora de Publicaciones del CEDEC

Roberto Gargarella
Autor

Miguel Romero Flores
Corrector de Estilo

Juan Francisco Salazar
Diseño de Portadas

Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional
Av. 12 de Octubre N16-114
y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Nader, piso 3.
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170
www.corteconstitucional.gob.ec

Imprenta: V&M Gráficas
Quito, Ecuador, febrero 2012

Todos los derechos reservados. Este libro se imprime con autorización expresa del autor. La versión actual se editó específicamente para esta publicación. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.

Para María Laura, mi hermana,
y para Bente y Hannah,
con la esperanza de algo bueno.

Agradecimientos

Este trabajo se originó con motivo de una extensa investigación que comencé hace varios años, bajo la dirección de Carlos Nino. A él le debo mi mayor agradecimiento, aun en su ausencia. Quiero también dar las gracias a Cass Sunstein, por sus lúcidas explicaciones y su afectuoso apoyo. A Ernesto Garzón Valdés, por su constante estímulo, y a Alberto Calsamiglia, por las oportunidades y por el respaldo que me dio para que pudiera completar este escrito durante mi estancia en la Universitat Pompeu Fabra, de Barcelona. A Víctor Ferreres, por librarme de la ignorancia repetidas veces. A mi familia, por su incondicionalidad. Y a los amigos y amigas, porque todavía me quieren.

Índice

Agradecimientos 9

Prólogo por *Cass Sunstein* 13

Presentación para esta edición por *Roberto Gargarella* 17

Presentación para Ecuador por *Juan Montaña Pinto* 21

Introducción 27

Capítulo 1

La falta de legitimidad democrática de la justicia: fundamentos históricos 35

1. Notas de historia institucional 35
2. La filosofía dominante en los orígenes del sistema representativo 44
3. La consolidación del control judicial en Estados Unidos 55

Capítulo 2

El carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones «conservadoras» 67

Conservadurismo y elitismo 67

Apéndice al capítulo 2 79

Interpretación de las leyes y control judicial 79

Conclusión 97

Capítulo 3

El carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones «populistas» 101

Radicalismo «populista» 104

Populismo y control constitucional 108

El poder legislativo contra el poder judicial. El caso «Trevett *v.* Weeden» y el comienzo de un conflicto interpoderes 109

Amenazas legislativas contra el poder judicial 112

Francia posrevolucionaria: defensa de la supremacía de la voluntad popular 113

Francia posrevolucionaria: rechazo del control judicial 116

Críticas al principio «populista» en la organización del control de las leyes 118

Conclusiones 121

Capítulo 4

Soluciones «intermedias» para el problema del control de las leyes . . 125

Introducción 125

Críticas a las soluciones «intermedias» 134

Capítulo 5

La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes (I) 141

La tradición (genuinamente) radical y el control judicial de constitucionalidad 147

Bruce Ackerman y la función judicial 152

El «dualismo» constitucional 156

Objeciones a la visión dualista de la democracia 158

La justicia y la formación de las decisiones mayoritarias. El caso del *New Deal* 160

Capítulo 6

La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes (II) 169

John Ely y la función judicial 169

John Ely y la tradición (genuinamente) radical 173

Críticas a la propuesta de Ely: una cuestionable concepción de la democracia 174

Fundamentos y alcances de la democracia deliberativa 177

El control de constitucionalidad según Ely y según la concepción de la democracia deliberativa 181

CAPÍTULO 7

Reformas institucionales para la reforma del control de constitucionalidad 193

A) Sobre la técnica del reenvío y la interpretación de la ley 194

B) Defensa de las minorías y cuestiones motivacionales 196

C) Reforma política y reforma del poder judicial 205

CAPÍTULO 8

El control de las leyes en la práctica. Evaluación de la jurisprudencia en España y en Estados Unidos 215

Justicia crítica respecto del gobierno 215

A) Cuestiones de moral pública 215

B) Cuestiones de moral privada 232

C) Cuando la moral pública y la privada se entremezclan: la cuestión lingüística 238

CAPÍTULO 9

La justicia dependiente de la política. El caso argentino 247

Justicia dependiente respecto del gobierno 247

Introducción 247

1. La dependencia del poder judicial argentino en los poderes políticos 247

2. El control judicial en la práctica 256

Conclusiones. Síntesis de los fundamentos y pautas del modelo de control constitucional propuesto 279

Bibliografía 283

Prólogo

Muchas constituciones procuran instituir una democracia deliberativa, esto es, un sistema en el que las decisiones políticas están sujetas al control popular pero en el que la deliberación y el intercambio de razones juegan un rol decisivo. En los Estados Unidos, por ejemplo, el compromiso general con la idea de una democracia deliberativa encuentra sus primeros ecos en el «período fundacional». En *El Federalista*, n.º 10 —que constituye la contribución más extraordinaria de James Madison al pensamiento político—, el sistema representativo es defendido como un mecanismo que «refina y extiende la opinión pública, pasándola a través del tamiz de un cuerpo escogido de ciudadanos, cuya sabiduría les permite discernir los verdaderos intereses del país y cuyo patriotismo y amor a la justicia hace que tengan una menor propensión a sacrificarlos por consideraciones parciales o temporales». Conforme con esta visión, los representantes de la nación, elegidos a todo lo largo del territorio, resultarían imparciales y aparecerían situados en condiciones óptimas para actuar por encima de los meros intereses privados. El fin perseguido entonces no era, simplemente, el de proteger ciertos derechos privados, ni el de fijar las precondiciones para una lucha egoísta entre diversos grupos de interés. El fin era asegurar que las decisiones políticas resultasen apoyadas por razones e información suficiente.

En su búsqueda de un gobierno deliberativo, los «padres fundadores» de la Constitución norteamericana modernizaron las clásicas creencias republicanas acerca de las virtudes cívicas. Los antifederalistas, severos

críticos de la Constitución entonces propuesta, invocaron las más tradicionales ideas republicanas con el objeto de desafiar la convicción madisoniana, según la cual un territorio extenso era compatible con un verdadero republicanismo. De acuerdo con la visión antifederalista, una república genuina requería de virtud cívica o un compromiso con el bien común; y la virtud cívica —insistían— solo podía florecer en comunidades pequeñas, unidas a partir de intereses comunes y un alto grado de homogeneidad.

Actuando de un modo que logró influir en muchas otras naciones, los «padres fundadores» norteamericanos aceptaron aquel objetivo, pero rechazando firmemente la prescripción que incluía: para ellos —del mismo modo que para aquellos ubicados en la tradición clásica— la virtud era indispensable; y por ello insistieron en considerar la virtud como un compromiso con el bien común y no con el interés egoísta o el interés de facciones privadas. Así, Alexander Hamilton sostuvo que el «objetivo de toda Constitución política es, o debe ser, antes que nada, el de asegurar la presencia de gobernantes que posean la máxima sabiduría para discernir el bien común de la sociedad y la máxima virtud para perseguirlo. Pero su objetivo inmediatamente posterior debe ser el de asegurar las precauciones más efectivas para mantener tal virtud en los representantes mientras sigan contando con la confianza pública». Para los «padres fundadores», el hecho de contar con una república extensa iba a favorecer —y no a perjudicar— el logro de las aspiraciones republicanas. Y ello iba a suceder debido a que en una república extensa los representantes de la nación iban a quedar situados en un lugar excepcionalmente favorable para comprometerse en las tareas deliberativas propias del gobierno. En tales repúblicas, las distintas facciones iban a anularse unas a otras. En las repúblicas pequeñas, en cambio, y tal como la historia lo ha mostrado, la tarea de los gobernantes podía resultar seriamente afectada por la actividad de grupos facciosos.

En los últimos años ha habido un extraordinario resurgimiento del interés por la democracia deliberativa y en particulares cuestiones institucionales relacionadas con la misma —entre ellas, el papel que le corresponde a los jueces dentro de una sociedad democrática. En sociedades tan distantes como las de Polonia, Rusia, Sudáfrica, Rumania, o Israel,

por ejemplo, aquellos interesados en el diseño constitucional han estado discutiendo las condiciones que son necesarias para asegurar la imparcialidad en las decisiones del gobierno, la deliberación democrática y la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos. Se han ocupado también de reflexionar acerca de cuál debe ser el rol de la justicia frente al gobierno.

Roberto Gargarella presenta una discusión instructiva e importante acerca de las cuestiones que subyacen a aquellos debates, combinando una excelente comprensión de la teoría política con un entendimiento de la historia inusualmente fino y un firme apoyo en el Derecho constitucional. Su análisis sobre la imparcialidad, la deliberación y los fundamentos básicos del constitucionalismo resulta altamente iluminador, tanto de controversias pasadas como presentes. La última fase del siglo XX se ha convertido en uno de los períodos más fascinantes y explosivos en la historia de la creación constitucional, y el libro de Gargarella nos provee de un respaldo extraordinario para enfrentar los debates que inevitablemente van a presentarse en el futuro.

Cass Sunstein
Karl N. Llewellyn
Distinguished Service
Professor of Jurisprudence,
The University of Chicago

Presentación para esta edición

El sentido de volver a insistir sobre *La justicia frente al gobierno*

Desde un primer momento, recibí con gran satisfacción la noticia de que el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición de Ecuador reeditaría *La justicia frente al gobierno*, un libro que fue resultado de una tesis doctoral que presentara en la Argentina, antes de seguir mis estudios en el exterior. La tesis quedó en reposo, entonces, por algunos años (a veces es difícil reconciliarse con las tesis propias, inmediatamente luego de terminado el trabajo), hasta que decidí volver a ella, reformarla en muchos aspectos y convertirla en libro. La obra me trajo enormes satisfacciones: escribirla fue, para mí, un gran aprendizaje, en un área que hasta entonces desconocía por completo, y que refería a un tema –el carácter contramayoritario del poder judicial– cuya sola mención causaba sorpresa, indignación o rechazo en cualquier operador jurídico de la región. Aprovecho entonces esta ocasión para decir algunas palabras más sobre el sentido de la obra (¿por qué ese tema?), y sobre el significado que puede tener, hoy mismo, en América Latina.

Ante todo: el objeto del libro es estudiar la llamada dificultad contramayoritaria. Esto es, básicamente, cómo puede ser que en una sociedad democrática, la rama del poder con credenciales democráticas más débiles, el poder judicial quede con la "última palabra" institucional, y pueda así decidir, de manera "final", las controversias públicas más importantes,

(p. ej., cuál es la respuesta constitucional frente a reclamos hechos en nombre del derecho al aborto; el derecho a la eutanasia; el derecho al matrimonio homosexual; el derecho al consumo personal de estupefacientes; el derecho a decretar la pena de muerte; y un largo etcétera).

Ahora bien, ¿por qué tiene sentido estudiar este tema? Tiene sentido porque, según entiendo, se trata de la puerta de entrada a una cantidad de temas institucionales de primera importancia, que además nos fuerza a reflexionar sobre teoría democrática, filosofía política, diseño institucional, psicología política, teoría constitucional, en asuntos cruciales. Al estudiar este tema con alguna profundidad se nos plantean, inmediatamente, preguntas relevantes como las siguientes (cito solo unas pocas): ¿Cuál es el *locus* institucional de la "soberanía popular"? ¿Por qué? ¿Con qué idea de democracia nos comprometemos, al pensar el control judicial como lo pensamos? ¿Cuál es el sentido de contar con un sistema de "frenos y contrapesos" como el que tenemos? ¿Cuál es el diseño institucional que más favorece la toma de decisiones imparciales? ¿Uno que acerca la decisión en cuestión al debate colectivo o, por el contrario, uno que la aleja, para dejar a la misma en manos de una élite reducida, de especialistas?

La segunda cuestión sobre la que me interesaba agregar algo, nos permite reforzar el primer interrogante, contextualizándolo para nuestra región. La pregunta es, entonces, simplemente: ¿Qué sentido tiene estudiar la dificultad contramayoritaria en América Latina? La pregunta tiene sentido porque –alguien podría decir– la dificultad en cuestión es "importada", y constituye por tanto un problema que nos es ajeno. El problema resultaría ajeno a nuestras prácticas, porque la preocupación por los poderes (excesivos) del poder judicial solo tiene sentido en otros contextos, en democracias de otro tipo, y no en ámbitos como los nuestros, en donde es el poder ejecutivo el que resulta más amenazante, y el que parece concentrar todas las decisiones. Más todavía –alguien podría agregar– la respuesta que parece derivarse de la "crítica contramayoritaria" también es errada en nuestros contextos. Ello así, porque la idea alternativa de dejar la "última palabra" institucional en manos de los órganos "mayoritarios" puede resultar aterradora, en contextos como los nuestros, en donde el poder político, tantas veces, aparece exento de controles, y en algunos casos, para peor, aparece dominado por poderosas facciones o grupos de interés.

Aunque entiendo ambos cuestionamientos, creo que ellos se basan en graves malentendidos y también, me animaría a señalar, en cierta pereza intelectual. Porque, por un lado, los necesarios cuestionamientos que merece el resto de la estructura institucional, en una mayoría de democracias latinoamericanas (hiperpresidencialismo con pocos controles; congresos de legitimidad menguada; ruptura en los vínculos de la representación política; distanciamiento y falta de canales para el diálogo entre representantes y representados), no niegan los problemas que afectan, también, al sistema judicial. De hecho, las habituales maniobras que conocemos, en nuestros países, por parte del poder político, y destinadas a someter a su control al poder judicial, se basan en el reconocimiento del problema que nos interesa, esto es, el reconocimiento que el poder judicial controla "llaves" fundamentales de nuestra estructura institucional. De allí que tantos políticos aspiren al control del poder judicial: ellos saben que, controlando al mismo, quedan en poder de aquellas "llaves" que le permitirán abrir, cerrar y, finalmente, decidir a gusto, causas de relevancia pública, que consideran claves (a veces estrictamente personales, a veces no).

Junto a lo dicho, y por otro lado, deben aclararse al menos dos cuestiones fundamentales. Primero: la crítica al "carácter contramayoritario" del poder judicial, y sus implicaciones, de ningún modo conlleva, livianamente, la defensa de un ordenamiento "mayoritario", cualquiera sea el arreglo que reciba el honor de ese nombre. En absoluto. Como trato de dejar en claro en el libro, la defensa de (un cierto tipo de) mayoritarismo, depende de la visión de la democracia de la que partamos. Y aquí, me apresuraría a rechazar la idea, ingenua, malintencionada, mal fundada, que identifica al poder político, cualquiera sea este, con la idea de democracia, y así también con la idea, más inasible, de la "voluntad popular". Ese gesto me parece repudiable, además de insultante para quienes venimos defendiendo, desde hace décadas, visiones más sofisticadas, menos burdas, finalmente no tramposas, de la democracia, como, en mi caso, mediante la defensa de esquemas de "democracia deliberativa". Más bien lo siguiente: a partir de la misma concepción de la democracia que nos lleva a criticar al control judicial tradicional, impugnamos la organización de un sistema político que, en los hechos, parece orientado a socavar la representación popular, expropiando el poder de decisión de la ciudadanía

y depositándolo en una élite política a la que la ciudadanía tiene enormes dificultades de acceder. Sostenemos aquí, como sostenía Thomas Jefferson, que el ordenamiento republicano exige control y decisión popular, y no defendemos, por ello mismo, sino que impugnamos, que muchos de nuestros sistemas políticos han sido vaciados de republicanismo, a pesar de que se tomen decisiones, de modo cotidiano, invocando emocionadamente la voluntad popular.

Finalmente, la crítica que en el libro se hace al control judicial no niega cualquier posibilidad de intervención judicial sobre asuntos públicos, en la medida que ella se refiera a temas, y se realice de ciertos modos, que sean respetuosos de la voluntad deliberada del pueblo (y, otra vez, no meramente, en su nombre). Por ejemplo, algunas novedosas formas de decisión, adoptadas por algunos tribunales superiores regionales y por intermedio de las cuales se organizan foros de diálogo y decisión colectivas, o se insta al poder político a tomar decisiones que el mismo se niega a tomar (provocando, de ese modo, masivas violaciones de derecho), pueden ser perfectamente defendidas, desde una visión deliberativa de la democracia. Pero, otra vez (y es necesario, según parece, aclararlo para este caso, como para tantos otros): la defensa, muy condicionada, de ciertas formas de diálogo institucional promovidas desde el poder judicial no implica una defensa boba de dicha intervención, por caso, la defensa de cualquier decisión judicial tradicional que se adopte agitando las banderas del diálogo y en nombre de la deliberación democrática. Como siempre, habrá que seguir estando armados teóricamente frente a quienes, por comodidad intelectual, conservadurismo o mera conveniencia, sigan en la práctica de invocar los mejores ideales públicos, para la satisfacción de los peores y más personales intereses.

Roberto Gargarella

Presentación para Ecuador

La democracia es, según opinión comúnmente compartida, una forma de gobierno, para algunos, la menos mala de las formas de gobierno;[1] se sustenta en la idea de la igualdad de los miembros de la comunidad política y en la conveniencia de extender el poder y la participación en la toma de las decisiones a todos. El constitucionalismo por su parte fue concebido, y es visto comúnmente, como aquella ideología, o mejor dicho, tecnología que hace posible el gobierno moderado y la limitación del poder. Desde esa perspectiva, la democracia sería entonces un antónimo del constitucionalismo, y por tanto en la medida en que se democratice la sociedad y el poder perderá terreno el ejercicio moderado y limitado del poder, y viceversa.

Esa es la lectura que hace, por ejemplo, Roberto Gargarella en su texto clásico *La justicia frente al gobierno*, el cual fue concebido como una defensa de la democracia frente al auge del constitucionalismo neoliberal que se dio en América Latina a finales de los años noventa; y que con el tiempo se ha convertido en un referente obligado para el análisis de los fundamentos del constitucionalismo.[2] Las principales preocupaciones de nuestro autor sobre el futuro de la democracia en el subcontinente se basan en una cierta desconfianza, hasta cierto punto justificada, sobre la

1 Aristóteles. *Politeia,* Libro IV. Bogotá, Instituto Caro y Cuervo, 1989, p. 367.

2 Así lo advirtió el profesor Cass Sunstein cuando fue publicado por primera vez este libro de Gargarella en 1996.

potencialidad emancipatoria de un constitucionalismo renovado, que pese a su *lifting* facial y cara rejuvenecida, no puede desconocer su historia elitista y su origen contramayoritario, antidemocrático y conservador, expresada con enorme ímpetu en los artículos de Madison recogidos en *El Federalista*.[3]

Este pecado original que afecta el constitucionalismo, y que denuncia Gargarella en su obra, tuvo su aparente confirmación a partir del retroceso del principio democrático provocado por el impulso que adquirió el constitucionalismo neoliberal en todo el mundo, pero particularmente en los países centrales del capitalismo, donde los jueces, y en especial los jueces constitucionales, se convirtieron en sepultureros del Estado social.

Por el contrario, como consecuencia de algunos interesantes procesos de transición democrática y regeneración política,[4] en algunos países del Sur, el constitucionalismo demostró tener una cara distinta vinculada a la causa de los excluidos; este es el caso vinculado con la defensa de la democracia y los derechos humanos. Así ocurrió, por ejemplo, con las nuevas constituciones latinoamericanas, en particular con la Constitución ecuatoriana de 2008, que justamente asume con gran originalidad y fuerza estos rasgos propios de este constitucionalismo progresista y emancipador: la obsesión por la normativización y materialización del discurso de los derechos humanos, y la preocupación creciente por ampliar la democracia y generar espacios de participación popular en la toma de las decisiones estatales.

En cuanto a la realización efectiva del discurso de los derechos humanos, esta se produjo a partir de un cambio en el discurso político y en la concepción de los derechos que han dejado de ser un instrumento del colonialismo occidental,[5] un localismo globalizado con pretensiones de

3 Ver Madison, James. *El Federalista* (México) 10, FCE (2001).

4 Como los vividos por ejemplo en Brasil, Colombia, Sudáfrica, Venezuela, Bolivia y Ecuador.

5 En su origen, el discurso de los derechos humanos estuvo vinculado y al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos.

universalidad,[6] para convertirse en el eje articulador de una nueva visión igualitaria y pacífica del mundo, centrada en el reconocimiento de la igual dignidad entre culturas y personas. Respecto de la transformación del Estado en un Estado democrático y participativo, la transformación implica una apuesta seria por volver a los orígenes democráticos del liberalismo revolucionario y abandonar las prácticas plutocráticas impuestas por el "largo Termidor" del constitucionalismo conservador que ha imperado en el mundo desde 1830 por lo menos.

Ahora bien, esta nueva concepción del Estado democrático vinculado materialmente a la realización de los valores implícitos en una concepción intercultural de los derechos humanos y sostenido por la práctica permanente de la participación popular no se puede desarrollar y garantizar sin realizar un cambio copernicano paralelo en relación con el papel de la función judicial y del juez respecto del modelo político.

En este nuevo escenario, se requiere de un nuevo funcionario judicial, que deje la comodidad y el cobijo formal del principio de legalidad y se comprometa con una militancia en defensa de la justicia y de los derechos. Los jueces, de acuerdo con la nueva arquitectura institucional del Estado democrático, tienen que convertirse en garantes de la normatividad de la Constitución, pero ahora ya no como agentes del statu quo y defensores de las minorías frente a las demandas del pueblo, como sucedía en el constitucionalismo oligárquico norteamericano de comienzos del siglo XIX, sino en su condición de directos responsables de garantizar que el poder público o privado tenga límites y no se exacerbe.

Esto es verdad en todas partes donde se predique la existencia de una democracia constitucional, pero es más cierto en países en permanente crisis democrática como la vivida en Ecuador, donde el parlamentarismo racionalizado y la democracia representativa colapsaron. Ahora los jueces, en particular los jueces constitucionales, tienen el deber de redoblar sus esfuerzos para garantizar el imperio de la justicia.

6 Santos, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho.* Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 313 ss.

En nuestro tiempo, el peligro de transmutación del sistema democrático debe ser controlado para que el modelo político no se transforme en lo que algunos denominan *democracia delegativa*,[7] en la cual las decisiones políticas no son legítimas por el hecho de incorporar y desarrollar los valores democráticos, sino tan solo por haber sido avaladas por la opinión pública.

A diferencia de la conclusión a la que llegaríamos si hiciéramos una lectura estrictamente literal del texto de Gargarella, que desconfía enormemente de la capacidad y legitimidad de los controles judiciales; en esas circunstancias es cuando se legitima y se justifica la existencia de una justicia constitucional fuerte soportada en un rol activo de los jueces. En un Estado donde los jueces constitucionales asuman con entereza su función de garantes de los derechos, un gobierno, por popular que sea, no podría desechar los controles horizontales,[8] so pena de tornarse antidemocrático e ilegítimo. Pero estar vigilantes frente a los *cantos de sirena* de las democracias plebiscitarias no nos pueden llevar al extremo de defender el constitucionalismo autoritario descrito por Gargarella y propio de la primera experiencia constitucional norteamericana. Para evitar el riesgo de asumir posiciones conservadoras y antidemocráticas, es necesario partir de un conocimiento exacto de las limitaciones del constitucionalismo como ideología y como tecnología.

Y es allí donde encontramos sobrada justificación de una edición ecuatoriana de *La justicia frente al gobierno*. A pesar de su edad,[9] la obra de Gargarella no pierde actualidad: se trata de un libro profundo y visionario, que no deja de interpelar al lector sobre las ventajas y los riesgos de las democracias constitucionales contemporáneas; ya que se estructura sobre varias preguntas cuya respuesta es indispensable en un contexto de crisis

7 O'Donnell, Guillermo. *Contrapuntos: ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 1997.

8 Según Guillermo O'Donnell, controles horizontales serían aquellos que se derivan de la existencia de separación efectiva de poderes y funciones.

9 En español fue publicada, por primera y última vez por Editorial Ariel en 1996, y desde hace muchos años se encuentra totalmente agotada, no solo en Ecuador, donde no llegó a distribuirse, sino en toda Hispanoamérica.

democrática como la que ha vivido Ecuador. En primer lugar nos cuestiona, ¿cómo pueden los jueces encontrar o recuperar la legitimidad democrática que no poseen de origen?; en segundo término nos interroga sobre ¿cuál puede ser el fundamento del poder colegislador de un juez? Y nos consulta sobre ¿cuáles son los límites de su actuar? Preguntas que aparentemente pueden parecer ingenuas pero que, en un contexto como el ecuatoriano, de auge del nuevo constitucionalismo, preocupan mucho, sobre todo frente al reconocimiento del poder de creación judicial del Derecho que estimula a un juez proactivo.

En definitiva, una lectura atenta del texto, que ahora publica el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) de la Corte Constitucional del Ecuador nos puede dar pistas importantes sobre la relación que tienen en nuestro medio el principio democrático y la interpretación constitucional. Y es que el tema en discusión aún no se ha agotado en ninguna parte, pero mucho menos en nuestro país. Acaso la legitimación democrática de la actuación de los jueces se puede conseguir solo mediante la vía indirecta de la propia Constitución, o bien se requeriría un sistema de elección popular, como el que se está ensayando en Bolivia, con el grave riesgo de su politización definitiva. O es que acaso, como plantea el autor, podemos recurrir a otros mecanismos de legitimación democrática de la justicia que sin llegar a apelar al expediente electoral logren considerar a las minorías.

Hay libros que, como *La justicia frente al gobierno*, poseen la cualidad de transportarnos por la vía de ejemplos y situaciones teóricas o lejanas, a lugares que sin embargo nos son familiares pues describen con tal lucidez y precisión una situación hipotética que, no obstante, puede perfectamente reflejar nuestra propia coyuntura.

Es entonces, un libro que invita a estudiar el derecho constitucional integralmente, es decir, con visión interdisciplinaria relacionándolo con la historia, la sociología y la ciencia política, por ello no se agota en un simple análisis superficial, sino que permite ampliar las miradas del tema jurídico y ubicarlo histórica y políticamente, y en ese sentido no está dirigido

únicamente a los jueces y operadores jurídicos, sino que invita a la lectura y reflexión por parte de políticos, estudiantes, estudiosos y a la ciudadanía en general.

*Juan Montaña Pinto**
Director Ejecutivo del Centro Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional
Corte Constitucional para el Período de Transición

* Abogado y especialista en derecho público, Universidad de Externado de Colombia; especialista en derecho constitucional y ciencia política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; diplomado de estudios avanzados en derechos fundamentales, Universidad Autónoma de Madrid; máster en historia del derecho, Universidad Messina; doctor en derecho constitucional, Universidad de Alicante. Actual director ejecutivo del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Correo electrónico: *biofilopanclasta1971@gmail.com*

Introducción

Dentro de nuestro sistema institucional existe una tensión que aparece cada vez que los jueces analizan la validez de una ley. La tensión a la que me refiero tiene que ver con la posibilidad, siempre latente, de que los jueces consideren que dicha norma no es válida. Alguien puede preguntarse entonces, legítimamente, ¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? ¿Cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía (como sí lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (al tener estabilidad en sus cargos, y estar libres, así, del directo escrutinio público) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Parece claro, al menos, que existen problemas en el hecho de que la justicia se ocupe de todo tipo de cuestiones constitucionales, como hoy lo hace, y que resuelva tales cuestiones con la autoridad que significa poder decir «la última palabra», como hoy ocurre.

Para dar algunos ejemplos de los problemas a los que estoy haciendo referencia, considérense casos como los siguientes: el poder judicial (y, especialmente, la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Constitucional) está capacitado para decidir en última e inapelable instancia qué es lo que la Constitución permite y qué no, en temas tales como las restricciones a la libertad de expresión, la validez de una ley sobre el aborto, la posibilidad de que el Estado intervenga —o deje de intervenir— en la economía,

las disputas entre las diferentes áreas del gobierno, los conflictos entre diversos Estados, etc. Es decir, que la justicia puede imponer su voz —sobre todas las restantes—, en cuestiones tan fundamentales como las mencionadas, con la idea de que es ella la que, en definitiva, representa el espíritu de la Constitución.

Lo cierto es que, al asumir actitudes como las descritas, la Corte pone en cuestión algunas de nuestras intuiciones más básicas acerca de cómo debería funcionar un sistema democrático. Por ejemplo, la mayoría de nosotros —según voy a asumir— considera que tiene algo que decir respecto de situaciones como las antes citadas (si el aborto debe ser legal, o no; si el Estado debe regular el mercado, o no; etc.). Más aún, la mayoría de nosotros va más allá de aquella simple afirmación, considerando que su opinión debe ser tomada en cuenta, de un modo relevante, en la resolución de tal tipo de situaciones, ya que la decisión que se tome al respecto puede afectar directamente su modo de vida.

El hecho de que en la actualidad los jueces gocen del poder del que gozan tiene que ver, entre otros factores, con ciertos (implausibles) presupuestos que se tomaron en cuenta desde el mismo momento en que se organizó el sistema judicial, dentro del marco de una Constitución republicana.[1] Me refiero a presupuestos de raíz conservadora, conforme a los cuales no era necesario consultar a la ciudadanía —de un modo efectivo—, si lo que se pretendía era tomar decisiones correctas. Y así también, presupuestos de raíz elitista, que directamente afirmaban que no todos los individuos estaban dotados de iguales capacidades, y que solo algunos de ellos tenían las virtudes necesarias como para tomar decisiones «justas».[2]

Más allá de que se reconozcan o no tales orígenes conservadores/elitistas en la justificación de la función del poder judicial, lo cierto es que buena parte de los constitucionalistas y politicólogos contemporáneos reconocen, al menos, la tensión existente entre la organización

1 Fuera del ámbito anglosajón, y según voy a mostrar, hubo una aproximación diferente al tema del poder judicial. Sin embargo, actualmente se advierte un notable acercamiento de los sistemas no inscritos en la tradición anglosajona hacia soluciones típicas de aquel ámbito. Y tal acercamiento se registra, muy especialmente, en el modo en que se ejerce el control de las leyes.

2 En este escrito voy a tomar como sinónimos ideas tales como las de «justo», «correcto», «imparcial».

democrática de la sociedad, y la función judicial de revisión de las leyes. Desde hace varios años, muchos de ellos se dedican a estudiar este problema haciendo referencia a la «dificultad contramayoritaria» que aparece en estos casos. Esto es, la dificultad que surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.

En este escrito voy a presentar una serie de argumentos destinados a limitar y reorientar la tarea judicial. Sin embargo, antes de proceder en tal dirección quisiera realizar una aclaración de importancia sobre la que luego voy a tener la oportunidad de volver con más detalle: mis críticas al poder judicial no deberán entenderse como una defensa dogmática de las decisiones de los órganos políticos, como una cerrada «toma de partido», en defensa de las políticas apoyadas por las «mayorías». Mi escepticismo ante la tarea de los órganos políticos (el Parlamento, el poder ejecutivo) parte de la convicción de que tales órganos distan de funcionar de un modo aceptable, como distan de representar adecuadamente a la ciudadanía. Por otro lado, mi cautela frente a la idea de la «voluntad de las mayorías» surge frente a la defensa irrazonada que muchos hacen, respecto de cualquier decisión que cuente con respaldo popular.

La pregunta que guiará mi exposición será la siguiente: dado que queremos que nuestro sistema político responda de un modo adecuado a la voluntad de las mayorías y que, a la vez, asegure una debida protección a las minorías, ¿cuál podría ser el papel del poder judicial (si es que debe asumir alguno) dentro de este sistema? Mi respuesta se inscribirá dentro de lo que voy a llamar una «tradición (genuinamente) radical». Esto es, una tradición que entiende que «todos los posibles afectados» por una determinada decisión deben tomar parte de dicho proceso de toma de decisiones; pero que a la vez reconoce la falibilidad que es propia de los procesos de toma de decisiones mayoritarios.

En el capítulo primero de este trabajo examino los orígenes conservadores y elitistas de la tarea judicial en el control de las leyes. Mi análisis se centrará, fundamentalmente, en el período constituyente norteamericano —ya que en él se sentaron las bases del control de constitucionalidad, tal como existe en la actualidad en la mayoría de las sociedades modernas—. En este caso, mi propósito será fundamentalmente describir los argumentos y motivaciones de dicho período constituyente.

En el segundo capítulo estudio lo que voy a llamar una «tradición conservadora» en defensa de la revisión judicial de las leyes. De acuerdo con esta tradición —imbuida en algunos casos de presupuestos elitistas—, la función judicial se justifica, entre otras razones, a partir de la supuesta dificultad que tienen «las mayorías» para tomar decisiones razonables. La idea, en este caso, es que las mayorías suelen dejarse arrastrar por meros impulsos y pasiones —en lugar de guiarse por la razón—, cuando deben tomar decisiones colectivamente. Más adelante voy a concentrarme en el intento más significativo de los presentados en defensa de esta tradición, y que consiste en sostener que, como custodios de la Constitución, los jueces solo defienden y hacen efectiva la voluntad popular.

En el tercer capítulo analizo lo que llamo una «tradición (radical) populista», opuesta a la anterior, y, como tal, hostil a la idea del control judicial de la constitucionalidad. Los defensores de esta postura creen que el apoyo popular a una cierta decisión es el único indicio adecuado para pronunciarse acerca de la validez de la misma. En este sentido, entonces, procuran restringir tanto como sea posible la capacidad de los jueces para investigar la validez de una ley. Examino dos versiones de esta tradición, una propia del ámbito norteamericano —y cercana al pensamiento «antifederalista»—, y otra propia del contexto francés, a partir de la Revolución de 1789.

En el capítulo cuarto reviso una serie de iniciativas destinadas a «morigerar» los que podrían considerarse los rasgos más conservadores del control judicial de la constitucionalidad. La idea, en este caso, es que dicho control —ya sea por los años en que estuvo vigente, ya sea por la efectividad con que, en líneas generales, fue ejercido— no puede ni debe sustraerse del ámbito de la justicia. Lo que se hace, en cambio, es proponer modificaciones en el modo de operar de la justicia, tratando de convertir la revisión judicial en una tarea normativamente más justificable.

En los capítulos quinto y sexto estudio la tradición que me parece más prometedora, en cuanto a las virtudes de sus respuestas frente al problema del control judicial: la tradición que llamo (genuinamente) radical. Los partidarios de esta postura afirman que la ciudadanía debe ser consultada si lo que se pretende es tomar decisiones políticas imparciales (coincidiendo, en esto, con la posición «populista»), pero, a la vez, reconocen

(y ponen énfasis en ello) que las consultas a la ciudadanía no aseguran necesariamente la imparcialidad de las decisiones (con lo cual, se diferencian de lo sostenido por los «populistas»). Sus propuestas, más bien, se inclinan a sostener el principio mayoritario, e incluyen al poder judicial (en todo caso) como un órgano destinado a reafirmar o perfeccionar la voluntad popular. En el examen de esta tradición tomo como ejemplos posibles las teorías defendidas por los profesores Bruce Ackerman y John Ely. De ellos examino sus sugerencias en materia constitucional, señalo las posibles debilidades de sus teorías y —a partir de estas últimas— trato de erigir una alternativa de revisión de las leyes más sólida y mejor integrada con una concepción plausible de cómo debería organizarse la democracia.

En el capítulo siete trato de completar y fortalecer la alternativa delineada en los dos capítulos anteriores, a través del estudio de tres cuestiones adicionales: la técnica del reenvío de leyes (desde el poder judicial al legislativo), como medio para fomentar un —hoy infrecuente, pero todavía importante— «diálogo entre poderes»; la posibilidad de fortalecer la vinculación —hoy enormemente debilitada, a pesar de lo que se suele proclamar al respecto— entre el poder judicial y los grupos sociales minoritarios; y las reformas políticas que podrían ser necesarias para tornar posibles, y deseables, las reformas a la justicia que en esta obra sugeriremos.

Sobre el final de este trabajo intento poner a prueba la propuesta delineada en los capítulos previos, mediante el análisis de varios casos prácticos, ya decididos por las máximas autoridades judiciales. En cada caso procuro mostrar las similitudes y diferencias de la decisión en cuestión, con las sugerencias defendidas en este trabajo. Los ejemplos que tomo provienen, en parte, de la jurisprudencia norteamericana, siempre iluminadora. Pero también analizo casos de la jurisprudencia española y argentina, que nos muestran el modo de actuar de dos tradiciones judiciales diferentes: la primera, más bien firme y crítica frente al gobierno de turno; la segunda, más bien dependiente frente a las decisiones de los poderes políticos.

Capítulo 1

La falta de legitimidad democrática de la justicia: fundamentos históricos

La falta de legitimidad democrática de la justicia: fundamentos históricos

1. Notas de historia institucional

Introducción

En este apartado voy a examinar los orígenes del actual modelo de revisión judicial de las leyes. En particular, mi estudio va a estar centrado en el caso de Estados Unidos (EE. UU.) en el siglo XVIII, ya que fue allí, y en ese momento, cuando se sentaron las bases del vigente sistema del control de constitucionalidad.

Un primer punto que correspondería señalar al respecto es que el crecimiento del poder de la justicia en EE. UU. fue paralelo al crecimiento del poder e influencia de la ciudadanía sobre las legislaturas locales. En este sentido, la cuestión judicial comenzó a concentrar la atención de la clase dirigente norteamericana frente a un creciente temor ante las acciones de las asambleas legislativas estatales. ¿Por qué se había generado este temor? La respuesta, en muy breve síntesis, sería la siguiente: desde fines del siglo XVIII, las legislaturas aparecieron como directas «poleas de transmisión» de exigentes demandas de la ciudadanía. Más concretamente, en muchos casos (y forzadas por circunstancias económicas agobiantes, según veremos) tales legislaturas se vieron obligadas a tomar medidas económicas perjudiciales para los sectores más acomodados de la sociedad. Este tipo de reacciones legislativas resultaron inaceptables para buena parte de la clase dirigente norteamericana, y dieron origen a los mencionados temores contra las legislaturas. A continuación, y con el

solo fin de proveer de respaldo histórico a estas afirmaciones, voy a presentar un repaso más detallado de los hechos mencionados.

Activismo mayoritario, «asambleas comunales», y presiones ante las legislaturas

A partir de la «Revolución norteamericana» (1776), las asambleas legislativas aparecieron estrechamente vinculadas a la voluntad de la ciudadanía. Es cierto, de todos modos, que en aquellos tiempos buena parte de los miembros de la comunidad estaban directamente excluidos de la participación política: mujeres, negros, esclavos, no formaban parte de la «ciudadanía». Sin embargo, también es cierto que las cámaras de representantes funcionaban como eficaz caja de resonancia de los más graves problemas de la época. Una de las causas de este fenómeno es que dichas legislaturas aparecían permanentemente acosadas por organizaciones populares relativamente eficientes y representativas.

En particular, a fines del siglo XVIII y como práctica que permanecía desde la época colonial, era muy habitual que los habitantes de cada comuna se reunieran en las llamadas «*town meetings*» o «asambleas comunales» a debatir los problemas que más directamente les afectaban. Y, a pesar de restricciones participativas como las citadas, lo cierto era que muchos de los habitantes de las comunas en cuestión tomaban parte en las discusiones políticas más importantes, aun en contravención con las restricciones formales existentes:[3] todos se conocían y estos vínculos cara a cara tendían a pesar más que cualquier otra limitación legal.

En las mencionadas «asambleas comunales», la población se reunía a deliberar sobre asuntos locales bajo la moderación de un funcionario seleccionado al efecto.[4] En general, aun los autores más críticos de estos

3 En cuanto al alto número de participantes de estas reuniones (que normalmente era de varios centenares de personas) véase, por ejemplo, Hoerder, Dick. *Crowd Action in Revolutionary Massachusetts. The Boston Committee of Correspondence and the Towns*. 1772-1774. Harvard U.P., 1977, p. 323.

4 Pole, J. R. *Political Representation in England and the Origins of the American Republic.* Nueva York, 1966, p. 54. Véase, también, Bonomi, Patricia. *A Factious People. Politics and Society in Colonial New York.* Columbia U.P., 1971, pp. 26-39.

mítines reconocen que los debates estaban bien organizados: se discutía un cierto orden del día, se escuchaban una a una distintas posturas, y luego se votaba procurando el consenso.[5] Más tarde, comités ad hoc integrados rotativamente por «ciudadanos comunes»[6] trataban de llevar a la práctica lo acordado en las asambleas.[7]

El éxito de estas reuniones públicas llevó a que distintas comunas comenzaran a coordinar sus encuentros en convenciones más abarcativas («*county conventions*»),[8] para así ejercer mayores presiones sobre las asambleas legislativas de cada Estado. El resultado final de estas actividades colectivas fue el siguiente: por un lado, comunas muy activas en el conocimiento y defensa de sus intereses, y por otro, legislaturas permanentemente acosadas por críticas y demandas de sus representados.

La crisis que siguió a la independencia norteamericana

Después de lograda la independencia en Estados Unidos las reclamaciones a causa de mejoras económicas adquirieron una difusión extraordinaria. A lo largo de casi todo el territorio de la Unión, los pequeños campesinos y, en general, los miembros más desaventajados de la sociedad (todos exparticipantes en la lucha contra Inglaterra) se reunieron para protestar en búsqueda de alivio para sus problemas. Sucedía que, después

5 Brown, Robert. *Middle-Class Democracy and the Revolution in Massachusetts.* Ithaca, 1955, p. 98. Entre los autores habitualmente críticos hacia los «*town meetings*», véase Warden, G. «Inequality and Instability in Eighteenth-Century Boston: A Reappraisal», p. 81, en Greene, Jack y Pauline Maier, eds. *Interdisciplinary Studies of the American Revolution.* B. Hills, 1976.

6 No era inusual, en estas votaciones, que la gente tachase algunos de los nombres propuestos, o incluyese otros no mencionados en las propuestas. Lovejoy, David. *Rhode Island Politics and the American Revolution, 1760-1776.* Brown U.P., 1958, p. 24.

7 Véase, por ejemplo, Lockridge, Kenneth y Alan Kreider. «The Evolution of Massachusetts Town Government, 1640 to 1740», *WMQ,* XXIII. 4 (octubre 1966): 556-562. También, Lockridge, Kenneth. *A New England Town The First Hundred Years. Dedham, Massachusetts, 1636-1736.* Nueva York, 1970. La diversidad de individuos que formaron parte de estos comités se debió, entre otras, a una razón muy sencilla: esos servicios no eran compensados pecuniariamente. En este sentido, véase Bridenbaugh, Carl. *Cities in Revolt. Urban Life in America, 1743-1776.* Nueva York, 1955, p. 6.

8 Brown, Robert. *Revolutionary Politics in Massachusetts.* Cambridge, Harvard U.P., 1970, p. 213.

de años de haber puesto sus (escasas) propiedades e incluso sus vidas en juego por los intereses comunes, la independencia los encontraba ahora más empobrecidos y endeudados que nunca. Para esa «clase de los deudores» (así la voy a llamar desde ahora en adelante) la situación era inverosímil: se los había incitado a participar en la guerra bajo promesas de una gran prosperidad, y ahora veían que el resultado obtenido los dejaba peor que en un comienzo. Por ejemplo, y en razón de las deudas adquiridas durante la época bélica, muchos de ellos eran juzgados y llevados a la cárcel, mientras que a otros (en los casos en que ello era posible) se les arrebataban las pocas propiedades que tenían.

Las razones de aquel endurecimiento económico no eran ignoradas por nadie. Los grandes propietarios y mercaderes norteamericanos, obligados a saldar sus cuentas con los ingleses, presionaron a sus propios deudores (campesinos, pequeños propietarios, etc.), en búsqueda del «efectivo» («moneda dura») que los ingleses les exigían a ellos.[9] Este modo de pago «efectivo» constituía toda una novedad en aquella época, ya que los intercambios, por entonces, solían hacerse en «especie». La cadena de reclamaciones, por tanto, siguió el siguiente orden: los ingleses demandaban sus pagos a los comerciantes americanos, y estos, careciendo de efectivo suficiente, cargaban sobre sus propios deudores, los cuales, para cumplir con su parte, se veían obligados a desprenderse de sus pocos bienes, para no enfrentarse directamente con la posibilidad de perder su libertad.[10]

Reconociéndose como los más castigados durante la guerra, y también después de ella, los endeudados campesinos decidieron movilizarse en busca de algún remedio a su situación. En ningún caso, sin embargo, pidieron la anulación o el perdón de sus deudas. Solo querían evitar la

9 La situación, claramente, también era difícil para estos mercaderes norteamericanos, Por una parte, sus pares ingleses les denegaban nuevos créditos; por otra, Inglaterra les clausuraba rutas comerciales que antes les autorizaba usar. Finalmente, se presentaba esta nueva exigencia de pago de deudas en «moneda dura».

10 Véase, por ejemplo, Walker, Francis. *The Making of Nation 1783-1817.* Nueva York, 1912, cap. 1; también McDonald, Forrest. *E Pluribus Unum. The Formation of the American Republic 1776-1790.* Cambridge, 1965, cap. 5; Bolles, Albert. *The Financial History of the United Status from 1774 to 1789.* Nueva York, 1969.

obligación de pagar en efectivo, ya que carecían de «moneda dura» y no estaban dispuestos a seguir vendiendo bienes para encontrarla.[11]

Activismo sobre el legislativo, y primeros enfrentamientos con la justicia

A mediados de la década 1780-1790 (década considerada el «período crítico» de la historia norteamericana),[12] las presiones sobre la clase de los deudores se mostraron particularmente intensas. Y no es de extrañar que fuera entonces cuando se produjeron los primeros enfrentamientos entre la ciudadanía y la justicia. Para dar algún ejemplo de lo que ocurría, solo en el condado de Hampshire (entre 1784 y 1786), 2 977 pequeños propietarios fueron llevados a juicio por sus acreedores (lo cual representó un incremento de mucho más de un 200 por ciento en los juicios promovidos en un período similar, entre 1770 y 1772). Aún peor, en Worcester, solo durante 1785, se presentaron 4 000 casos de enjuiciamiento.

Frente al «acoso» judicial y político que sentían, la primera medida tomada por los deudores fue la de reunirse en asambleas locales para redactar petitorios y presentarlos ante sus respectivas legislaturas.[13] Los petitorios constituían un medio habitual de presión sobre los legisladores y, en ese caso, lo que se reclamaba tampoco era nuevo, emisiones de papel moneda de curso forzoso, como medio de resolver la extendida ausencia

11 Peor aún, justamente debido a la falla de moneda dura resultaba más difícil el lograr la venta de tales bienes. Este tipo de situaciones aparecen descritas, por ejemplo, en Onuf, Peter. *The Origins of the Federal Republic*. U. of Pennsylvania Press, 1983, p. 177; y en McLaughlin, Andrew. *The Confederation and the Constitution.* Nueva York, 1962, p. 166.

12 Así, típicamente, desde el trabajo de Fiske, John. *The Critical Period of American History.* Cambridge, Mass., C.U.P., 1916.

13 Según S. Patterson, «[la] economía unió a los demócratas en los reclamos a favor de papel moneda, en la petición de pensiones para exoficiales de guerra, en cómo las Cortes debían tratar a los deudores y en el nivel de impuestos que debían imponerse. Todas estas cuestiones fueron discutidas en asambleas, directamente por la misma ciudadanía». Véase Hoffman, R. y P. J. Albert, eds. «The Roots of Massachussets Federalism», en *Sovereign Status in an Age of Uncertainty*, or U.S. Capitol Historical Society, University Press of Virginia, 1981. También se sostuvo que aparecieron «grupos extralegales y convenciones populares llevando adelante acciones por propia iniciativa. [Hacia] 1780 parecía como si las masas hubiesen tomado a su cargo las funciones del gobierno estatal», Word, Gordon. *William and Mary Quarterly*. XXIII. 4 (octubre de 1966): 640.

de metálico. Este tipo de emisiones, muy propias de aquellos años revolucionarios, prometían una solución rápida al problema del endeudamiento generalizado y, sobre todo, el fin de los dramáticos enjuiciamientos.

Sin embargo, como era de prever, los acreedores se resistieron ante nuevas emisiones de papel, por lo cual las deudas y los consiguientes juicios siguieron en aumento. Fue esa actitud de los acreedores en general, y de los legisladores estatales en particular, la que determinó el estallido de la crisis: cansados de protestar sin respuesta frente a las legislaturas, los deudores procedieron a rebelarse frente a los jueces.

Siguiendo una práctica en la que se habían iniciado en los tiempos de la Revolución, los deudores comenzaron a obstaculizar la reunión de las Cortes de justicia, obligando a los jueces a suspender sus convocatorias. Este *movimiento antijudicial* se propagó de inmediato por los distintos Estados, ya que eran numerosos los deudores en idéntica situación. Samuel Ely encabezó uno de estos levantamientos en Northampton. Otro líder campesino, L. Day, continuó el ejemplo del anterior reuniendo un ejército de 1 500 personas. Otros intentos similares se produjeron, más tarde, en Taunton, Concord y Great Barrington. De todos modos, ninguna de estas rebeliones antijudiciajes tuvo tanta trascendencia como la organizada por Daniel Shays, en Springfield.[14] Esta rebelión (que no era la primera encabezada por Shays) provocó una particular conmoción, dado que en Springfield se encontraba el principal arsenal norteamericano. La situación llevó a que se convocasen las tropas nacionales que, encabezadas por el general B. Lincoln, pudieron dispersar sin mayores problemas a los rebeldes.[15]

14 Véase, por ejemplo, Mros, Richard. «Shays' Rebellion in Taunton», y Szatmar, David. «Shays' Rebellion in Springfield», incluidos ambos en Kaufman, Martin, ed. *Shays' Rebellion: Selected Essays*. Westfield State College, 1987. Según el general Knox, en sus reclamaciones pro deudores. Shays expresaba la convicción de que «la propiedad en Estados Unidos [había sido] protegida contra las confiscaciones británicas con esfuerzo de todos, y que por lo tanto, ahora, la propiedad [debía] ser compartida por todos». Véase Callahan, North y Henry Knox. *Genrela Washington's General.* Nueva York, 1858; Sparks, J., ed. *Correspondence of the American Revolution*. Boston, 1853; Young, Alfred. *The Democratic Republicans of New York. The Origins.* The U. of N. Carolina Press, 1967, cap. 3.

15 Véase, por ejemplo, Walker, Francis. *The Making of a Nation 1783-1817*. Nueva York, 1912 cap. 1; Morgan, Edmund. *The Birth of the Republic. 1763-1789.* The U. of Chicago Press, 1977, cap. 9.

Nacimiento del temor al despotismo legislativo

Como hemos dicho anteriormente, los enfrentamientos que Shays llevó a su punto más álgido pudieron ser prontamente dispersados. Sin embargo, las consecuencias de los mismos pervivieron durante años. La primera y más importante de dichas consecuencias tuvo que ver con la actitud de muchas legislaturas locales, que vieron la necesidad de satisfacer de algún modo a la clase deudora, a fin de evitar nuevos levantamientos populares. En cualquier comarca podían ocurrir cosas como las de Springfield. De ahí que, rectificando iniciales tendencias, una tras otra las distintas legislaturas estatales comenzaron a emitir papel moneda, respondiendo así a la principal demanda de los deudores.

El primer estado en llevar adelante estas nuevas emisiones fue Pennsylvania, al que le siguieron Carolina del Sur, Nueva York, Carolina del Norte, Georgia, Nueva Jersey y Rhode Island.[16] En este sentido, el caso más destacado fue el de Rhode Island, donde el amplio grupo de los deudores llegó directamente a controlar el gobierno del Estado. En efecto, en 1786 los deudores eligieron a Jonathan Hazard (quien actuaba como su principal portavoz) como gobernador de Rhode Island. Su programa de gobierno consistía casi íntegramente en medidas tendentes a aliviar los problemas de la deuda, que comenzaron a ser aplicadas tan pronto como Hazard accedió al poder. En Rhode Island, no solo se emitió moneda, sino que se dispusieron multas para aquellos que se negasen a aceptar dicho circulante. Más aún, se estableció que los jueces debían convocar públicamente a los acreedores que se negasen a recibir la nueva moneda, y dar las obligaciones por canceladas, en caso de que aquellos persistiesen en su negativa.

Medidas como las citadas sorprendieron a buena parte de los políticos, mercaderes y grandes propietarios norteamericanos, acostumbrados a tratar con legislaturas relativamente pasivas y disciplinadas. Por primera vez se percibía una grave fisura en el esquema de gobierno vigente a nivel

16 Véase, por ejemplo, Hoffman, R. *et al.,* eds. *The Economy of Early America. The Revolutionary Period, 1763-1790*. U.P. of Virginia, 1988. Sobre la emisión de papel moneda en Maryland, North Carolina y Virginia véase, por ejemplo, *Chesapeake Politics, 1781-1800.* Columbia U.P., 1978, cap. 4.

local. Esta sorpresa sería la base de futuros y definitivos avances contra el poder de dichas legislaturas estatales.

El paso hacia una visión contramayoritaria de la política: reacción contra las asambleas legislativas

Para la tradicional clase dirigente norteamericana, situaciones como las descritas constituyeron una afrenta inaceptable, posiblemente peor que la representada por los mismos levantamientos armados a los que hice referencia. Sucedía que, en ese caso, los deudores conseguían sus objetivos avalados por medios legítimos: ahora era la Legislatura la que suscribía tales reclamaciones.

La opinión de los historiadores sobre este tema parece ser unánime. Conforme a G. Wood, la preocupación mayor provenía de que «era la fuerza de la misma ley de los estados, y no la anarquía o la ausencia de leyes, lo que estaba afectando a las nuevas repúblicas».[17] Por su parte, M. Jensen sostuvo que «el éxito del movimiento [en pro del papel moneda] en la mayoría de los estados, y su amenaza latente en otros, creó mucho más temor, en los sectores conservadores, que cualquier otro hecho ocurrido en el tiempo de la Confederación».[18] Según S. Patterson, a mediados de la década 1780-1790 había una total conexión entre la voluntad de las asambleas populares y los votos de las asambleas legislativas, lo cual constituía una temible novedad para la clase dirigente de entonces.[19]

17 Estas afirmaciones pertenecen a Gordon Word, el más notable de los historiadores que investigaron ese período. Véase *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. Nueva York, 1969, pp. 405-406. Según él, «la voluntad de la ciudadanía, tal como era expresada en las legislaturas por los representantes del pueblo, y que había sido objeto de tanta confianza a través del período colonial, repentinamente comenzaba a aparecer como caprichosa y arbitraria». Para una excelente discusión de las tesis de Word, véase «The Creation of the American Republic, 1776-1787: A Symposium of Views and Reviews», *William and Mary Quarterly*. XLIV. 3 (julio de 1987).

18 Jensen, Merrill. *The New Nation. A History of the United States During the Confederation 1781-1789*. Nueva York, A. Knopf, 1967, p. 313.

19 Patterson, S. «The Roots of Massachussets Federalism», en Hoffman, R. y P. J. Albert, eds. *Sovereign Status in an Age of Uncertainty*. U.S. Capitol Historical Society, University Press of Virginia, 1981, pp. 49-50.

Viendo lo que ocurría a nivel estatal con las diversas legislaturas, el notable político Alexander Hamilton denunció la «usurpación» del poder de la Legislatura, y previno a sus pares ante la posibilidad de ver a los representantes populares constituidos en «dictadores perpetuos».[20] En sentido similar, aseguró estar siendo testigo del «despotismo de la Legislatura».[21] lo cual le confirmaba que «no había tiranía más opresiva» que aquella emanada de «una mayoría victoriosa».[22] George Washington, por su parte, percibió «prejuicios» en las mencionadas actitudes de la Legislatura, así como «unos celos irracionales e intereses locales».[23] En una significativa declaración, Theodore Sidgwick (uno de los intelectuales más importantes del conservadurismo en dicho período) afirmó que «el partido que ahora controla ambas Cámaras de la legislatura, dominado por un frenético espíritu republicano, está intentando alcanzar, a través de la legislación, los mismos objetivos que el pasado invierno procuraba alcanzar por las armas».[24] Las legislaturas fueron entonces asociadas a «un decaimiento general, y pérdidas en las virtudes sociales»,[25] y su poder democrático juzgado como un «instrumento de tiranía y opresión».[26]

20 Hamilton, Alexander. «Second Letter from Phocion», abril de 1784, incluida en *The Papers of Alexander Hamilton.* Columbia U.P., 1962, III: 551. Haciendo referencia al gobierno entonces presente en Nueva York, afirmó que «la verdad es que, actualmente, el estado se encuentra gobernado por un par de aventureros de Nueva Inglaterra [que están tratando] de subvertir la Constitución y destruir los derechos de la propiedad privada; y, si no fuera por los esfuerzos del Consejo de Revisión, tales actos habrían alcanzado sus más serios efectos». Véase «Hamilton to Robert Livingston», 25 de abril de 1785, en *The Papers of Alexander Hamilton*, III: 609.

21 «Hamilton to Livingston», 25 de abril de 1785, en *The Papers of Alexander Hamilton*, III: 605.

22 Véase esta opinión en Miller, John. «Hamilton: Democracy and Monarchy», en Cooke, Jacob, ed. *Alexander Hamilton. A Profile.* Nueva York, 1967, p. 158.

23 «George Washington to J. Madison», 5 de noviembre de 1786, *The Papers of James Madison.* Rutland, Robert y W. Rachal. eds. U. of Chicago Press, 1975, 9: 161-162.

24 Sobre esta opinión, y otros ejemplos igualmente ilustrativos del pensamiento conservador de la época, véase el interesante artículo de East, Robert. «The Massachusetts Conservatives in the Critical Period», p. 378, incluido en Morris, Richard, ed. *The Era of the American Republic.* Columbia U.P. 1971.

25 *New Jersey Gazette*, 17 de marzo de 1779.

26 Véase Polishook, Irwin. *1774-1795 Rhode Island and the Union.* Evanston, Northwestern U.P., 1969, p. 132.

2. La filosofía dominante en los orígenes del sistema representativo

Hacia una teoría del comportamiento mayoritario

Las reacciones expresadas por la clase dirigente norteamericana frente a la particular coyuntura de 1780-1786 fueron traduciéndose poco a poco en una concepción más definida y articulada acerca de cómo funcionaba y cómo debía funcionar la política. Esta concepción combinó observaciones de sentido común con principios más filosóficos, que resultaron ser compartidos, a grandes rasgos, por la generalidad de los dirigentes norteamericanos (lo cual resulta especialmente relevante, dado que se trataba de un momento en el que dicha clase dirigente comenzaba a pensar en cómo organizar la sociedad con miras al futuro).

El razonamiento más habitual, entre la clase dirigente entonces en el poder, partió de premisas descriptivas para concluir en estrictas afirmaciones normativas. Así, en general, se partió de la idea de que las asambleas legislativas habían actuado con inaceptable imprudencia, y se llegó a sostener que las mismas habitualmente actuaban así, y que por ello debían ser limitadas. Para llegar a esta conclusión, se tomaron en cuenta también consideraciones como las siguientes:

A) La convicción de que en política existían pocos «principios verdaderos», que no podían ser percibidos por la «ciudadanía común».
En materia de «verdades políticas», los dirigentes norteamericanos siguieron el pensamiento elaborado por Locke respecto de las «verdades primarias». En este sentido, Locke afirmaba que existían algunas «verdades primarias» en torno a los derechos naturales, y que tales verdades, aunque «autoevidentes», no podían ser igualmente percibidas por todos. Para Locke, la mayoría del pueblo se encontraba incapacitada para detectar tales principios autoevidentes, debido a factores de muy diverso tipo (que iban desde la carencia de tiempo para reflexionar, hasta la falta de capacidad de razonamiento).[27] Del mismo modo, los dirigentes norteamericanos

27 Analizando a Locke y su influencia en el pensamiento de la clase dirigente norteamericana, véase White, Morton. *Philosophy, The Federalist, and the Constitution.* Oxford U.P., 1987.

sostuvieron que en política también existían ciertas verdades, vinculadas con los «reales intereses de la nación», que no podían ser conocidas por todos.

En el texto político más importante de los escritos en aquellos años, *El Federalista*, Hamilton expuso dicha concepción «lockeana» al menos dos veces. Así, en *El Federalista,* n.° 17, Hamilton recurrió a la idea de los principios autoevidentes para referirse a los beneficios que podían derivarse del adoptar un gobierno nacional. Mientras tanto, en *El Federalista,* n.° 31 se refirió a tales principios para defender la necesidad de un poder nacional capaz de establecer impuestos. Estas afirmaciones se complementaron siempre con la idea de que un individuo cualquiera no podía llegar a comprender aquellas verdades primarias. Más aún, la idea era que la mayoría de la población encontraba dificultades para apreciar los reales intereses del país. Así, siguiendo al pie de la letra el razonamiento de Locke, Hamilton sostuvo que «en las disertaciones de cualquier índole hay ciertas verdades primarias, o primeros principios, sobre los cuales se apoyan todos los razonamientos que han de seguir. Estos principios contienen una evidencia interna, que es anterior a toda reflexión o razonamiento, y que se impone al asentimiento de nuestro entendimiento. Donde no se produce ese efecto es porque existe algún desorden o defecto de los órganos perceptivos, o la influencia de algún interés, pasión o prejuicio».[28]

B) La convicción de que las mayorías tendían a actuar irracionalmente. La clase dirigente norteamericana, paulatinamente, comenzó a elaborar razones más profundas en apoyo de sus críticas hacia las asambleas populares. La idea ya no era que las emisiones de papel moneda habían sido medidas erróneas, sino, más precisamente, que las mayorías *tendían* a actuar incorrectamente y a dejarse guiar por las pasiones en vez de por la razón. En el pensamiento de Hamilton se encuentran las bases de estos criterios. Antes que nada, se afirmaba la existencia de una propensión estructural, en toda organización colectiva, hacia la irracionalidad. Ello debido a las múltiples «opiniones, sentimientos e intereses que la

28 *El Federalista*, n.° 31. México, Fondo de Cultura Económica, 1957. También, véase White, Morton. *The Philosophy of the American Revolution*. p. 217. Madison estaba guiado por criterios similares, asumiendo que cierto tipo de leyes (van dictadas por las defectuosas asambleas estatales) eran «contrarias a los primeros principios del contrato social, y todo principio adecuado de legislación» (*El Federalista*, n.° 44).

perturban y desvían» (*El Federalista*, n.° 76). Esto es, la presencia de un mayor número de participantes, en una discusión, era asumida como un factor de empobrecimiento (y no, como bien podría pensarse, de enriquecimiento) de tales debates. Madison, tal vez el teórico político más importante de la época, propuso una formulación más poderosa de aquella misma regla. Para él, «cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón. Luego, cuanto mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades».[29]

Los argumentos que vinieron a apoyar tales puntos de vista fueron variados. Así, se sostuvo que las mayorías tenían una propensión a dejarse seducir por «demagogos» y «politiqueros». Se adujo también que las grandes asambleas tendían a concentrar su atención en ventajas inmediatas y de corto plazo. Y, sobre todo, se sostuvo que las mayorías de cada Estado se dejaban llevar por intereses locales y parciales, que poco tenían en común con los grandes intereses de la nación (que eran los que, en definitiva, debían ser resguardados), que solo algunos individuos especialmente virtuosos podían conocer y proteger adecuadamente.[30] Este tipo de

29 *El Federalista*, n.° 58. Del mismo modo, en *El Federalista,* n.° 55 señaló que «en toda asamblea numerosa, cualquiera que sea el carácter de quienes la integren, la pasión jamás deja de dañar el cetro de la razón».

30 Las declaraciones de este tipo en la clase dirigente norteamericana son interminables, sobre todo dentro del contexto de la Convención Constituyente. Se habló entonces de lo indeseable de las «partes democráticas de las Constituciones» (Randolph, en Farrand, I: 27; de la «irresistible» tendencia autoritaria de la Cámara Baja» (*El Federalista,* n.° 71); de la «insensibilidad de carácter producida por los grandes números» (Ghorum, en Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 2: 42); la tendencia a la «precipitación, maleabilidad, y excesos» de la Cámara Baja (Governour Morris, en Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1: 512); y, al mismo tiempo, de «la firmeza e independencia» que iban a caracterizar al Senado y al Ejecutivo; del hecho que «una sola persona» (el presidente) evitaría las animosidades propias de la legislatura (Wilson, en Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1: 119); o que «si se [nombraba] a un solo hombre, éste se[ría] responsable del conjunto, e imparcial frente a los intereses de todos» (Rutler, en Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1: 88); que «un solo hombre podía poseer más virtud o sabiduría, que un grupo de hombres» (*El Federalista*, n.° 73); de la «sabiduría y sistemacidad» que iban a caracterizar a los miembros del Senado (Rufus Kig, en Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 2: 6 y 7); del deber de tales representantes de «iluminar» a los diputados (*ibíd.*), etc. Múltiples ejemplos en esta dirección pueden encontrarse en Gargarella, Roberto. *Representation and Irrationality. The Philosophical Foundations of the Representative System*. Universidad de Chicago, 1993.

argumentos adquirirían un papel extraordinario, poco después, durante los debates constituyentes en los que se discutió cómo reorganizar institucionalmente el país.[31]

La teoría sobre el comportamiento de las mayorías legislativas: Madison y su concepción de las facciones

Hasta aquí, solo he presentado esbozos de lo que luego resultaría una teoría completa sobre el modo como suelen actuar las mayorías en política. Y fue James Madison, mediante una larga serie de artículos y discursos, quien se encargó de dar forma precisa a dicha teoría. En efecto, Madison articuló intuiciones, argumentos y prejuicios como los antes mencionados con tal maestría que los posteriores debates constituyentes debieron pronunciarse o a favor o en contra de las ideas madisonianas. Nadie pudo desconocer la fuerza que arrastraban dichas ideas.

Si bien Madison siempre habló de la tendencia de «la mayoría de cada comunidad» a «despojar y esclavizar a la minoría de los individuos», y criticó, como a ninguna otra, la sugerencia de tomar el «interés de la mayoría como el estándar político de lo que está bien y mal»,[32] su obsesión principal estuvo vinculada, en todos los casos, con los más específicos peligros presentados por las mayorías legislativas en los distintos estados de la Confederación. Madison había comenzado a teorizar acerca de las legislaturas estatales a comienzos de la década de 1780-1790. Sus primeras reflexiones mostraron preocupación por el hecho de que la legislatura «no deja pasar una sola sesión sin instancias de repentinas resoluciones [...] de las que luego se arrepienten a tiempo, para interceder por la

31 Así, por ejemplo, el convencional Ghorum, de Rhode Island, haría referencia a «la insensibilidad de carácter producida por los grandes números, que se demuestra en medidas deshonrosas», y a la falta de «responsabilidad» y a la «intriga» que solían caracterizar a los cuerpos públicos. Véase Farrand, Max, ed. *The Records of the Federal Convention of 1787.* New Haven, Conn., Yale U.P., 1937, 1: 299. Ferry, en la misma convención, sostendría que las asambleas tendían a comportarse de un modo «uniformado», y a dejarse llevar, de manera equivocada, «por los designios de unos pocos hombres» (Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 2: 57).

32 Carta de Madison a James Monroe, del 5 de octubre de 1786. Véase en *The Papers of Alexander Hamilton*, 9: 140-142.

negativa del Senado».[33] Por dichas razones, se mostraba menos inquieto por levantamientos como los de Shays, que por la posibilidad de que los rebeldes «[promuevan] sus iniciativas bajo el auspicio de formas constitucionales».[34]

En su principal trabajo teórico previo a la inminente convención constitucional (llamado «Vicios del Sistema Político») Madison concentró su atención en la «mutabilidad», «multiplicidad», e «injusticia» de las leyes. Estas tres características representaban, en su opinión, los rasgos más habituales y objetables del sistema político. Según él, actos que los individuos aisladamente se negarían a ejecutar por cuenta propia, aparecían con frecuencia cuando estos se reunían en ámbitos como el de las asambleas legislativas.[35] Para describir este tipo de actitudes de las mayorías, entonces Madison comenzó a hablar de «comportamientos facciosos».[36]

Ya dentro de la Convención Constituyente, y como delegado de Virginia, Madison se animó a delinear una concepción más afinada al respecto. Sostuvo entonces que cuando los individuos se encuentran motivados por impulsos comunes, y encuentran la ocasión de perseguir esos impulsos, actúan —ineludiblemente— en consecuencia. En sus palabras: «cuando una mayoría se encuentra unida por un sentimiento común y tiene la oportunidad, los derechos de la parte minoritaria pasan a estar inseguros».[37]

La articulación definitiva de todas estas ideas aparecería, por fin, en *El Federalista,* n.° 10, seguramente uno de los textos más importantes e

33 Carta de Madison a Caleb Wallace, del 23 de agosto de 1785, *ibíd.*, vol. 8. pp. 350-357.

34 Carta de Madison a Thomas Jefferson, del 23 de abril de 1787, *ibíd.*, vol. 9, pp. 399-401.

35 «Vices of the Political Svstem of the United States». 7 de abril de 1787, *ibíd.*, vol. 9, pp. 345-358.

36 En tal sentido, Madison sostuvo que en la actividad propia de los Estados percibía un espíritu de «facción y opresión», capaz de atentar contra la «libertad republicana», véase Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1: 135-136.

37 *Ibíd.*, vol., pp. 135-136. En idéntico sentido, hablando de las tendencias facciosas de las mayorías, frente a intereses o pasiones comunes, en una carta a Jefferson, del 24 de octubre de 1787, *The Papers...*, *op. cit.*, vol. 10, pp. 205-220. Por entonces era común que hablase de los «impulsos súbitos» de las mayorías, que los llevaban a «cometer injusticias sobre la minoría» (*ibíd.*, 1: 421-423). Por ello, su preocupación creciente en «moderar la furia» de aquellas (carta de Madison a George Washington, del 24 de diciembre de 1786, *The Papers of Alexander Hamilton*, 9: 224-225). En carta a Patrick Henry, también afirmó que la «turbulencia, violencia y abuso de poder por la mayoría, al invadir los derechos de la minoría, han producido facciones y conmociones, que, en las repúblicas, han sido causa de despotismo, más que cualquier otra causa» («General Defense of the Constitution», 6 de junio de 1788, *ibíd.*, 11: 79).

influyentes escritos en toda la historia de la ciencia política. En dicha ocasión, Madison dejó en claro al menos dos cosas: primero, que el nuevo orden institucional debía estar fundamentalmente orientado a impedir los actos de las facciones; segundo, que los comportamientos facciosos representaban tendencias más bien propias e inevitables de las asambleas legislativas.

Para verificar de qué modo esta noción de «facciones» era identificada con la idea de las «mayorías legislativas», basta solo con leer atentamente *El Federalista,* n.° 10. Antes que nada, allí se define la idea de facciones como un «cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto». Sin embargo, aunque aparentemente el riesgo de comportamientos facciosos podía provenir (teóricamente) tanto de los actos de las mayorías como de los de las minorías, lo cierto es que Madison nunca tomó seriamente en cuenta la posibilidad de opresión por parte de la minoría. Como afirmara Robert Dahl, «ni en la Convención Constituyente, ni en los papeles de *El Federalista*, se demuestra mayor ansiedad acerca de los peligros que puedan provenir de la tiranía de la minoría; en cambio, el riesgo de una tiranía de las mayorías aparece como fuente de agudo temor».[38] En efecto, en el mismo *Federalista*, n.° 10, e inmediatamente después de haber enunciado su definición de facciones, Madison afirma que hay pocas razones para preocuparse de una posible tiranía de las minorías. De hecho —sostuvo—, «si una minoría consiste en menos que la mayoría, los mismos principios republicanos otorgan la solución, ya que la mayoría está capacitada para derrotar estas visiones siniestras a través del voto.»[39]

38 Dahl, Robert. *A Preface to Democratic Theory.* The U. of Chicago, 1956, p. 9.

39 *El Federalista,* n.° 10 también nos permite verificar el grado de regularidad («inevitabilidad») que Madison atribuyó a las acciones «facciosas» de las mayorías. Su criterio fue, según anticipamos, el de que ciertos impulsos del hombre resultaban irrefrenables, dadas ciertas circunstancias. En este sentido, y conforme a su opinión, era inevitable que los hombres tuvieran diferentes opiniones, que se enfrentasen a partir de los impulsos de sus pasiones, y, sobre todo, que se enemistasen entre sí a partir de diferencias de intereses (particularmente, a partir de la diferencia de intereses en cuanto a la posesión de propiedad). «La conclusión a la que debemos llegar —dijo entonces— es que las causas del espíritu de facción no pueden suprimirse.» De ahí que debiera diseñarse un sistema político capaz de contener (ya no las causas sino) los efectos del modo de obrar de las facciones.

A partir de observaciones teóricas como las mencionadas, Madison se concentró en proponer remedios institucionales para «afrontar» el principal «peligro» que, desde su óptica, distinguía a dicho período: el peligro de las facciones, o lo que es lo mismo, el de asambleas legislativas carentes de controles adecuados. Para estos fines, según veremos la organización judicial vendría a jugar un papel predominante.

Una definición restringida de la idea de minorías

De acuerdo con lo visto hasta aquí, en los albores de la organización del poder judicial existió un presupuesto acerca del actuar desmesurado e imprudente de las mayorías. La idea implícita de este supuesto era la de que existían «minorías» que debían ser especialmente protegidas. Esta idea (la de proteger a las minorías) nos resulta aún hoy intuitivamente aceptable. Sin embargo, antes de otorgarle nuestra aprobación convendrá aclarar qué se pretendía decir en aquella época cuando se hablaba de la idea de minorías.

En la actualidad, cuando hablamos de minorías solemos oscilar entre una variedad de nociones diferentes. Por ejemplo, podemos estar haciendo alusión, simplemente, a aquellos grupos que carecen de poder efectivo y que no pueden, por tanto, ejercer una adecuada defensa de sus intereses (en este caso, podríamos incluir al grupo de las «mujeres» como «minoría», aun cuando estas formen un grupo numéricamente mayoritario dentro de la sociedad). Otras definiciones, sin embargo, nos acercan a una idea más estrecha de las minorías. Así, cuando tomamos el factor numérico como decisivo y hablamos de grupos de homosexuales, o de inmigrantes, o de miembros de una religión con pocos adeptos. En todos los casos mencionados, al menos, existe una coincidencia básica: cualquiera que sea la definición en cuestión, cada una es susceptible de incluir una diversidad de grupos posibles. En la primera de las definiciones mencionadas se hace referencia a cualquier grupo con escaso poder. En la segunda, se habla de cualquier grupo minoritario en número. Sin embargo, ninguna de estas fue la posición predominante en las discusiones constituyentes norteamericanas, en el siglo XVIII. Allí, cuando se hablaba de «minorías» se estaba haciendo referencia a uno, y solo a uno, de los

posibles grupos minoritarios de la sociedad: el grupo de los «acreedores», o grandes propietarios. Claramente, además, no se estaba hablando de un grupo sin «poder» efectivo, sino del núcleo de los más favorecidos de la sociedad.

Conforme a esta definición, las minorías constituían un grupo minoritario en cuanto a su número, pero dominante en cuanto a su poder. Nada puede ser más ilustrativo de este notable acercamiento al término que los mismos textos históricos. Allí vemos cómo se equipara directamente la idea de minoría a la idea de *the few*, «los pocos», «los que tienen el poder». Hamilton, clásicamente, utilizó la idea de minoría como sinónimo de la de los «ricos y bien nacidos».[40] Madison hizo explícita esta analogía, sosteniendo, por ejemplo, que el Senado debía estar determinado a proteger a «la minoría de los opulentos frente a la mayoría».[41] Estas opiniones no representan citas aisladas, sino que se repiten frecuentemente en diferentes textos de la época. Robert Dahl, por ejemplo, en su excelente análisis de la «democracia madisoniana», sostuvo que «la forma de argumentar madisoniana suministró una satisfactoria y persuasiva ideología, destinada a proteger a las minorías con riqueza, estatus y poder, que desconfiaban de sus más encarnizados enemigos —los artesanos y granjeros inferiores en riqueza, estatus y poder— que —según ellos— constituían las mayorías populares».[42]

Como conclusión, entonces, puede señalarse que la Constitución norteamericana no solo resultó sesgada ideológicamente en contra de las mayorías, sino que, además, dicho sesgo tuvo como objetivo la particular protección de un cierto grupo minoritario: el grupo de los socialmente más aventajados.

Hacia el establecimiento de un «sistema de frenos y contrapesos»

De lo afirmado hasta aquí, sin embargo, no se deriva que la Constitución norteamericana haya tenido por objeto consagrar institucionalmente

40 Así, por ejemplo, en sus intervenciones en la Convención Federal (véase Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1: 299).

41 *Ibíd.*, vol. 1, p. 431.

42 Véase Dahl, Robert. *A Preface to Democratic Theory*, p. 31.

—digamos— la «dictadura» de una minoría de individuos socialmente privilegiados (aunque sí es cierto que muchos de los convencionales constituyentes abogaron explícitamente por un ordenamiento aristocrático).

Más bien, los principios políticos dominantes en la época fueron los siguientes: *a)* evitar las tendencias facciosas de las mayorías; *b)* posibilitar que tanto el sector mayoritario de la sociedad, como el sector de los socialmente más aventajados, tuvieran igual capacidad de influencia dentro del sistema político. Así pues, la idea de que la sociedad está fragmentada en dos grupos igualmente merecedores de protección institucional resulta un presupuesto esencial de esta concepción.

Confirmando lo dicho, y de acuerdo con la opinión de Madison, la sociedad estaba dividida en diferentes grupos, siendo la más importante de estas divisiones la que existía entre los ricos y los pobres. La más clara presentación que Madison hizo de este tema fue en la Convención Federal, al afirmar que «en todos los países civilizados la gente se divide en diferentes clases [...]. Habrá así [divisiones entre] acreedores y deudores, granjeros, mercaderes y fabricantes. Pero particularmente existirá una división entre ricos y pobres».[43] En *El Federalista*, n.º 10, clásicamente, Madison enfatizó en la idea de que, entre todas las divisiones de intereses, ninguna era más importante que la que separaba «a aquellos que tienen, y aquellos que no tienen propiedad [...]. Aquellos que son acreedores, y aquellos que son deudores». De modo similar, Madison se refirió a estas distinciones en su fundamental escrito «Vicios del sistema político», así como en otros importantes discursos presentados en la Convención Federal,[44] y en la correspondencia que sostuvo durante todo el período constituyente.[45]

De todos modos —y según quedó claro, al menos, desde la Convención Constituyente—, todos los principales dirigentes políticos de la época parecían compartir criterios similares a los de Madison. De acuerdo con Alexander Hamilton, por ejemplo, «en cada comunidad [...]

43 Madison, 26 de junio de 1787 (Farrand, M. *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1: 422-423).

44 Por ejemplo, véanse sus discursos del 4 y 6 de junio de 1787.

45 Así, por ejemplo, en «Madison to Thomas Jefferson», 24 de octubre de 1787, *The Papers of Alexander Hamilton*, 10: 213; y «Madison to Thomas Jefferson», 15 de octubre de 1788, *ibíd.*, 11: 287.

habrá una división entre una minoría y una mayoría ["the few & the many"]. Por tanto, existirán intereses contrapuestos. Habrá deudores y acreedores...». Pero Hamilton aclaraba algo más —que el resto de la clase dirigente inmediatamente compartió—: cada una de esas dos partes fundamentales debía contar con igual poder de influencia política. Así —sostuvo— «[d]enle todo el poder a la mayoría ["the many"], y ellas oprimirán a las minorías ["the few"]. Denle todo el poder a las minorías ["the few"], y ellas oprimirán a las mayorías ["the many"]. Ambas partes, entonces, deben contar con el suficiente poder, que les permita a cada una defenderse contra la otra».[46] Nuevamente, sin embargo, sería Madison el principal promotor de este punto de vista, según el cual cada una «porción igual» de poder político, para evitar así el riesgo de «opresiones mutuas». Madison defendió esta idea mediante el principio de que «los derechos de las personas, y los derechos de la propiedad, deben ser reconciliados [en el sistema político]».[47]

Racionalidad del sistema de «frenos y contrapesos»

El medio que se encontró más apropiado para obtener los objetivos antes descritos —básicamente, el de asegurar que los dos sectores más importantes de la sociedad cuenten con igual poder político— lo constituyó el denominado sistema de «frenos y contrapesos». Este sistema, principalmente, estuvo orientado a establecer diferentes áreas de poder, parcialmente separadas entre sí y capaces de controlarse entre ellas. La forma de alcanzar este último objetivo consistió en proveer a cada una de las áreas en cuestión (el Ejecutivo, el Judicial, las dos cámaras legislativas) de medios capaces de restringir los posibles excesos de las otras.

Así, entonces, se explican el veto presidencial; la capacidad de cada Cámara para vetar las decisiones de la otra y para sobrepasar (con un esfuerzo mayor) el veto del ejecutivo, o (según veremos) el control judicial de las leyes (consagrado definitivamente en forma posterior a la sanción de la Constitución).

46 Farrand, M. *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1: 288.

47 Véanse, por ejemplo, «Madison to Caleb Wallace», 23 de agosto de 1785, *The Papers of Alexander Hamilton*, 8: 350-357; y «Observations on the Draught tor Virginia», *ibíd.*, 11: 285-293.

Sin embargo, aún resta saber cuál era la conexión entre *a)* el hecho de contar con este sistema destinado a asegurar el mutuo control entre las áreas de poder, y *b)* la finalidad, antes enunciada, de asegurar que ninguna de «las dos partes más importantes» de la sociedad pueda oprimir a la otra. Para los convencionales constituyentes la conexión entre estas cuestiones era obvia: el sistema institucional, en sus distintas áreas, tendría representadas, separadamente, las principales partes de la sociedad. De ahí que, si esas diferentes áreas del poder lograban equilibrarse entre sí, luego, y como consecuencia de ello, la sociedad resultaría también equilibrada y los eventuales conflictos sociales institucionalmente contenidos.[48]

Llegados a este punto, la pregunta que queda pendiente para llegar a comprender la lógica del sistema creado es la siguiente: ¿Es posible (era concebible, al menos) garantizar que cada rama de poder, efectivamente, representase a una parte diferente de la sociedad? Es decir, ¿cómo incorporar dentro de una rama concreta del gobierno a un cierto sector social, y dentro de otra al sector social opuesto? Nuevamente, estamos frente a una pregunta que en el siglo XVIII pareció encontrar una respuesta sencilla. En primer lugar, y de acuerdo con lo que hemos visto aquí, parecía claro que la Cámara de diputados aseguraba la presencia de la «ciudadanía común» en el Gobierno. De hecho, la esencia de los conflictos institucionales que los «padres fundadores» procuraban combatir tenía su núcleo en dicha presunción: la Legislatura incorporaba a «la mayoría» de la población, a los deudores, a aquellos sin propiedad o con propiedades pequeñas, y por ello tendía a tomar decisiones «apasionadas», favorables a los sectores desposeídos. Este fenómeno —siempre amenazante (al menos, desde la independencia norteamericana)—, hacia 1785 se había convertido a los ojos de la clase dirigente en una trágica realidad.

Ahora bien, aunque esta vinculación entre las «mayorías» y la Cámara de diputados fuera clara, ¿qué ocurría respecto de la «minoría» de la sociedad? En este caso, también, la clase dirigente política asumía que existían medios institucionales capaces de asegurar la presencia de dicha «minoría»

48 Resulta notable comprobar el fuerte ascendiente que las (entonces tan discutidas) «constituciones mixtas inglesas» ejercieron en el diseño del sistema de frenos y contrapesos. Sobre todo, en la idea básica de que los sectores más influyentes de la sociedad debían tener «voz» propia dentro del sistema político.

en el Gobierno. Dos instrumentos, al menos, parecían mágicamente capacitados para el logro de tal objetivo: las elecciones indirectas y los distritos electorales extensos. En efecto, así como se entendía que a través de las elecciones directas la ciudadanía tendía a dejarse arrastrar por las voces de demagogos y líderes populistas, se presumía que los líderes electos, reunidos en cuerpos pequeños y aislados, quedaban liberados de tales nocivas influencias. Por otro lado, se asumía que los distritos extensos iban a impedir la aparición de políticos excesivamente dependientes de sus electores (y, por lo tanto, se iba a prevenir la actuación de políticos excesivamente apegados a intereses muy localistas). Requisitos adicionales como los de edad avanzada, la exigencia de determinados estudios o (en los casos más extremos) cierta cantidad mínima de propiedades, acabaron asegurando (según se asumió por entonces) la representación de los «ricos y bien nacidos». Esto es, para la clase dirigente norteamericana era obvio que las dos partes más importantes de la sociedad podían estar representadas en el sistema de Gobierno; así como resultaba claro que dicha posibilidad debía tornarse real, a los fines de asegurar un sistema político eficiente, y, sobre todo, estable.

3. La consolidación del control judicial en Estados Unidos

En este apartado voy a concentrar mi atención específicamente en el poder judicial: cómo llegó a obtener la importancia que actualmente tiene y cómo fueron definiéndose sus funciones. Las secciones anteriores, según entiendo, sirven de base para comprender la tarea que hoy cumple la justicia en el control de las leyes. En ellas vimos, por un lado, las razones políticas y sociales que llevaron a prestar especial atención a la organización de la magistratura, y, por otro, el cuerpo de ideas y presupuestos filosóficos que dieron sentido a dicha tarea de organización judicial.

A) La convención constituyente

Desde el momento en que la convención constituyente comenzó a discutir qué rol otorgarle al poder judicial, los convencionales plantearon, al

menos, dos principios fundamentales. Primero, que las asambleas legislativas necesitaban urgentemente de instituciones y mecanismos que les sirvan de «freno». Segundo, que los miembros del poder judicial formaban parte de un grupo selecto y fiable, debido a una pluralidad de razones: sus estudios, el modo en que eran electos, su estabilidad, el aislamiento respecto de los procesos electorales, etc. Lo que no resultaba claro, de todos modos, era cuál iba a ser el mejor medio para establecer dichos frenos, y qué rol podían llegar a jugar los jueces en tal proceso.

Apenas comenzados los debates constituyentes, las cuestiones antes mencionadas fueron puestas bajo examen, sobre todo a partir de la discusión del «Plan de Virginia», uno de los dos planes de reforma institucional presentados en los debates. La defensa del Plan de Virginia la llevó a cabo Edmund Randolph, y uno de sus puntos centrales justamente, fue el de controlar los previsibles «excesos» del legislativo.[49] Los medios propuestos al respecto fueron dos: *a)* un consejo de revisión, que debería estar formado por miembros del poder ejecutivo y del poder judicial, y encargado de una revisión *ex ante* de las leyes,[50] y *b)* un poder judicial nacional, elegido por la legislatura. Ambas alternativas se propusieron como complementarias, pero la primera, poco a poco, fue perdiendo consenso.

La «caída» de la propuesta del Consejo de Revisión tuvo que ver con la desconfianza de muchos convencionales frente (según temían) a una posible alianza entre el poder judicial y el ejecutivo. Por ejemplo, E. Gerry, resumiendo las críticas de otros convencionales, señaló que era suficiente con que los jueces cumplieran con su misión mediante la interpretación de la ley. Frente a este tipo de observaciones, Edmund

49 Berger, Raoul. *Congress v. The Supreme Court.* Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1969, p. 50. Farrand, M. *The Records of the Federal Convention of 1787*, 1: 25.

50 El consejo iba a estar formado por el Ejecutivo y una mayoría de jueces nacionales, y tendría la misión de revisar las leyes sancionadas por la Legislatura, antes de su entrada en vigor. Dentro de sus facultades estaba la de vetar dichas leyes, en caso de que fueran contradictorias con los entonces vigentes. Artículos de confederación y unión perpetua» La Asamblea Legislativa Nacional podría, sin embargo, dejar sin efecto tal medida, aprobando nuevamente la norma vetada. La mencionada asamblea tenía asignada, también, la función de controlar las leyes sancionadas por las asambleas locales, y anularlas en caso de que fuesen incompatibles con los «Artículos». En este punto intervenía igualmente el consejo de revisión, que podía manifestarse en favor de la entrada en vigor de la ley local, salvo insistencia de la asamblea por mayoría especial.

Randolph, principal mentor del Plan de Virginia, propuso algunas correcciones a su propuesta.[51] Sin embargo, nuevamente, un alud de críticas llevaron a dejar definitivamente de lado dicha propuesta.[52]

A pesar del ir y venir registrado por la propuesta del Consejo de Revisión, los debates dejaron en claro las primeras convicciones de los constituyentes: debían limitarse los atropellos legislativos, y el poder judicial debía jugar un papel destacado en dicha tarea. Según un conocido estudio de Charles Beard, de los 55 miembros de la Convención, un tercio no tomó parte activa en los debates. Sin embargo, no menos de 25 de entre los miembros, de dicho cuerpo se manifestaron directa o indirectamente en favor del control judicial sobre la Legislatura.[53] En este sentido, por ejemplo, Madison resaltó el papel que podían cumplir los jueces, tanto como «un freno adicional contra la persecución de las medidas injustas y poco sabias [a las que era proclive el Congreso]», como para prevenir los seguros avances del legislativo respecto de los otros poderes.[54] Governour Morris se refirió a la necesidad de controlar a la Legislatura, ya que «para la libertad pública representaban un mayor riesgo las usurpaciones legislativas, que cualquier otro tipo de usurpaciones».[55] Ghorum —y también Masón— ratificaron dichos juicios afirmando que era «esperable que [el Legislativo] propusiera frecuentemente leyes injustas y

51 Ahora, los estados locales, cuando el Consejo de Revisión les vetara una ley, podrían presentarse ante la Suprema Corte Federal. Por otra parte, cualquier ciudadano podría apelar ante los jueces nacionales en caso de una ley que lo afectase, y estos podían dejarla sin aplicación si la juzgaran contraria a los principios de equidad y justicia.

52 Luther Martin argumentó que, con su presencia en el Consejo, los jueces tendrían el privilegio de un doble poder de revisión. Rutleger, de Carolina del Sur, lo acompañó, afirmando que los jueces no deberían intervenir sino en el ejercicio específico de su poder. C. Pinchney también sugirió que debía evitarse la participación de los jueces en la formación de las leyes. Madison planteó la alternativa de una revisión preventiva separada (no como en el plan de Virginia) por parte del poder ejecutivo y un colegio de jueces. El Plan de Nueva Jersey, alternativo del anterior, había incluido la obligatoriedad de los jueces locales de aplicar las leyes y los tratados nacionales, incluso aunque entraran en contradicción con las leyes estatales. Véase, por ejemplo, Gargarella, Roberto. «La voluntad de las mayorías frente al control judicial de las leyes. Los casos de la Argentina y los Estados Unidos». Tesis doctoral. Universidad de Buenos Aires, 1990.

53 Berger, Raoul. *Congress v. The Supreme Court*. p. 48; Beard, Charles. *The Supreme Court and the Constituttion.* N.J., Prentice-Hall, 1962.

54 Farrand, M. *The Records of the Federal Convention of 1787*, 2: 74.

55 *Ibíd.*, p. 76.

perniciosas», y señalando que los jueces debían cumplir una misión primordial en la prevención de tales leyes».[56]

B) Las convenciones estatales que ratificaron la Constitución

Durante las convenciones estatales se retomaron y reafirmaron opiniones como las mencionadas en la Convención Nacional y fueron luego convocadas a los efectos de ratificar la aprobación del texto constitucional esbozado. En muchos de tales debates surgió con claridad la idea de contar con el poder judicial como controlador de los previsibles excesos del legislativo. Como testimonios muy explícitos al respecto pueden destacarse los siguientes: *a)* la Convención de Pennsylvania, donde Thomas McKean (presidente de la Suprema Corte del Estado) sostuvo que la Legislatura debía ser controlada, entre otros, por los jueces, decidiendo en favor de la Constitución. McKean resultó inmediatamente respaldado por James Wilson (exparticipante de los debates constituyentes) quien, a su vez, afirmó que «el legislativo [debía] ser restringido y mantenido dentro de sus límites, a través de la interposición del departamento judicial»; *b)* la Convención de Connecticut, donde Oliver Ellsworth (también muy activo exmiembro de la Convención Constitucional) se refirió al departamento judicial como principal freno ante posibles extralimitaciones de la Legislatura; *c)* la Convención de Virginia, donde Patrick Henry elogió la capacidad judicial de oponerse a los actos inconstitucionales de la Legislatura, y John Marshall (futuro juez del caso «Marbury *v.* Madison», el más importante en la historia de la revisión judicial de las leyes) ratificó el rol de los jueces como guardianes de la Constitución, señalando que no existía, además, otro cuerpo capaz de asumir el rol de protector de la Constitución.[57]

C) El «Primer Congreso»

El Primer Congreso legislativo, reunido después del dictado de la Constitución, representó otra excelente «prueba» acerca de qué era lo que se había discutido en aquellos decisivos debates constituyentes, por

56 *Ibíd.*, pp. 78 y 79.
57 Véase, en particular, Berger, Raoul. *Congress v. The Supreme Court,* cap. 4.

ejemplo, en materia judicial. Ello debido a que (entre otras razones), en el «primer Congreso» participaron muchos exmiembros de la Convención Constituyente y de las sucesivas convenciones estatales.

Respecto de la cuestión judicial, hubo fundamentalmente dos debates que resultaron notables. El primero, referido a los alcances de los poderes ejecutivos de «remoción», y el segundo, vinculado con la «Judiciary Act» de 1789. En contra de lo que pudiera pensarse, de todos modos, fue la primera de las dos discusiones la que resultó más clarificadora en cuanto a la función de los jueces.

Entre otros testimonios, Fisher Ames sostuvo que era misión del poder judicial «decidir lo que haga a nuestras leyes; si ellos encuentran esta cláusula [sobre los alcances del poder del ejecutivo] inconstitucional, no dudarán en ponerlo de manifiesto»; John Page afirmó que los legisladores debían «dejar la Constitución a sus apropiados expositores», los jueces, y Elbridge Gerry admitió que lo que en el Congreso se dispusiese «quedar[ía] sujeto a la revisión de los jueces».[58]

D) El Federalista

De todos modos, seguramente no ha existido testimonio más conocido e influyente respecto de la justicia y los debates constituyentes que el ofrecido por *El Federalista*. Dicha obra compila una serie de artículos destinados a convencer al electorado de Nueva York acerca de la necesidad de ratificar la Constitución nacional recién redactada; las opiniones acerca de la justicia de Madison y Hamilton, sobre todo, resultaron decisivas.

Madison dejó en claro, en *El Federalista,* n.° 49, que los jueces en la nueva Constitución iban a ser «conocidos personalmente por una pequeña fracción del pueblo» (lo cual era visto como una virtud favorable al buen ejercicio de la tarea judicial); y que tanto «por la manera como son nombrados, así como por la naturaleza y duración de su destino, [los jueces se iban a encontrar] demasiado lejos del pueblo para participar de sus simpatías».

Hamilton, sin embargo, fue quien escribió las páginas más importantes sobre el punto en cuestión. En este sentido, en particular, se destaca

58 *Ibíd.*, cap. 5.

El Federalista, n.° 78 (texto sobre el que volveré más adelante), en donde Hamilton exaltó la independencia judicial como «necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo». Concibió a la magistratura como un «cuerpo intermedio» situado entre el pueblo, creador de la Constitución, y la Legislatura, responsable de la normativa más cotidiana, la obvia función de la justicia parecía ser la de «mantener a [la Legislatura] dentro de los límites asignados a su autoridad».

E) Anticipando «Marbury *v.* Madison»

Si bien las líneas de cómo iba a funcionar el poder judicial quedaron establecidas desde las mencionadas discusiones constitucionales, lo cierto es que también permanecieron muchas dudas al respecto. En particular, seguían estando borrosos los alcances del llamado «control judicial», o revisión judicial de las leyes. Sin embargo, el paso del tiempo, el dictado de nuevas leyes y la práctica judicial fueron dando respuestas a aquellas dudas iniciales. El caso que claramente definió buena parte de la historia de la revisión judicial fue el famoso «Marbury *v.* Madison». De cualquier forma, antes de revisarlo conviene recordar algunos de los pasos previos a aquella decisión.

En el nuevo Congreso Nacional, al día siguiente de la formación del primer quórum, el Senado designó una comisión para redactar una ley acerca de la Judicatura. La primera ley judicial apareció en 1789, y en ella se crearon los tribunales federales de primera instancia. De este modo, antes que nada, se evitó que los tribunales estatales quedasen a cargo de la resolución de las cuestiones federales. De la misma manera, en aquella ley se otorgó a la Suprema Corte la jurisdicción originaria en cuestiones civiles donde el Estado era parte, así como jurisdicción en lo relativo a causas que involucrasen a diplomáticos extranjeros. También se estableció la competencia de la Suprema Corte en las apelaciones a normas locales contrarias a la Constitución federal.

Dentro de esta nueva etapa de la vida institucional de Estados Unidos, uno de los primeros conflictos en donde se puso en cuestión la

constitucionalidad de las leyes fue en el caso Hajburn, de 1792. En dicho caso se discutió la validez de una ley sobre pensiones de guerra que autorizaba al secretario de Guerra a modificar las decisiones que al respecto tomasen las cortes del circuito. Sin embargo, el grave conflicto que aquí se insinuaba fue resuelto por el mismo Congreso, que decidió modificar la ley impugnada.

Entre otros casos de importancia, la justicia tuvo un pronunciamiento relevante en «Vanhorne's Lessee *v.* Dorrande»,[59] donde el juez Patterson sostuvo que «la Constitución es la suprema ley de la tierra; es soberana con respecto al poder de la Legislatura, y no puede ser revocada o alterada sino por el poder que la hizo [...] y, por consiguiente, [todos los actos de la Legislatura] deben ser conformes a ella, o serán nulos [...] es deber de la Corte conformarse a la Constitución y declarar el acto [contrario a la misma] nulo e ineficaz». De manera similar, el 8 de marzo de 1796, en el caso «Hylton *v.* Estados Unidos», la Corte estableció que era su deber decidir en contra de una ley, cada vez que esta fuese encontrada incompatible con la Constitución. El juez Chase, en dicha ocasión, pronunció su conocida sentencia según la cual solo iba a declarar la inconstitucionalidad de una ley en caso de que se tratase de un «caso muy claro». En «Ware Administrator *v.* Hylton», el juez Chase volvió a enfatizar la primacía de la Constitución respecto de la ley.

Lo cierto es que, hacia la época en que Marshall elaboró su conocida sentencia, se había extendido ya la idea de la supremacía constitucional. En este sentido, por ejemplo, legislaturas como las de Kentucky y Virginia redactaron, en 1798, sendas resoluciones manifestándose en contra de las Leyes de Extranjeros y de Sedición, y declarando la inconstitucionalidad de normas opuestas a la primera enmienda de la Constitución norteamericana. Manifestaron entonces que los estados tenían el deber de interponerse para impedir, dentro de sus respectivos límites, violaciones a los derechos y las libertades. La idea era que si un estado juzgaba inconstitucional una ley del Congreso, debía «interponerse» a ella para dejarla sin efecto. Una vez vistos estos antecedentes, vayamos ahora al conocido caso de «Marbury *v.* Madison».

59 Véase, por ejemplo, González Calderón, Juan. *Derecho constitucional argentino.* Buenos Aires, 1930, p. 434.

F) «Marbury *v.* Madison»

En 1800, y después de haberse efectuado las elecciones nacionales, John Adams se vio obligado a dejar la presidencia que hasta entonces había ocupado. Su sucesor iba a ser Thomas Jefferson, quien debía tomar el mando en marzo de 1801. Ahora bien, en esta situación, Adams se decidió a no perder, junto con la presidencia, el control de ciertas fundamentales herramientas de poder. En particular, el entonces presidente se preocupó por conservar aliados en la ya conflictiva esfera judicial. En este sentido, por ejemplo, debe entenderse la designación del entonces secretario de Estado, Marshall, como presidente de la Suprema Corte. Marshall, debe mencionarse, no era abogado ni juez, sino que era, un militar que había combatido en la Guerra de la Independencia, había seguido un breve curso de derecho y había participado, más o menos activamente, en las convenciones de ratificación de la Constitución.

Más allá de la designación de Marshall en la Corte, el 13 de febrero el Congreso aprobó la *Circuit Act*, que nominó a dieciséis nuevos jueces federales de Segunda Instancia. El 27 del mismo mes se creó un número ilimitado de nuevos cargos judiciales en el distrito de Columbia. El 3 de marzo, un día antes de la asunción de Jefferson, Adams dedicó buena parte de su tiempo a firmar designaciones judiciales. Fue tal el apresuramiento que se produjo en el gobierno saliente, en este sentido, que los nuevos magistrados fueron designados con el mote de *midnight judges*. Más aún, algunas de las designaciones no pudieron ni siquiera ser notificadas a sus titulares. El encargado de tales notificaciones fue el ahora juez Marshall.

Aprovechando la confusa situación, y una vez asumida la presidencia de la nación, Jefferson decidió no reconocer las designaciones no enviadas por la administración anterior. Marbury fue uno de los jueces de paz posteriormente no confirmados, por lo que decidió solicitar ayuda a la Corte Suprema. En este sentido, reclamó que se expidiese un *writ of mandamus* contra el nuevo secretario de Estado, Madison, ordenándole hacer efectivo su nombramiento como juez. Marbury alegó entonces la *Judiciary Act*, que he mencionado anteriormente, y que autorizaba a la Corte a dictar autos de nombramiento como el que él pretendía obtener.

La situación no se presentaba fácil para Marshall, quien, sin embargo, y como político, supo resolver la misma con elegante maestría. Antes que nada, Marshall sabía que Jefferson, recién llegado al poder y con amplio respaldo popular, iba a desobedecer sus instrucciones de nombrar juez a Marbury. De ahí que Marshall optara por rechazar la petición de *mandamus* (con lo cual se aseguraba el respaldo de Jefferson a la sentencia), pero a través de una fundamentación políticamente mucho más incisiva y conveniente: en ella iba a quedar asentado el derecho de los jueces a negar validez a las leyes nacionales que se interpretasen contrarias a la Constitución.

En uno de los párrafos más sobresalientes de la sentencia, Marshall sostuvo que «hay sólo dos alternativas—demasiado claras para ser discutidas—: o la Constitución, controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza...».[60]

60 «Marbury *v.* Madison», 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Capítulo 2

El carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones «conservadoras»

El carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones «conservadoras»

Conservadurismo y elitismo

En esta sección voy a ocuparme de lo que denominaré justificaciones «conservadoras» del control de constitucionalidad.

La tradición conservadora que aquí me interesa examinar sostenía que *para la toma de decisiones políticas correctas o imparciales no era necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por tales decisiones*. En este sentido, esta tradición tendió a vincular la idea de imparcialidad con la reflexión aislada de algún individuo, o de algún reducido número de individuos y no —como propondrían sus rivales teóricos— con algún proceso mayoritario de participación o discusión política.

A continuación, también haré referencia a una vertiente «elitista», dentro de esta tradición conservadora. La vertiente conservadora *elitista*, según voy a definirla, no solo entendió que era innecesario «consultar a todos los potencialmente afectados» —para garantizar que la decisión en juego fuera una decisión imparcial— sino que sostuvo que *solo la reflexión de algunos individuos especialmente virtuosos o ilustrados* podía garantizar las buenas decisiones buscadas.[61]

61 La tradición conservadora no elitista queda definida, entonces, por exclusión respecto de la tradición conservadora elitista. En este sentido, la tradición conservadora no elitista sostendrá que no es necesario consultar a todos los posibles afectados por una decisión para garantizar la imparcialidad de tal medida, pero rechazará la idea de que solo algunos individuos especialmente virtuosos puedan arribar a tales decisiones correctas.

John Locke, durante algún tiempo, caracterizó el pensamiento conservador elitista (sobre todo, en su «primer tratado sobre el gobierno») a través de la defensa de dos ideas centrales: primera, que existían ciertas «verdades morales» cognoscibles por la razón, y segunda, que no todos estaban capacitados para acceder a tales verdades. En el siglo XVIII, el pensamiento político inglés se distinguió por la presencia de esta línea de pensamiento. El influyente Adam Ferguson, por ejemplo, sostenía que «la esencia de la libertad política» consistía en darle «el poder a los que saben» dado que la ciudadanía común debía ser prevenida frente a «sus propias, torpezas y equivocaciones».[62] Pero, sin duda, la figura que simbolizó y defendió más insistentemente este tipo de pensamiento elitista fue el intelectual y político inglés Edmund Burke. En sus múltiples escritos, Burke procuró distinguir entre las meras «opiniones» de la gente, y sus verdaderos «intereses», para decir luego que la mayoría de los ciudadanos —guiados por opiniones precipitadas, prejuiciadas, o poco reflexivas— no alcanzaban a reconocer los mejores medios para defender sus propios intereses objetivos. La idea era que el «pueblo» tendía a guiarse por su simple voluntad, y no por la razón, por lo cual era necesario que los individuos más ilustrados de la comunidad definieran y defendieran tales «intereses» objetivos. En una metáfora muy ilustrativa de su pensamiento, Burke señaló que los ciudadanos —como pacientes que sufren alguna enfermedad— debían dar a conocer «los síntomas de sus dolencias», pero que eran otros individuos, más ilustrados —como los médicos, siguiendo con la metáfora— los que debían determinar «el lugar exacto de tales males, y los remedios que debían ser aplicados».[63]

Los criterios y las instituciones defendidas por los «padres fundadores» norteamericanos parecen insertarse, obviamente, dentro de la más clásica tradición conservadora, antes descrita. Según hemos visto, tanto en su

62 Ferguson, Adam. «Remarks on a Pamphlet Lately Published by Dr. Price», incluido en *Richard Price and the Ethical Foundations of the American Revolution.* Duke U.P., 1979, ed. por Bernard Peach, pp. 253-260.

63 Véase, por ejemplo, Freeman, Michael. *Burke and the Critique of Political Radicalism* (Oxford, Blackwell, 1980), p. 124. Véase, también, Pitkin, Hanna. *The Concept of Representation* (California, University of California Press, California, 1967). Un interesante análisis de este tipo de criterios, también, en Garzón Valdés, Ernesto. «Representación y Democracia», *Doxa* (Alicante), 6 (1989).

teoría acerca de las facciones y el comportamiento mayoritario, como en sus particulares recomendaciones institucionales, aquella impronta conservadora resultaba notoria. La idea, en todos los casos, era que la imparcialidad de una decisión no requería de la consulta previa a «todos los posibles afectados»: más aún, se sostenía que la imparcialidad podía llegar a verse perjudicada a través de la apelación a la ciudadanía, dada la tendencia de la misma a dejarse guiar por sus pasiones.

De todos modos, entiendo que en las propuestas institucionales de los «padres fundadores» pueden encontrarse, también, algunos rasgos del pensamiento elitista. En mi opinión, los creadores de la Constitución norteamericana confiaban en que algunos de los mecanismos que defendían —como, típicamente, los distritos extensos, las elecciones indirectas, las exigencias particulares de edad o determinados estudios para acceder a ciertos cargos— iban a garantizar la elección de individuos especialmente «ilustrados», que no participasen de las características más difundidas entre los «ciudadanos comunes». Respecto a esto, por ejemplo, Morton White ha hecho alusión al «elitismo epistemológico» propio de la clase dirigente norteamericana, que les llevó a pensar que la ciudadanía común no estaba capacitada para su autogobierno, y que «sólo aquellos que [podían] superar la ambición, las malas predisposiciones, los prejuicios, los intereses parciales, y los intereses inmediatos del hombre ordinario estar[ían] capacitados para ver cuáles [eran] los verdaderos intereses de la comunidad.[64] En sentido similar, Bernard Manin ha tratado de demostrar hasta qué punto era cierto, para los «federalistas» norteamericanos, que «las elecciones conduc[ían] inherentemente a la selección de representantes diferentes de —y superiores a— los representados».[65]

Esta convicción acerca de la necesidad de diferenciar a los funcionarios públicos respecto de los ciudadanos comunes tuvo su expresión más alta, seguramente, en lo relacionado con los miembros del poder judicial: los jueces no solo debían decidir en última instancia sobre las más fundamentales cuestiones constitucionales, sino que, además, tenían la posibilidad, por medio de sus fallos, de contradecir al Legislativo. Por ello, los

64 White, Morton. *The Philosophy of the American Revolution*, p. 216.

65 Véase Manin, Bernard. «Elections, Elites and Democracy: On the Aristocratic Character of Elections». Manuscrito. Universidad de Chicago, 1991.

«padres fundadores» se preocuparon por estructurar el poder judicial, de modo que las decisiones de sus miembros tuvieran las mayores garantías de ser imparciales. Ello requería —conforme a los presupuestos antes mencionados— contar con un cuerpo de jueces a) muy poco numeroso; *b)* aislado del calor del debate público, y *c)* formado por individuos especialmente capacitados. Esta opción se correspondía con la tradición conservadora antes citada, en su presuposición de que las decisiones imparciales eran completamente independientes de las decisiones a las que pudiese llegar mediante el debate público. Y, por otro lado, dejaba entrever su correspondencia con la —más específica— tradición elitista, en la presuposición de que solo algunos individuos, especialmente ilustrados, estaban en condiciones de determinar qué decisiones eran adecuadamente imparciales. De todos modos, según veremos, los «padres fundadores» —y Hamilton, en particular— trataron de dejar claro que el sistema de control judicial que defendían no se vinculaba, en absoluto, con presupuestos conservadores o (mucho menos) elitistas.

Conservadurismo, elitismo y la defensa del control judicial de constitucionalidad

La visión de los «padres fundadores» acerca del control judicial de constitucionalidad quedó resumida, básicamente, en las consideraciones que Alexander Hamilton hiciera al respecto en *El Federalista,* n.° 78. Él fue, además, el que advirtió con mayor claridad el tipo de problemas que el control judicial podía llegar a generar. El problema más obvio al que debía enfrentarse, en tal sentido, estaba vinculado a preguntas como las siguientes: ¿Cómo puede ser que los jueces —funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular— tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo, esto es, por un cuerpo destinado claramente a constituirse en «voz» de la ciudadanía? ¿Acaso una sociedad que quiera asentarse en la autoridad del pueblo no debe guiarse por la voluntad mayoritaria, y no por la voluntad de un grupo de funcionarios supuestamente ilustrados como son los jueces? ¿Permitir el control judicial de las

leyes, en definitiva, no implica consagrar institucionalmente reprochables criterios conservadores?

Hamilton se apresuró a dar respuesta a tales inquietudes y fue uno de los pioneros en defender la posibilidad de un control judicial de las leyes, negando (lo que hoy denominaríamos) las posibles implicaciones antidemocráticas de dicho control. El razonamiento de Hamilton fue el siguiente: en primer lugar, el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la «voluntad soberana del pueblo». Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, *el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo*. Con palabras de Hamilton: «[mi razonamiento] no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la Legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son».[66]

Con argumentos tan sencillos como los enunciados, Hamilton invertía, directamente, las eventuales críticas al poder judicial: el influyente político de Nueva York respondió a la posible impugnación de la capacidad judicial para anillar las normas legislativas, diciendo que, justamente, dicha, capacidad resultaba defendible y valiosa como un medio para asegurar la protección de la voluntad de las mayorías. El verdadero peligro, la verdadera amenaza a la autoridad suprema del pueblo surgía cuando se le negaba a los jueces su capacidad revisora o —lo que parecía ser lo mismo— si se autorizaba, implícitamente, la promulgación de leyes contrarias a la Constitución.

La argumentación presentada por Hamilton fue luego retomada por el juez Marshall, en la citada opinión en «Marbury *v.* Madison» para decir

66 *El Federalista*, n.° 78.

que «hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria», y terminar defendiendo la necesidad del control judicial sobre las leyes inconstitucionales. Este tipo de justificaciones, desde entonces, pasó a constituir una de las más sólidas y difundidas defensas del control judicial, ya que en cualquier país donde se acepta la revisión judicial de las leyes, se recurre a principios similares a los sostenidos por Hamilton, y luego por Marshall, porque cuando se pretende el «autogobierno» del pueblo, y se pretende mantener inviolada la autoridad del pueblo—voluntad enraizada en la Constitución—, se está requiriendo un órgano capacitado para revisar la validez de las leyes.

Del renacimiento de la crítica a la revisión judicial de las leyes

A pesar de la popularidad de la argumentación dada por Hamilton, y luego por el juez Marshall en defensa del control judicial, corresponde señalar que las objeciones a dicha práctica —en virtud de su carácter conservador o elitista— fueron retomando su fuerza inicial en los últimos años. En mi opinión, existen hoy al menos tres razones significativas para contradecir la argumentación de Hamilton-Marshall en favor del control judicial.

A) El primer argumento, al que podríamos llamar el *argumento histórico*, procura negar el valor de la premisa inicial del razonamiento de Hamilton-Marshall. Se afirma, en este caso, que no es verdad que la Constitución refleje la «voluntad del pueblo». En el caso particular de los Estados Unidos, ello quedaría demostrado con una simple investigación histórica, que ratificaría lo que ya se sabe: cuando se redactó la Constitución, buena parte del «pueblo» de los Estados Unidos resultó directamente ignorado o excluido, puesto que no se los consideraba «ciudadanos»: los esclavos, las personas de color, las mujeres y los que no tenían una posición económica decente no participaron ni directa, ni indirectamente, en el proceso constitucional. Algo similar, aunque con distintos matices, puede constatarse en muchos procesos constitucionales

modernos: normalmente, los constituyentes distan de representar adecuadamente a la ciudadanía, o parecen representarla en un primer momento y luego se distancian de ella, o actúan otorgando una consideración muy limitada a las reivindicaciones mayoritarias, etc.

Obviamente, este argumento es adecuado, sobre todo para refutar ciertos criterios que hoy se presentan como indiscutibles, pero que distan mucho de serlo —por ejemplo, la ampulosa invocación del respeto a la voluntad popular, por parte de los constituyentes, cuando en verdad dicha voluntad puede incluso estar siendo desatendida. Sin embargo, aquí no voy a detenerme más en el argumento histórico, dada la debilidad que en el fondo presenta, puesto que bien puede darse el caso de que nos encontremos frente a un proceso constituyente irreprochable, perfectamente respetuoso de la voluntad mayoritaria, y, entonces, este hipotético caso bastaría para anular la crítica de carácter histórico recién esgrimida. Por ello, la impugnación a la «limpieza» o aceptabilidad moral del mismo proceso constituyente solo nos proporciona una herramienta muy débil para criticar el control de constitucionalidad.

B) Un segundo argumento en contra de la defensa de Hamilton-Marshall acerca de la revisión judicial es el llamado argumento intemporal. En este caso, se acepta la peculiaridad —el carácter especial y distintivo— del proceso de creación constitucional. Se reconoce, pues, que en dicho momento la sociedad se autoconvocó para reflexionar acerca del mejor modo de organizarse, y, además, que tal acontecimiento merece una consideración diferente: no pueden evaluarse como equivalentes una Constitución surgida de la deliberación pública reposada y una ley surgida al calor de presiones circunstanciales. En última instancia, este argumento parte de la legítima admisión de la supremacía constitucional. Sin embargo —y aquí es donde comienza a desarrollarse el argumento intemporal—, se afirma lo siguiente: si se valora especialmente ese «primer» momento constitucional, ello se debe a que se valora el consenso popular, profundo y meditado, que distinguió al mismo. Ahora bien, ¿por qué no puede pensarse que, con el paso del tiempo, volvamos a encontrarnos con un consenso popular profundo y meditado? ¿Qué razón vamos a tener, si es que se presenta un caso semejante, para hacer prevalecer la voluntad de unos sujetos tal vez ya muertos hace mucho tiempo, sobre la voluntad actual de la ciudadanía?

En los Estados Unidos este argumento intemporal ha sido desarrollado, muy particularmente, por Bruce Ackerman, de quien hablaré más adelante. Sin embargo, tal vez valga la pena mencionar que los defensores del control judicial de las leyes tienen al menos dos réplicas prontas frente a tal posible objeción. La primera (que sería rechazada por Ackerman) diría lo siguiente: si es cierto que se cuenta con un consenso tan amplio y profundo ¿por qué no se reforma la Constitución? La segunda réplica (a la que Ackerman, de algún modo, se va a adherir) sería: pues bien, admitimos el posible surgimiento de nuevos consensos amplios y profundos. No obstante, mantenemos nuestra defensa del control judicial de las leyes, solo que ahora les recomendamos a los jueces que, en vez de controlar la validez, de las leyes (exclusivamente) a la luz de la voluntad originaria de la ciudadanía, realicen dicho análisis a la luz de *todos* los «acuerdos fundamentales» alcanzados por la sociedad a lo largo de su historia. Esta línea de argumentación da lugar a problemas bastante complejos que, por el momento, prefiero dejar en este punto, para retomarlos al final de mi trabajo.

C) Quiero añadir una tercera posible crítica, que basaré en el *argumento sobre la interpretación*. En este caso se afirma lo siguiente: cuando Hamilton o Marshall se refieren a la tarea judicial lo hacen presuponiendo el carácter más o menos obvio de la interpretación. Es decir que asumen la tarea de los jueces frente a la Constitución es una tarea más bien «automática». Al parecer, para conocer qué es lo que dice la Constitución bastaría con tomar el texto fundamental y leerlo. Luego, y dada la aparente transparencia de este proceso, podría afirmarse que los jueces no hacen nada más que «leer la Carta Magna a viva voz». Nos hacen saber, simplemente, qué es lo que decían los constituyentes, y que nosotros, o algunos de entre nosotros, parecemos haber olvidado.

Ocurre, sin embargo, que los jueces hacen mucho más que efectuar una «mera lectura» de la Constitución. En algunos casos, los jueces «incorporan» al texto soluciones normativas que no estaban —al menos explícitamente— incorporadas en el mismo. Así, por ejemplo, considérese el conflictivo caso del aborto: la mayoría de las constituciones no dicen absolutamente nada acerca del aborto —como no dicen nada acerca de infinidad de otras cuestiones, rehuyendo (razonablemente) el riesgo de

desarrollar una Constitución de una extensión infinita. Sin embargo, la mayoría de los jueces asumen —en ese caso, como en tantos otros— la tarea de «desentrañar» posibles respuestas a tales dilemas, como si ellas residieran, supuestamente, en los intersticios de la Constitución. Obviamente, en este tipo de casos, una defensa como la de Hamilton-Marshall resulta insuficiente: no puede decírsenos que los jueces «simplemente» nos señalan lo que no habíamos visto, esto es, la voluntad de quienes redactaron la Constitución, porque esa voluntad no estaba explicitada en el texto, y los jueces han asumido una tarea que negaban estar llevando a cabo: la de reemplazar a los legisladores —a la voluntad ciudadana, en general— en la resolución de las cuestiones fundamentales. En el ejemplo en cuestión, una minoría de jueces decide, en nombre y en lugar del resto de la ciudadanía, qué es lo que *debe* hacerse en materia de política abortista.

De todos modos, situaciones como las citadas no se presentan exclusivamente en los casos en que falta una consideración constitucional explítica acerca de determinados «casos difíciles». Bien pudiera ocurrir, por ejemplo, que la Constitución hiciera una clara referencia a una determinada solución normativa, pero ante un caso concreto no supiéramos qué interpretación exacta otorgarle a tal solución. Tomemos, por ejemplo, un caso normalmente recogido en todas las constituciones modernas: la libertad de expresar nuestras ideas a través de la prensa. Cualquier Constitución garantiza del modo más amplio posible el respeto de tal libertad. Pero ¿qué es lo que nos ordena dicho precepto, tan prístinamente redactado, en caso de que nos enfrentemos a una proclama terrorista? ¿Y qué nos dice respecto de las publicaciones pornográficas? ¿Y acerca de la revelación de «secretos de Estado» (p. ej., la fórmula para el armamento de un artefacto nuclear)? Esto es, aun los artículos más claros de la Constitución se tornan relativamente imprecisos frente a casos concretos, y exigen de un complejo proceso interpretativo. Luego, si los jueces quedan legitimados para dar —con carácter final— la interpretación «adecuada» de los textos constitucionales, entonces, imperceptiblemente, pasa a sus manos un enorme poder de decisión. Si consideramos los ejemplos citados, nos encontramos con que los jueces, y no los ciudadanos o sus representantes, estarían decidiendo sobre la posibilidad de que

se difundan, o no, ciertas ideas, sobre la posibilidad de que se consuman, o no, publicaciones que —conforme a cierto sector de la población— resultarían inmorales, sobre la posibilidad de que algunos accedan al conocimiento de información potencialmente dañina. Y es este poder extraordinario, que quedaría concedido a los jueces y no al «pueblo», lo que resulta razonablemente cuestionable.

Críticas al «carácter contramayoritario» del poder judicial y alternativas frente a ellas

A partir de este tipo de criterios, el jurista Alexander Bickel contribuyó a hacer renacer la crítica a (lo que él denominó) el «carácter contramayoritario» del poder judicial. Desde las primeras páginas de su famoso libro *The Least Dangerous Branch*, Bickel negó la validez de los argumentos de Hamilton y Marshall. Ambos presentan argumentos engañosos —afirmó Bickel— porque invocan al pueblo para justificar la revisión judicial cuando, en realidad, lo que hacen es justificar una frustración de «la voluntad de aquellos que efectivamente representa[ban] al pueblo». Los jueces —agregaba— «ejercen un control que no favorece a la mayoría prevaleciente, sino que va contra ella. Esto [...] es lo que realmente ocurre [...] ésta es la razón por la que se puede acusar al poder de revisión judicial de ser antidemocrático».[67] En su opinión, la revisión judicial representa «el poder de *aplicar y dar forma a la Constitución, en cuestiones de la mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión-judicial*».[68] A partir del trabajo de Bickel, en particular, el cuestionamiento a la legitimidad del poder judicial se convirtió en un tópico común entre los académicos y profesionales del derecho. De acuerdo con Lawrence Tribe, tal vez la voz más respetada dentro del derecho constitucional norteamericano, «en una sociedad política que aspira a una democracia representativa o al menos a tener un sistema de representación popular, los ejercicios del poder que no pueden encontrar

67 Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Indianápolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978, p. 17.

68 *Ibíd.*, p. 20. La cursiva es mía.

justificación última en el consenso de los gobernados resultan muy difíciles, cuando no imposibles, de justificar».[69] Otros constitucionalistas se preguntaron, en idéntico sentido: si alguno de los poderes de gobierno debe encargarse de interpretar la voluntad popular, ¿por qué no confiar dicha misión a los órganos de representación popular?[70]

69 *American Constitutional Law.* Mineola, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 1978, p. 48.

70 Véase, por ejemplo, Agresto, John. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*. Cornell University Press, p. 52.

Apéndice al capítulo 2*

Interpretación de las leyes y control judicial

Las principales críticas al carácter contramayoritario del poder judicial nacen, al menos en buena medida, una vez que se abre (lo que podríamos llamar) la *brecha interpretativa*. Es decir, si se acusa al poder judicial de adentrarse en campos que deberían corresponder a los ciudadanos, o a sus representantes, ello se debe a que ahora se advierte, algo que antes, por alguna razón, no se advertía claramente: a través de su inevitable tarea interpretativa, los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular. Justamente en razón de este hecho, muchos de los que hoy quieren seguir defendiendo la legitimidad de la tarea de revisión judicial procuran hacerlo, por medio de argumentos capaces de «cerrar» tal «brecha interpretativa».[71] La estrategia que se adopta, entonces, es la siguiente: demostrar que existen formas más

* Este apartado se encuentra dirigido a complementar el capítulo anterior. El mismo puede ser de particular interés para juristas o lectores especialmente interesados en profundizar las cuestiones planteadas en el capítulo 2. El lector que lo considere apropiado, puede continuar directamente la lectura de los capítulos posteriores, obviando el presente apartado, más técnico.

71 Por supuesto, las tareas de desarrollar una teoría interpretativa adecuada y justificar el control judicial de constitucionalidad no siempre van juntas. Sino que son tareas que han nacido y se han desarrollado separadamente. De todos modos, y con el mero fin expositivo, aquí las presento de forma unida, reflejando —de algún modo— una unidad que suele encontrarse en muchos escritos de derecho constitucional, en los que se defiende la revisión judicial, asumiendo, simplemente, la obviedad de alguna teoría interpretativa o la combinación entre algunas de ellas.

o menos obvias —y no arbitrarias— de interpretar la Constitución y las leyes en general, para luego (volver a) afirmar que los jueces «no gobiernan» ni reemplazan a los legisladores sino que, «simplemente», dan cuenta del significado del texto fundamental.[72]

En lo que sigue voy a analizar distintos intentos de justificar el control judicial de las leyes, basados en el presupuesto de que las normas tienen un significado relativamente claro —o cognoscible de un modo no arbitrario—, o en la idea de que los jueces se encuentran en una posición óptima para realizar tal interpretación. Voy a construir mi análisis, fundamentalmente, a partir de dos tipos de argumentos a los que suele recurrirse en la defensa del rol interpretativo de los jueces: los argumentos «originalistas» y los argumentos «no originalistas».[73]

Los argumentos originalistas parten del reconocimiento de que los jueces, en su tarea de «lectura» de la Constitución, se ven permanentemente forzados a interpretarla. Sin embargo, entienden que dicha tarea no presenta mayores complejidades: solo se requiere estar capacitado para realizar las investigaciones que sean pertinentes en cada casa y para «desentrañar» el sentido que originariamente se le otorgó a la Constitución. El argumento central del originalismo, posiblemente, consiste en afirmar que «no es necesario ir más allá de la Constitución» para entenderla, sino que lo que se requiere es «adentrarse en ella», hasta encontrar los significados que hoy no nos resultan claros.

Los argumentos no originalistas, en cambio, reconocen que al interpretar la Constitución, los jueces deben hacer algo más que «adentrarse» en ella. En muchas ocasiones, se admite, los jueces deben «escapar de las cuatro esquinas de la Constitución», y salir a buscar, en alguna parte, las respuestas que en ella no se encuentran.[74] Una vez que se reconoce cuál es la «fuente» externa capaz de proveernos de las respuestas que necesitamos,

72 La frase según la cual «los jueces gobiernan» pertenece a Jacques Lambert, y surge del título de su libro *Le gouvernement des juges.* París, 1921. Louis Bodin, en 1932, publicó en Estados Unidos un libro con un título idéntico (*Government by Judiciary*).

73 Un excelente y muy sintético estudio al respecto puede encontrarse en Juan Carlos Bayón, «El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)». *Revista de las Cortes Generales* (Madrid), 4 (1985): 137-153.

74 Véase, al respecto, Ely, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review.* Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1980.

la tarea de los jueces vuelve a convertirse en una tarea (más o menos) indisputable.

A continuación examinaré brevemente la plausibilidad de los argumentos originalistas y no originalistas.

A) Argumentos originalistas

El originalismo fue uno de los primeros métodos interpretativos propuestos como un medio capaz de justificar la «neutralidad» de la función de los jueces. El mismo método había sido sugerido por Madison, en su tiempo, quien sostuvo que si no se respetase lo establecido por la Constitución y por las convenciones que la ratificaron, no habría posibilidad de asegurar un gobierno estable y consistente. Hamilton se pronunció en el mismo sentido y James Wilson, otro activo participante de la Convención Constituyente, se mostró aún más explícito al respecto. En su opinión: «la primera y más importante máxima en la interpretación de un texto legal consiste en descubrir el significado que le dieron aquellos que lo redactaron». Años después, el famoso juez Story también se pronunció a favor de este tipo de estándares interpretativos, fijos e inmodificables.[75] Más tarde, otro famoso juez, el juez Black, propuso también ciertas reglas «fijas» para ir en búsqueda de las intenciones de quienes redactaron la Constitución.[76]

La idea de recurrir a las intenciones originarias de los autores de los textos legales aparece, en principio, como un modo eficaz para evitar los riesgos de una «tiranía de los jueces». La solución en juego propone que

75 Véanse estos testimonios en Berger, Raoul. *Government by Judiciary.* Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1977, cap. 20.

76 Mencionaría entonces, básicamente, los anales de los debates constituyentes, los anales que registraron la incorporación del «Bill of Rights» y restantes enmiendas, evidencias de las opiniones prevalecientes en los tiempos de aquellos debates, y otras pruebas que testimonien las opiniones de tales dirigentes y sus allegados, con posterioridad al dictado de tales documentos. En su famosa disidencia en el caso «Adamson *v.* California», de 1947, por ejemplo, el juez Black defendió una particular postura en torno al «Bill of Rights» a partir del «estudio de los eventos históricos que culminaron en la Enmienda Catorce, las expresiones de aquellos que alentaron y favorecieron la misma, así como la de quienes se opusieron a su envío y aprobación».

la justicia se guíe por la «mano muerta del pasado», como medio de escapar de la indeseable posibilidad contraria (que los jueces traten de «dar vida a la Constitución», a partir de sus propios criterios).

Sin embargo, y pese a los enormes esfuerzos realizados en pos de establecer reglas «fijas» para la interpretación del «pasado», lo cierto es que parece inevitable que sigan existiendo unos amplios márgenes de indeterminación, que permanecen librados al buen criterio de los jueces. En un lúcido análisis de las posturas originalistas, Ronald Dworkin señaló algunos de los problemas que estas suelen dejar abiertos.[77] Así, por ejemplo, ¿las intenciones de qué individuos debemos tomar en cuenta para evaluar tales «intenciones originarias»? ¿Acaso se trata de las intenciones de cada uno de los constituyentes que participaron en debates como los mencionados?; ¿las de quienes tuvieron un papel más relevante en los mismos?; ¿las intenciones de quienes redactaron cada artículo en particular? ¿Y qué hacer con las intenciones de los grupos de presión más influyentes que estuvieron detrás de la redacción de tales artículos? ¿Y respecto de las motivaciones inconscientes, los temores, o los prejuicios de tales individuos? Por otra parte, y en cuanto a las motivaciones conscientes de los que participaron en la obra constituyente, ¿debemos considerar solo las vinculadas con el dictado de la Constitución, o debemos admitir también aquellas otras relacionadas, por ejemplo, con su destino personal? (así, por ejemplo, ¿cómo valorar el apoyo dado a un artículo no tanto por convicciones teóricas, sino por el interés de ganar prestigio dentro de una determinada fracción política?). O, también, ¿qué importancia se debe asignar a los que no corrigieron o no enmendaron la Constitución?[78]

Para Mark Tushnet, el originalismo implica una abierta contradicción. Por un lado, se recurre al método hermenéutico para analizar la historia evitando arbitrariedades y, por otro, se deja de lado este método a fin de seleccionar e interpretar las intenciones originarias, ya que no solo se necesita reconstruir el pasado, sino que además hay que hacerlo creativamente

77 Dworkin, Ronald. *Law's Empire.* Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1986.

78 Otra pregunta pertinente, también formulada por autores como Dworkin, tiene que ver con el nivel de generalidad con el que se encara la tarea interpretativa. ¿Es que, por ejemplo, se trataba de un «concepto» general, a ser completado en cada tiempo, o de una «concepción» particular, válida para cualquier tiempo? Véase Dworkin. «The Forum of Principle». *New York Univ. Law Review,* 56 (1981): 469, 490.

para poder superar el salto entre aquel tiempo y el presente. En definitiva, el originalismo exige a los jueces tomar una multiplicidad de decisiones que subvierten las pretendidas limitaciones impuestas por esta doctrina. Por la puerta trasera, entonces, parece retornar la discrecionalidad judicial que teóricamente se quiere evitar.[79]

Otras variantes vinculadas al originalismo han naufragado en iguales problemas que el antes citado. Una de estas alternativas ha sido la de tomar en cuenta escenarios contrafácticos con el objeto de resolver posibles dudas interpretativas a través de preguntas hipotéticas. Así, por ejemplo, uno podría preguntarse: ¿Qué respuesta nos daría hoy el legislador constituyente si le preguntásemos acerca de cómo resolver el problema *x*? Parece claro, en este caso, que cualquiera de nuestras reconstrucciones se encontraría teñida de infinidad de decisiones arbitrarias: jamás podríamos llegar a evaluar adecuadamente todos los factores que, de manera inevitable, habrían influido en la decisión de aquél. Nuestra respuesta, entonces, solo sería posible mediante una muy polémica tarea de «recorte y suma» de datos y circunstancias.

Otra posibilidad interpretativa ha sido la de hurgar en las convicciones básicas subyacentes en la Constitución. Lo cierto es que, aun en este caso, se reproducen los problemas que queríamos evitar. ¿Debemos tomar en cuenta las convicciones predominantes en la época?, ¿las de un grupo?, ¿las de algunos individuos en particular? ¿Cómo evaluar, además, las convicciones contrapuestas de grupos diferentes? ¿Y cómo las de una misma persona que, a la vez, puede sostener principios contradictorios respecto de cuestiones diferentes?

B) Argumentos no originalistas

— *Tradiciones*

Para otros autores, el recurso a las «tradiciones» permite superar las críticas a la función judicial en el control de las leyes. La apelación a las tradiciones siempre apareció teñida de un cierto conservadurismo. De todos

79 Tushnet, Mark. *Red, White, and Blue.* Harvard U.P., 1988, pp. 36 ss.

modos, también es cierto que el recurrir a ellas (al menos en teoría) nos puede abrir las puertas al conocimiento de pautas y modos de comportamiento que la sociedad, al menos tácitamente, parece haber consentido. Las tradiciones nos hablan de prácticas sobre las cuales una comunidad insiste a lo largo del tiempo. Ellas pueden representar, de alguna manera, algo así como una «sabiduría social decantada» y por ello, la propuesta de respetarlas en todo lo posible puede resultar atractiva: lo que se sugiere es aplicar fórmulas que *a)* se han aplicado con éxito; *b)* presentan algún tipo de aceptación general; *c)* prometen (en consecuencia, y de algún modo) estabilidad, y *d)* al mismo tiempo, generan seguridad en la sociedad, que sabe a qué atenerse en el futuro. La defensa de las tradiciones, por razones como las citadas, encuentra aún consenso en algunos filósofos políticos de nuestra época, que las toman como base para definir los parámetros de la «vida buena» dentro del contexto de cada comunidad particular.[80]

En el marco de este trabajo resulta especialmente importante tener en cuenta el peso de este tipo de posturas (de defensa de las tradiciones) en los años previos a la Convención Constituyente norteamericana, cuando se sentaron las bases del actual modelo de organización institucional. De dicha época, tal vez nadie se haya destacado tanto en la defensa del valor de las tradiciones como Edmund Burke, político y escritor de gran influencia tanto en Inglaterra como en Estados Unidos. Burke recurrió a la reivindicación de las tradiciones, sobre todo como reacción a una serie de filósofos orientados a la reivindicación de ideas como la del «autogobierno» (ideas que en dicha época se expandirían enormemente, paralelamente a la Revolución francesa). Burke, según veremos, sostuvo una particular polémica en este sentido con el grupo de los «radicales disidentes» de Inglaterra, y muy en especial con Richard Price.[81] Respecto de las doctrinas que apoyaba este último, basadas en la noción del autogobierno, Burke afirmó que eran «destructivas de toda autoridad»,[82] y dio a conocer su famosa visión prescriptiva, argumento clave en su conservadurismo,

80 Véase, por ejemplo, MacIntyte, Alasdair. *After Virtue.* Duckworth, Londres, 1981.

81 Véase, por ejemplo, *Richard Price and the Ethical Foundations of the American Revolution.* Durham, N. C. Duke U.P. 1979, ed. por Bernard Peach.

82 Véase, Burke, carta a «John Farr y John Harris», en *Edmund Burke. Selected Writings.* Nueva York, Modern Library. 1960.

según la cual se debía una «natural reverencia» a toda institución o práctica que hubiese existido en una edad anterior, y que todavía perdurase.[83]

Sin embargo, muchos de los contemporáneos de Burke se manifestaron contra las pretensiones ultraconservadoras de este. Algunos de ellos, en su crítica, esbozaron objeciones que hoy siguen siendo válidas en la confrontación con estas posiciones. Así, por ejemplo, Thomas Paine señaló que mediante la apelación a las tradiciones podían encontrarse una infinitud de autoridades diferentes, cada una de ellas contradictoria con las restantes.[84]

Dentro del ambiente jurídico contemporáneo, la aproximación a las tradiciones revistió diversos matices. Para el famoso juez Oliver W. Holmes, el «único interés en el pasado es el de buscar luces para iluminar el presente». Con una posición moderada, el profesor Terrance Sandalow sostiene que los jueces deberían demostrar que las decisiones que toman expresan valores que la sociedad ha sostenido siempre como fundamentales. Una de las principales formas para lograr este cometido sería la de mostrar que los valores citados se encuentran enraizados en la historia, que «no son el mero resultado de los intereses o las pasiones del momento».[85] La búsqueda, en este caso, no debería orientarse a encontrar el significado preciso que los constituyentes originarios quisieron darle a algún término, ni debería dirigirse al conocimiento del sistema de valores que aquéllos adoptaron en su momento. Esto es, lo importante no sería el estar en condiciones de deducir de aquel pasado unas ciertas conclusiones para nuestro tiempo, sino utilizar tales antecedentes para una mejor comprensión de las elecciones que hoy debemos hacer y de los riesgos que pueden aparejarnos algunas soluciones alternativas.

---

83 La polémica entre Price y Burke siguió, después de dichas disputas, sobre todo cuando el primero comenzó a hacer explícita su defensa de los ideales de la Revolución francesa. Fue allí cuando Burke escribió su «Reflections on the Revolution in France», en donde aconsejó a Price que, si estaba «ansioso de conocer el espíritu de la Constitución», comenzase a estudiar la historia de la misma. Propuso entonces una «orgullosa sumisión» frente a las jerarquías, la vuelta a una «obediencia dignificante, a la subordinación del corazón». Véase Kramnick, Isaac. *The Rage of Edmund Burke. Portrait of an Ambivalent Conservative.* Nueva York, Basic Books, Inc., 1977, pp. 27-38.

84 Véase, por ejemplo, Claeys, Gregory. *Thomas Paine. Social and Political Thoughts.* Boston, Unwin Hyman, 1989.

85 Sandalow, Terrance. «Constitucional Interpretation». *Michigan Law Review*, 79 (abril 1981): 1033.

Los defensores de posturas como las mencionadas deben resolver, al menos, un grave problema que trasciende al de la indeterminación «radical» propia de las tradiciones —argumento sugerido, de alguna forma, por Paine en sus críticas a Burke—. El problema en cuestión tiene que ver con una visión no crítica del «consenso» al que se apela. Esto es, las tradiciones ganan parte de su valor a partir del relativo consenso que parecen reunir a su alrededor, y que les da «color» de aceptabilidad general y permanencia. Pero ocurre que ese consenso no siempre es el resultado de adhesiones autónomas o espontáneas; por el contrario, muchas veces las tradiciones se forman a partir de la imposición de algunos pocos y de la aceptación resignada de otros.[86] De ahí que uno pueda afirmar que, en todo caso, las tradiciones deben valorarse conforme a su plausibilidad intrínseca, y no al hecho formal de su permanencia. Esto nos exige tomar una actitud de cuestionamiento frente a las tradiciones, que dista mucho del ciego reconocimiento y respeto que algunos autores, como Burke, suelen concederles.

Por razones como las enunciadas, la apelación a las tradiciones —como forma de legitimar y precisar los alcances del control judicial de las leyes— tampoco ganó un mayor apoyo.

— *Derecho natural*

En la esfera judicial la utilización del derecho natural también ha sido recurrente, aunque tal circunstancia no siempre se haya hecho explícita.

Según Carlos Nino, el derecho natural puede ser definido a partir de una tesis de filosofía ética, que sostiene la existencia de principios universales válidos y asequibles a la razón humana; y también a partir de una tesis acerca de la definición de lo que es el derecho, que afirma que un sistema normativo o una norma no pueden ser considerados «jurídicos» en caso de que contradigan aquellos principios universales.[87] Precisamente, la multiplicidad de «principios universales» que han sido invocados en distintos momentos históricos, explica el uso contradictorio que se ha hecho del derecho natural.

86 Véase en este sentido, por ejemplo, Kymlicka, Will. *Contemporary Political Philosophy.* Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 228.

87 Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho.* Buenos Aires, ed. Astrea, 1987, cap. 1.

Por ejemplo, durante los siglos XVII y XVIII la defensa del «derecho natural» estuvo vinculada al radicalismo filosófico. En buena medida, la apelación al mismo permitía la única defensa posible de valores poco compatibles con las tradiciones sociales dominantes. El grupo radical de los *levellers* en la Inglaterra del siglo XVII recurrió al derecho natural para criticar el sistema político vigente, exigir el respeto de los derechos individuales, y reivindicar la extensión del sufragio a la mayoría de la población.[88] Thomas Paine hizo lo mismo para oponerse al conservadurismo de Burke, y proclamar que «todos los hombres han nacido iguales y con iguales derechos naturales».[89] En los Estados Unidos, la apelación a los derechos naturales estuvo presente en la confrontación con Inglaterra, en la famosa Declaración de Independencia, y aun en los más duros momentos de la lucha antiesclavista. Sin embargo, y según lo anticipado, el derecho natural también sirvió a causas menos nobles, como la condena de ciertas prácticas homosexuales,[90] el mantenimiento de la subordinación de la mujer, etc.[91]

En buena medida, fue esta posibilidad de inferir casi cualquier solución a partir de ciertos principios de aparente valor universal lo que restó valor al derecho natural en cuanto herramienta para apoyar el control judicial de las leyes.

En la actualidad, los defensores del derecho natural se han visto reducidos en número y en influencia. En los Estados Unidos, uno de los más destacados defensores de este tipo de posturas ha sido el profesor Thomas Grey, quien sostuvo que los creadores de la Constitución norteamericana protegieron un concepto de «ley superior» destinado a defender la idea del «derecho natural no escrito». En la *Bill of Rights* también fueron evidentes las apelaciones al derecho natural. Así, por ejemplo, en enmiendas

88 Véase, por ejemplo, Frank, Joseph. *The Levellers. A History of the Writings of Three Seventeenth-Century Social Democrats.* Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1955.

89 Kuklick, Bruce, ed. *Thomas Paine: Political Writings*. Cambridge, Cambridge U.P., 1989.

90 Véase, por ejemplo, Lord Devlin. *The Enforcement of Morals.* Londres, 1965. En polémica con esta postura, por ejemplo, véase *The Wolfenden Report: Home Office Report on Homosexual Offenses and Prostitution.* Londres, 1957, uno de cuyos autores fue el reconocido H. Hart.

91 Véase, por ejemplo, el fallo «Bradwell *v.* Illinois» (83 U.S. 16 Wall. 130, 1873), en donde se le denegó a una mujer su derecho a ejercer como abogada, sosteniendo que el derecho natural le reservaba a la mujer el rol de madre y ama de casa.

como la n.° 9, que sostiene la permanencia de derechos adquiridos por la ciudadanía, aunque no se encuentren enumerados de un modo explícito. En sentido similar, la famosa enmienda 14 de la Constitución norteamericana (surgida después de la guerra civil) estuvo inspirada por iguales principios naturales.[92] La postura de Grey recibió numerosas críticas. Primero, porque no estaba claro que, históricamente, el derecho natural hubiese tenido el protagonismo que Grey le asignaba. En segundo lugar, porque no puede inferirse la capacidad de los jueces de dar fuerza al derecho natural, por ejemplo, a partir de la aceptación constitucional de la existencia de derechos retenidos por la gente. Tales derechos no cuentan con explícita sanción, ni a nivel federal ni a nivel estatal, y resultaría, por lo tanto, polémico el hecho de que los jueces estén capacitados para ponerlos en práctica.[93]

— *Principios neutrales*

Otro modo al que se recurrió a fin de evitar posibles arbitrariedades judiciales y fortalecer la legitimidad de los jueces está vinculado con los llamados «principios neutrales». Este acercamiento a los principios neutrales tomó fuerza a partir de una disertación, y un posterior artículo, del profesor Herbert Wechsler, en 1959.[94]

La posición de Wechsler se opuso a una disertación expuesta en el mismo foro, un año antes, por el juez Hand.[95] Para Hand, «nada [podía] encontrarse en la Constitución de los Estados Unidos que [diera] alguna autoridad a la Corte para revisar las decisiones del Congreso». Para Wechsler, en cambio, el poder de la Corte estaba claramente consagrado en la Constitución. Ahora bien, en cuanto al modo como dicho control de las leyes debía ser llevado a cabo, Wechsler sostuvo lo siguiente: existía un camino intermedio entre el abandono de la tarea de control y (la que

92 Véase, por ejemplo, Grey, Thomas. «Do we Have an Unwritten Constitution?». *Stanford Law Review,* 27 (1975): 703.

93 Criticando la postura de Grey, por ejemplo, véase Berger, Raoul. *Government by Judiciary.* cap. 21.

94 Herbert Wechsler. «Toward Neutral Principles of Constitucional Law». *Harvard Law Review*, 1 (1959): 73

95 Se trataba de las Holmes Lectures en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard. Hand había dictado una conferencia allí en el año 1958.

venía a ser la posición objetada por Hand, o sea) la conversión del poder judicial en una «tercera cámara legislativa». Sintéticamente, Wechsler afirmaba que *a)* la Suprema Corte tenía el deber de decidir en los casos de litigio (ya que no había posibilidad de que los jueces escapasen de esa obligación de decidir los casos conforme a la ley, obligación que se encontraba establecida en el texto constitucional); *b)* el deber especial de la Corte era el de fundar sus juicios en principios neutrales.

El último de los puntos mencionados era el más destacado, en la concepción de Wechsler. Su idea era la de defender la aplicación de principios generales y neutrales, en todos los casos, para evitar que la justicia se guíe por los meros impulsos o las meras preferencias de los jueces acerca de qué es lo justo o lo conveniente. Tales decisiones, entonces, tenían que trascender el caso en cuestión, o las posibles convicciones personales de algún juez, para basarse en principios más abstractos, que trataran de igual modo todos los casos iguales.

De todos modos, esta postura también mostró, prontamente, sus serios problemas. Según se sostiene, aunque es posible discutir la consistencia de una decisión con sus precedentes, el requisito de consistencia fracasa por no permitir una suficiente restricción del poder judicial.[96] Sucede que, en definitiva, no basta con que un principio sea neutral y general para tornarlo aplicable a un caso. Normalmente, para cada problema existen múltiples principios generales y neutrales capaces de ser aplicados. Y es en ese punto donde nuevamente surgen los riesgos de la discrecionalidad judicial.

— *El recurso al consenso*

Las impugnaciones al papel de los jueces dentro del sistema democrático provocaron, como hemos visto, diversas reacciones de sus protagonistas, que procuraban encontrar argumentos capaces de legitimar su tarea. De todos estos intentos, uno de los más audaces fue el de mostrar a los jueces como los encargados de «actualizar» el derecho respecto de los tiempos presentes. Una forma de entender esta idea sería la siguiente: contamos con un ordenamiento jurídico compuesto por normas muy antiguas, y esta realidad provoca conflictos con el principio de que las sociedades deben

96 Tushnet, Mark. *Red, White, and Blue*, pp. 45 ss.

autogobernarse. No parece correcto, en este sentido, que una sociedad deba verse limitada por la «mano muerta del pasado». No parece correcto que leyes dictadas, digamos, hace un centenar de años, limiten el libre modo de actuar de las actuales generaciones. Una solución a este problema es autorizar a los jueces para que se pongan al frente de esta tarea. Los jueces —ayudados por la práctica que tienen en cuestiones jurídicas y por su contacto diario con casos concretos— estarían en condiciones óptimas para adecuar el derecho a los tiempos actuales.

Obviamente, una de las principales ventajas de este «poner al día» el derecho parece ser la de recurrir al consenso ciudadano, y, así, evitar los posibles conflictos entre la voluntad popular y la autoridad de los jueces. Esto es, el poder judicial ya no aparecería como contrapuesto a la voluntad actual de las mayorías, sino como uno sus principales defensores.

Con distintos matices, este tipo de posturas encontraron muchos apoyos en los ámbitos jurídicos y académicos. En opinión del juez Frankfurter, la alternativa mencionada no necesitaba suponer (como normalmente ocurría con otras justificaciones del poder judicial) que «cinco personas, o nueve, son lo suficientemente sabias o buenas como para ejercer [tal poder de control] sobre la nación entera». En su famosa opinión concurrente en el caso «Youngstown Sheer Tube Co. *v.* Sawyer», por ejemplo, Frankfurter sostuvo que «[representa] una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional [...] la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito acerca de ellas».[97] Ya antes que él, el famoso juez Holmes había afirmado, en el caso «Missouri *v.* Holland», que los creadores de la Constitución habían dado vida a un documento «cuyo desarrollo no pudieron prever por completo [...] de ahí que el caso [en cuestión] debe ser considerado a la luz de nuestras completas experiencias, y no meramente a partir de lo que fue dicho cien años atrás».[98] Lo que debe tomarse en cuenta son «tanto las palabras [de la Constitución] como su línea de crecimiento».[99]

Ahora bien, este tipo de posturas parecen mostrar una cierta contradicción de fondo, que tiende a convertirlas en posturas poco plausibles.

97 343 U.S., 579 (1952).
98 252 U.S. 416 (1920).
99 «Gompers *v.* United States», 233 U.S. 604 (1914).

Fundamentalmente, por un lado, se está recurriendo al consenso y a la voluntad popular, pero, por otro, se está negando la importancia de esos factores. La idea podría ser plasmada de este modo: si le queremos dar relevancia a la expresión democrática de la ciudadanía debemos consultar expresamente a dicho grupo o (en todo caso) a sus representantes en el Parlamento. No parece lo más adecuado, en tal sentido, recurrir a la justicia para saber qué es lo que la gente prefiere. Como sostiene John Ely, el control judicial de las leyes puede justificarse, «pero no a partir de la teoría de que la Corte, y no el Legislativo, es la que realmente puede expresar los valores de la población». No puede aceptarse —continúa Ely— «la noción de que los valores genuinos de la ciudadanía pueden ser discernidos de modo más fiable a través de una elite no democrática». Si lo que queremos es proteger los derechos de las mayorías, asegurando que la Legislatura refleje sus preferencias, entonces «la legislatura aparece mucho mejor situada que la justicia», a dichos efectos.[100]

Pero el recurso al consenso social da lugar, al menos, a otra situación paradójica. Sucede que los derechos incorporados en cualquier texto constitucional tienen la misión de proteger a los ciudadanos, justamente, frente a cualquier amenaza mayoritaria (por ejemplo, cualquier persona debe ser protegida en su derecho a expresarse libremente, aun cuando todos los demás tengan la pretensión de privarla de tal derecho). La invocación al consenso social resultaría contradictoria con la necesidad —intuitivamente aceptable— de proteger ciertos derechos, haya o no un relativo acuerdo actual en favor de los mismos. En definitiva, el recurso al consenso no sería plausible en líneas generales, pero además, en todo caso, no sería la justicia la institución mejor situada para establecer qué es lo que el mencionado consenso social determina.

– *Principios filosóficos: Bickel y Dworkin*

Según algunos autores, las cuestiones constitucionales encierran problemas morales para cuya resolución los jueces se encuentran particularmente bien

100 Véase Ely, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, pp. 68-69. El principio contrario (que afirma que la justicia debe gobernar en este respecto) es conocido como el «principio del Führer», en alusión al criterio del dictador alemán según el cual él «no [conocía] a ningún jefe de estado en el mundo con más derecho [que él mismo] para decir que es el representante de la ciudadanía», *ibíd*.

situados. Ello, fundamentalmente, debido al entrenamiento, al tiempo y al relativo aislamiento que caracterizan a la función judicial.[101] Según Alexander Bickel, quien de algún modo representa a los defensores de esta postura, tales condiciones permiten a los jueces «apelar a la mejor esencia del hombre, a sus más profundas aspiraciones, que pueden haber sido dejadas a un lado en los momentos difíciles». De ahí que Bickel considere a la Corte como una institución educadora, capaz, de aportar una visión sosegada frente a situaciones conflictivas, capaz de ser «la voz de la razón», y la encargada de la tarea creadora de «articular y desarrollar principios duraderos e impersonales». Para autores como el citado, los riesgos del elitismo judicial se verían reducidos dada la necesidad que tienen los jueces de verificar y poner a prueba diferentes principios a través de su experiencia con casos e individuos concretos.

Por otra parte —sostiene el mismo Bickel—, «en la medida en que los principios impuestos por la Corte no son usualmente rígidos, y como la Corte tiene vías para persuadir antes de recurrir a la coerción, y puesto que la opinión sostenida contra los fallos de la Corte puede lograr finalmente su anulación directa o por desuetudo», el control judicial es capaz de permitir un «tolerable acomodamiento [de dicha actividad de control] con la teoría y la práctica de la democracia».[102]

La tarea realizada por los jueces, además, parecería necesaria como modo de reconocer las dos caras diferentes de todo gobierno democrático. Por un lado, la obligación de atender lo inmediato: el mayor número posible de necesidades ingentes —obligación propia de los legisladores—, y, por otro, la tarea menos visible, o menos apreciada, de preservar intereses más generales y permanentes, y sostener ciertos valores más básicos y duraderos. Esta última misión, conforme a Bickel, no puede cumplirla ninguna otra institución sino el poder judicial.[103]

101 Véase Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch*, cap. 1.

102 *Ibíd.*, p. 28.

103 En su opinión, tanto el Senado como el presidente, que gozan de mandatos más amplios y son elegidos indirectamente, se encuentran más comprometidos con la política cotidiana. El poder judicial, en cambio, tendría condiciones más aptas para custodiar la Constitución. En este punto, la Corte aparecería desempeñando un fundamental papel como símbolo de la Constitución. Esta función simbólica (que Bickel considera similar a la que podría jugar la corona en el Reino Unido) desaparecería si la justicia no se ocupase del control de las leyes. Solo por medio de la Corte se puede reafirmar y renovar la «unidad moral» de la nación. Solo así podría prevalecer la «voluntad nacional» sobre el «particularismo local», *ibíd.*, p. 31.

Sin embargo, la posición de Bickel conserva los resabios elitistas a los que antes hicimos referencia: los jueces aparecen como sujetos mejor capacitados para conocer y defender tales «valores básicos», aun en relación con los mismos individuos que van a resultar afectados por las consecuencias de su defensa de dichos valores. Bickel, en este sentido, parece tener una confianza exagerada en la capacidad de los jueces, y en las condiciones del ejercicio de la función judicial para alcanzar a «sintetizar» adecuadamente el pensamiento de la mayoría, y precisar los contenidos de los «intereses generales de la sociedad». Tal vez uno pueda sostener, plausiblemente, que los jueces son capaces de cumplir una función institucional adecuada, ayudando a que la ciudadanía reconozca cuáles son los valores sociales fundamentales. Sin embargo, decir tal cosa no significa permitir que los jueces decidan, finalmente, cuáles son esos valores y los pongan en práctica. Hay otros datos adicionales que también corresponde tener en cuenta. En primer lugar, las decisiones del poder judicial suelen tener una apariencia de irreversibilidad que dificulta el tipo de «diálogo institucional» entre el poder judicial y los poderes políticos que Bickel pretende defender: revertir una decisión de la justicia puede llevar años. Y, sobre todo, debe recordarse que estamos en una situación en la cual los jueces tienen la capacidad de tomar sus decisiones ejerciendo el poder de «decir la última palabra». Por ello, si en este proclamado debate entre el poder judicial y el legislativo el poder judicial pretende mantenerse firme acerca de una idea que el poder político razonablemente discute, es el primero (el órgano «contramayoritario»), y no el último (el órgano, teóricamente, más democrático), el que termina imponiendo su voluntad. Este diálogo, entonces, puede tener un final no solo relativamente brusco, sino también difícil de justificar desde el parámetro de la organización democrática de la sociedad.

En su trabajo sobre los derechos constitucionales, el filósofo Ronald Dworkin llegaba a conclusiones similares a las de Bickel, aunque por otras vías. Según él, en el ámbito jurídico se debían distinguir dos tipos diferentes de argumentos: los basados en los derechos individuales y los basados en los «objetivos sociales colectivos». Los primeros se caracterizarían por ser individualizables y divisibles igualitariamente entre distintos individuos (así, por ejemplo, aquí podrían incluirse las justificaciones

fundadas en el derecho a la vida, a la libertad de expresión, a la libertad de asociación, etc.). Los objetivos sociales colectivos, en cambio, se caracterizarían por ser de tipo agregativo, ya que toman a los individuos en su conjunto, y no separadamente (justificaciones fundadas en este tipo de objetivos sociales serían, por ejemplo, aquellas que apelan a la seguridad pública, a la mejora del nivel de vida, etc.).

Según Dworkin, esta división es central para entender el alcance que tiene (o que debería tener) el control judicial de las leyes. Según el jurista norteamericano, los organismos políticos deben ocuparse de lidiar con los mencionados objetivos colectivos (esto es, de los objetivos orientados a satisfacer las necesidades generales de la sociedad), mientras que los jueces tienen que custodiar los derechos individuales para impedir que se lleven a cabo políticas públicas que no respeten la autonomía de cada individuo en particular.[104]

En su tarea, de todos modos, los jueces —representados en el modelo dworkiniano por un juez de capacidades extraordinarias, al que denomina «Hércules»— se encontrarían estrictamente limitados. Los límites, en este caso, provendrían de la necesidad de interpretar el derecho como «integridad». Con esta idea, Dworkin quiere significar que las decisiones judiciales deben reflejar que forman parte de un esquema de principios capaces de tornar coherente la práctica jurídica de la comunidad.

Una comparación puede ayudarnos a clarificar la propuesta de Dworkin: del mismo modo que un crítico no puede sentirse absolutamente libre una vez enfrentado a la necesidad de realizar, digamos, una crítica literaria, así tampoco el juez puede dejar de sentirse constreñido al interpretar una ley. En ambos casos (el del crítico y el del juez) existen parámetros que deben respetarse: «[e]l crítico [...] debe buscar una lectura [del texto] lo mejor posible para el lector [en ese particular] momento histórico y cultural». Y lo mismo ocurre respecto del juez. El juez debe aplicar, en los casos que se le presenten, los mismos principios justificativos que la práctica comunitaria ha venido desarrollando hasta la fecha, en materia de cómo usar la coerción sobre sus miembros. De lo contrario, estaría tratando a tales miembros de un modo arbitrario o caprichoso, a

104 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, ed. Ariel, 1984.

la vez que negándoles la posibilidad de prever el modo en que la coerción estatal va a seguir ejerciéndose.[105]

Conforme con la opinión de Dworkin, la comunidad se personifica a través de la expresión de las leyes, y su integridad, por tanto, está manifestada en la integridad de la ley. En sus palabras, «la integridad de la ley» expresa la idea de que la comunidad —como un todo— tiene obligaciones de imparcialidad hacia sus miembros, y la de que los funcionarios públicos —en tanto agentes de esa comunidad— deben asumir y poner en práctica esa responsabilidad.

Mediante la defensa de este ideario básico (aquí expuesto de modo muy sintético), Dworkin cree resolver una multiplicidad de problemas que típicamente se presentan en el análisis de la justicia. Por un lado, su concepción permite distinguir con relativa claridad la tarea de los jueces y los legisladores en la construcción legislativa. Por otro lado, ella permite definir los (estrictos) límites que los jueces deben respetar, a la hora de aplicar las leyes en un caso concreto. Finalmente, la propuesta de Dworkin permitiría superar una habitual y siempre conflictiva disputa jurídica, que tiene que ver con la pregunta de qué papel deben desempeñar las tradiciones, las leyes y las decisiones pasadas en el desarrollo cotidiano del derecho. En este sentido, la postura de Dworkin rechazaría las posiciones de corte «realista», que solo utilizan los precedentes judiciales, etc., de un modo estratégico, al igual que las de tipo «convencionalista», para las que el derecho aparece compuesto, básicamente, de convenciones sociales.[106] En el análisis de Dworkin no hay lugar ni para la discrecionalidad ni para la arbitrariedad judicial: los jueces recurren al pasado, pero desde la perspectiva de principios ideales y coherentes.

Posiciones como la citada han alcanzado una gran reputación académica. De todos modos, también es cierto que dejan blancos bastante obvios para la crítica. Antes que nada, la división realizada por Dworkin, entre cuestiones de política general y cuestiones de principios, puede ser objetada a causa de la enorme dificultad de distinguir entre derechos individuales y objetivos colectivos. Además, podría decirse, un mismo acto

105 Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, 1986.

106 Y en donde los jueces tienen libertad para ejercer su «discreción» en el caso de que se carezca de las mencionadas convenciones.

puede llegar a ser descrito apelando a uno u otro tipo de justificativos. Esto implica un amplio margen de discrecionalidad en manos de la justicia, consecuencia esta que cualquier concepción sobre el control judicial debería evitar.

Por otra parte, puede decirse que si se deja en manos de los jueces la custodia de los derechos individuales, y dependiendo de qué opinión tenga de los mismos, el sistema democrático puede resultar vacío de contenido. Por ejemplo, si se adoptara una visión «robusta» de los derechos individuales (haciendo que estos hagan referencia, por ejemplo, a los llamados derechos sociales, etc.), los jueces poseerían el propio control de la organización social, teniendo capacidad, por ejemplo, para ordenar la construcción de viviendas, cambiar los programas de salud, variar los derechos del trabajo, etc. Esto es, concentrar la actividad de los jueces en la protección de derechos no es, precisamente, un modo de restringir su campo de acción. Una visión como esta (formulada a partir de una teoría «robusta» de los derechos) puede llegar a agotar o convertir en inútil el sistema democrático y la división de poderes.[107]

También para el famoso jurista John Ely, las distinciones, como la elaborada por Dworkin, son criticables ya sea por los márgenes de discrecionalidad que dejan, ya sea por resultar «flagrantemente elitistas y antidemocráticas». Con algo de ironía, Ely sostiene que el reinado de los principios lleva a que la revisión judicial aparezca sistemáticamente sesgada a favor de los valores de «la clase media alta y de la profesional», a la que jueces, abogados y filósofos morales suelen pertenecer.[108]

Frank Michelman, de modo similar, se preocupa por destacar de qué manera un modelo de revisión judicial como el defendido por Dworkin representa el paradigma de la muy disputable idea de que un juez en su soledad puede determinar por todos nosotros cuáles son los valores fundamentales de la sociedad. De acuerdo con Michelman, la propuesta de Dworkin carece de un elemento central como el «diálogo». Para él, «Hércules, el mítico juez de Dworkin, es un solitario. Es demasiado

107 Véase, por ejemplo, Nino, Carlos. *La filosofía del control judicial de constitucionalidad.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

108 Ely, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, pp. 56-60. Según Ely, lo que aparece se asemeja a un reinado de la «New York Review of Books».

heroico. Sus narraciones constructivas son monólogos. El no conversa con nadie, salvo con sus libros. No tiene ningún enfrentamiento. No se encuentra con nadie. Nada lo conmueve. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y su visión. Hércules es un hombre, después de todo. No es la totalidad de la comunidad. Ningún hombre o mujer puede serlo». En definitiva —sostiene—, Hércules parece no tomar en cuenta la idea del pluralismo y de la discusión.[109] Para Carlos Nino, de modo similar, el suponer que los jueces «por más ilustrados que sean, pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión, y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública» constituye una muestra de «elitismo epistémico inaceptable».[110] Asimismo, en un conocido trabajo, el filósofo Michael Walzer se refiere a que no es plausible pretender arribar a conclusiones valorativas correctas a través de la mera reflexión individual y sin contar con el debate democrático. Esta pretensión resulta propia de muchos filósofos y teóricos legales norteamericanos, cuya principal aspiración parece ser la de elucidar principios morales que, luego, son ofrecidos a los jueces como guías para sus sentencias.[111]

Como ocurría en el caso anterior (con la analizada propuesta de Bickel), en posturas como la defendida por Dworkin se le otorga a los jueces un poder extraordinario, más allá del hecho de que —magistrados bien intencionados o inspirados por ideales como los definidos por Dworkin— puedan sentirse severamente constreñidos en sus actos.

Conclusión

Hemos empezado este capítulo examinando el argumento (que hemos denominado) de Hamilton-Marshall, a favor del control judicial de la constitucionalidad. Sostuvimos que dicho argumento se inscribía dentro

109 Michelman, Frank. «The Supreme Court Forewoed. Traces of Self-Government». *Harvard Law Review*, 100. 4 (1986): 76.

110 Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 685.

111 Walzer, Michael. «Philosophy and Democracy». *Political Theory*, 9. 3 (1981). Citado también en Carlos Nino, *ibíd*, p. 685.

de una tradición de pensamiento conservador (y, en ocasiones, elitista), y que había razones para considerarlo, en definitiva, un argumento implausible. La implausibilidad de dicho argumento se debía, fundamentalmente, a lo siguiente: Hamilton y Marshall sostenían que la tarea de revisión judicial no constituía (lo que hoy llamaríamos) una tarea antidemocrática, dado que «lo único» que hacían los jueces era reafirmar la supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias, para, de ese modo, reafirmar la voluntad de la ciudadanía (incorporada en la Constitución) como autoridad soberana, suprema. Sin embargo, según vimos, para defender la supremacía constitucional los jueces se encontraban forzados a interpretar la Carta Magna, lo que los llevaba a hacer mucho más que, simplemente, recitarnos el texto constitucional.

En el resto del capítulo hemos examinado distintas teorías interpretativas utilizadas, en muchos casos, para reparar los «aparentes» problemas antes aludidos. La idea es la siguiente: si se prueba el carácter más o menos obvio del proceso de interpretación constitucional, luego se puede defender la revisión judicial como una tarea perfectamente compatible con la vigencia de un adecuado sistema democrático. En otras palabras, si se demuestra que existen formas más o menos obvias y no arbitrarias de interpretar la Constitución, luego se puede afirmar que los jueces «no gobiernan» ni reemplazan a los legisladores, sino que, «simplemente», dan cuenta del significado más o menos obvio del texto fundamental. En mi análisis, de todos modos, he procurado mostrar los problemas de estos intentos por defender el control judicial.

Ahora bien, y para lo que sigue, es importante clarificar algunos puntos adicionales. Primero, los problemas de interpretación normativa permanecen, obviamente, ya que siempre necesitamos alguna teoría que nos diga cómo interpretar las leyes y algún mecanismo institucional destinado a llevar adelante tal interpretación. Lo dicho hasta aquí, básicamente, estuvo destinado a: 1) demostrar las enormes dificultades que surgen a partir de la necesidad de interpretar las leyes —dificultades que tienden a ser minimizadas, o pasadas por alto, por muchos de los defensores de la tarea de revisión judicial—, y 2) destacar los problemas de justificación que surgen, dentro de un sistema democrático, cuando se le otorga al poder judicial la «última palabra» en la interpretación de las leyes.

Capítulo 3

El carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones «populistas»

El carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones «populistas»

Frente a la tradición más «conservadora» a la que hicimos referencia en el capítulo anterior es posible contraponer una tradición que —aquí— denominaré «radical». La tradición radical, conforme voy a presentarla en este contexto, creció y fue definiéndose al calor de su enfrentamiento con las posiciones conservadoras. En el marco de estas disputas, el radicalismo se opuso fundamentalmente al elitismo implícito en muchos de los argumentos usados por sus rivales. Así, frente a lo afirmado por la tradición conservadora, los radicales tendieron a sostener que debía ampliarse —en vez de restringirse— la intervención de los «ciudadanos comunes» en la toma de aquellas decisiones que pudieran afectarles directamente. En la enunciación de este tipo de principios, los radicales defendieron algunos criterios todavía más básicos, como el de que todas las personas se encuentran igualmente dotadas de «razón», y, en consecuencia, capacitadas para argumentar en —lo que podrían considerarse— cuestiones morales fundamentales. Tomando tales consideraciones como punto de partida, en lo que sigue definiré a la tradición radical, básicamente, a partir de la vinculación que estableció entre *la reflexión colectiva y la toma de decisiones políticas imparciales*. La idea era que la determinación de soluciones imparciales requería *la consulta a, y el consenso de, todos los individuos potencialmente afectados por tales soluciones*. A partir de este tipo de criterios, según veremos, la tradición radical siempre se mostró favorable a una mayor intervención ciudadana en el proceso de toma de decisiones.

En el siglo XVIII por ejemplo, el pensador inglés Thomas Paine defendió la idea de que «las verdades fundamentales podían ser conocidas por cualquiera con la perseverancia de examinar el mundo cuidadosamente y reflexionar sobre su experiencia».[112] Paine, quien defendía desde tiempo atrás estas ideas, tornó su postura aún más explícita en su polémica con Edmund Burke, agudizada después de que este último publicara sus *Reflexiones* en contra de la Revolución francesa. De acuerdo con Paine, la defensa del «antiguo orden», y —en particular— la idea de la sucesión hereditaria, era insostenible, fundamentalmente porque no existía un «monopolio» de la sabiduría, ni tampoco era razonable pensar que la sabiduría podía transmitirse hereditariamente. «Todos» los individuos estaban dotados de razón —decía Paine— y por ello, en todo caso, lo que debía hacerse era remover el «engaño» y la «ignorancia», extendidos por aquel entonces.[113]

Principios como los citados formaron parte de lo que puede llamarse la tradición radical inglesa. Muchos contemporáneos de Paine, en este sentido, participaron con él en esta creciente polémica frente al conservadurismo de tipo más elitista, defendido por autores como Burke. Joseph Priestley, por ejemplo, atacó la distinción burkeana entre «razón» y «voluntad», que era sostenida por los pensadores elitistas, según los cuales el «pueblo» actuaba meramente a partir de su voluntad.[114] En su trabajo *General Introduction*, donde se enfrentó directamente a Burke, Richard Price apoyó la idea de que cada persona debía autogobernarse —y cada comunidad debía procurar lo mismo—, creando sus propias leyes. Lo que debía evitarse, en su opinión, era el «dominio de algunas comunidades sobre otras comunidades, o de algunos hombres sobre otros hombres».[115] Cabe señalar que un sermón previo de Price había suscitado las *Reflexiones* de Burke sobre la Revolución francesa —reflexiones que luego, como vimos, serían respondidas por Paine.

112 Así, de acuerdo con Bruce Kuklick, en su introducción a la compilación, *Thomas Paine: Political Writings*.

113 Véase, sobre todo, «The Rights of Man». *Thomas Paine: Political Writings., ibíd.*

114 Véase, por ejemplo, Priestley, Joseph. *Lectures on History, and General Policy.* Dublín, 1791; o Bownick, Colin. *English Radicals and the American Revolution*. Chapel Hill, Univ. of North Carolina Press, 1977.

115 Véase, por ejemplo, en Kramnick, Isaac. *The Rage of Edmund Burke. Portrait of an Ambivalent Conservative.*

Por entonces, Priestley y Price formaban parte de la sociedad de los Radical Dissenters, que era una asociación religiosa que agrupaba a críticos del sistema político inglés. Ellos, como otros «disidentes» de la época, denunciaban la paulatina decadencia de la sociedad inglesa, que atribuían a la corrupción reinante en el Gobierno. Para muchos de estos disidentes radicales, el ideal a alcanzar tenía que ver, de algún modo, con una vuelta a las viejas tradiciones de virtud cívica, que debían distinguir naturalmente a todo gobierno, y que actualmente se encontraban en crisis por las inaceptables acciones de un grupo de políticos de talante conservador. Agrupaciones como la Constitutional Society, o la Society of the Supporters of the Bill of Rights se destacaron entonces, también, por sus críticas de tipo «radical» y sus propuestas de cambio político.

Las propuestas de reforma defendidas por los radicales se orientaron claramente a asegurar un mayor protagonismo ciudadano en la resolución de los asuntos públicos. En coherencia con los criterios de los que partían, los radicales defendieron, antes que nada, una ampliación del entonces muy restringido derecho de sufragio. Sin embargo, la lista de sus propuestas se extendió mucho más allá de aquella fundamental reivindicación. Así, por ejemplo, diferentes radicales defendieron: un incremento en el número de los representantes; una reducción de los términos de los mandatos; el fin de las sesiones parlamentarias secretas; el derecho de instruir a los representantes; el derecho de revocación de los mandatos, o la obligatoriedad en la rotación en los cargos.[116]

A pesar de lo significativo de sus críticas, la tradición radical inglesa tuvo un impacto relativamente menor dentro de la política británica. Sin embargo, notablemente, el radicalismo inglés alcanzó una influencia decisiva en Estados Unidos, en donde el discurso antimonárquico y la crítica a las instituciones de la realeza encajaron perfectamente: los independentistas norteamericanos estaban, justamente, a la búsqueda de esas ideas. La influencia radical inglesa llegó a los Estados Unidos por distintos medios. Algunas veces, mediante la circulación clandestina de panfletos, pero muchas otras por medio de la efectiva presencia física de los

116 Véase, entre otros trabajos, Cone, Carl. *The English Jacobins*. Nueva York, Scribner, 1968; Hay, Carla. *James Burgh, Spokesman for Reform in Hanoverian England*. University Press of America, 1979; Goodwin, Albert. *The Friends of Liberty*. Harvard U.P., 1979; Bownick, Colin. *English Radicals and the American Revolution.*

representantes de aquel radicalismo. El caso más notable, en este sentido, lo representó el mismo Paine, quien, después de una estancia relativamente silenciosa en Inglaterra, se trasladó a Pennsylvania gracias a su amigo Benjamín Franklyn, desde donde sacó a la luz su enorme potencial político. Paine escribió casi toda su obra en los Estados Unidos, donde llegó a ser uno de los ideólogos de la revolución, influyente asesor de las principales figuras políticas norteamericanas (Washington y Jefferson, entre ellas), y cabeza principal en la redacción de la Constitución de Pennsylvania de 1776, tal vez el intento constitucional más radical aparecido en la historia jurídica norteamericana.[117]

Radicalismo «populista»

La tradición radical, antes descrita, tuvo manifestaciones internas de muy distinto tipo. En lo que sigue, fundamentalmente, me detendré en la exploración de solo dos de sus vertientes: el radicalismo (que denominaré) «populista», y el radicalismo (que denominaré) «no populista». La idea de «populismo» la tomo del iusfilósofo inglés H. Hart, quien habló del «populismo moral» como aquella visión según la cual «la mayoría tiene el derecho moral de dictar de qué modo deben vivir [todos los demás]».[118] De todos modos, y en lo que sigue, voy a entender la idea de populismo en un sentido un poco más estricto. Diré que una posición es populista cuando considera que las decisiones imparciales o más correctas se definen, directamente, a partir de la opinión de las mayorías. La expresión mayoritaria, en este caso, constituye una condición necesaria y suficiente para el logro de la imparcialidad.[119] En este sentido, por ejemplo, un populista tenderá a apelar a la «voz» del pueblo en cada ocasión en que

117 La Constitución de Pennsylvania, por ejemplo, incluía un legislativo unicameral (explicado a partir de un rechazo a la institución del Senado), un énfasis en la difusión y discusión pública de los proyectos legales, un ejecutivo débil, la obligación de la rotación en los cargos de gobierno, términos de mandato cortos, etc.

118 Hart, H. «Moral Populism and Democracy», incluido en *Law, Liberty, and Morality*. Oxford U.P., Oxford, 1988, p. 79.

119 Las posiciones radicales no populistas, en principio, quedan definidas por exclusión respecto de las posiciones radicales populistas. Esto es, como aquellas que entienden que la toma de decisiones imparciales requiere de la participación de todos los posibles afectados, pero que a la vez consideran que dicha participación no constituye una condición necesaria y suficiente de tal imparcialidad o corrección; volveré sobre este punto más adelante.

deba decidirse un problema moral básico y, además —y esto es lo que resulta preocupante, en todo caso—, considerará que lo que el pueblo diga, en dicha ocasión, será correcto e indiscutible.

Seguramente el autor que más influyó en la defensa de lo que aquí llamo populismo fue Jean-Jacques Rousseau. Para él, típicamente, una decisión correcta es la que surge de la voluntad general del pueblo. Al respecto, corresponde anotar que Rousseau no identificaba la voluntad general con la voluntad de todos: cada decisión mayoritaria podía encontrarse con la opinión contraria de algunos. Sin embargo, lo que —según él— explicaba dichas disidencias eran los errores o los malentendidos en que habían incurrido tales minorías. Por alguna confusión —diría Rousseau—, habrían tomado por la voluntad general lo que en realidad no lo era.[120]

Adoptando una actitud típica del populismo, Rousseau parece partir de un presupuesto según el cual la voluntad de los individuos se encuentra predeterminada. Ellos no tienen nada que discutir entre sí, ni nada que aprender de terceros. Por tanto, cualquier intento individual de convencer a otros es visto, más bien, como un impugnable ejercicio de retórica; y cualquier acción grupal o partidaria destinada a persuadir a los demás es percibida como una forma de «corromper» la voluntad general. Uno de los mejores estudios que se ha hecho sobre esta postura, en mi opinión, es el de Bernard Manin, quien sostiene, por ejemplo, que «[l]os ciudadanos de la democracia rousseauniana no deliberan, ni siquiera consigo mismo». En el proceso de formación de la voluntad general descrito por Rousseau, en efecto, la idea de deliberación es reducida (y asimilada) a la de decisión, y toda «comunicación entre los ciudadanos» se encuentra «rigurosamente excluida».[121]

En Estados Unidos, esta vertiente más populista del radicalismo también encontró una acogida importante. Dicha corriente, por ejemplo, puede verse reflejada en ciertos escritos antifederalistas —esto es, en los escritos desarrollados por los que fueron críticos de la propuesta constitucional norteamericana de 1786—, o en el ideario de muchos de quienes

120 Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. México, 1984.

121 Manin, Bernard. «On Legitimacy and Political Deliberation». *Political Theory*. 15. 3 (agosto 1987): 338-368.

defendieron experiencias de gobierno radicales, como las de Pennsylvania, Vermont o Rhode Island. Estos populistas norteamericanos hicieron patente la impronta rousseauniana que marcaba su pensamiento, en ideas tan contundentes como aquella según la cual «cada ley que el pueblo no ratifica en persona es nula».[122] Este tipo de afirmaciones serían inmediatamente retomadas por sus rivales conservadores, que no dejarían pasar la oportunidad de hacer notoria la irrazonabilidad de las propuestas radicales. Así, Hamilton, por ejemplo, se esforzó en identificar a *todos* los antifederalistas con ese tipo de posturas, y sostuvo que era palmariamente falso el reclamo que asociaba «la voz del pueblo» a (algo así como) «la voz de Dios».[123] El federalista Fisher Ames combatió, asimismo, a los «demócratas» que piensan que «nada es tan sagrado como su propia voz, que [es asumida como] la voz de Dios».[124]

Las reclamaciones del radicalismo populista, de todos modos, no se agotaron en la fuerte reivindicación de la «voz del pueblo». Fueron ellos, también, los que con mayor intensidad protestaron contra el sistema representativo, tal como se estaba definiendo. Afirmaron entonces: «Ustedes pelearon, conquistaron, y ganaron su libertad; ahora, manténganla [...] No la deleguen, ya que si lo hacen, no lo duden, no la volverán a recobrar».[125] Para ellos estaba claro que, en cuanto «se delega el poder [...] se establece algún tipo de tiranía».[126] Por este motivo, más que por ningún otro, ellos serían los principales defensores —dentro del contexto norteamericano— de un aumento en el número de representantes[127] y del establecimiento de mandatos muy reducidos. La idea que los animaba, en

122 Véase «A Newport Man», «What does history teach? (Part II)», en Borden, Martin, ed. *The Antifederalist Papers*. Michigan State University Press, pp. 48-51.

123 Véase Farrand, Max. *The Records of the Federal Convention of 1787*. vol. 1, p. 299.

124 Ames, Seth, ed. *Work of Fisher Ames*, vol. 2. Nueva York, 1969.

125 Véase «A Farmer and Planter», en Borden, Martin, ed. *The Antifederalist Papers*, p. 72.

126 Thomas Young, de Vermont. Incluido en Sherman, M. *A More Perfect Union: Vermont becomes a State*, 1777-1816, ed. Vermont, 1991, p. 190.

127 Sostuvieron entonces que «las asambleas y convenciones estatales más numerosas, en conjunto, descubrieron tanta verdad y establecieron tanto orden como las menos numerosas», carta de «The Federal Farmer», incluida en Storing, H. *The Complete anti-Federalists,* vol. 2. Chicago, University of Chicago Press, 1981, p. 284. Vale la pena recordar lo establecido por Thomas Paine, según el cual era conveniente tener asambleas muy numerosas dado que «la diversidad [dificulta] los arreglos [meramente autointeresados], y el número alto excluye la corrupción»; véase Thomas Paine, en *Pennsylvania Packet*, diciembre, 5, 1778.

todos los casos, era la de que los potenciales representantes tuvieran los «mismos intereses, sentimientos, opiniones y puntos de vista que el mismo pueblo».[128]

Basados en tales razones, y convencidos de que el buen gobierno necesitaba de una estricta separación de poderes, y, fundamentalmente, de controles directos por parte de la ciudadanía para con los representantes, los antifederalistas populistas rechazaron la complicada ingeniería del sistema de «frenos y contrapesos». Notablemente, en este sentido, la mayoría de las constituciones estatales, escritas inmediatamente después de la Independencia norteamericana, y consideradas, en la mayoría de los casos, como experimentos constitucionales radicales, diferían entre sí en muchos aspectos pero «todas ellas se adherían a la doctrina de la separación [estricta] de poderes, y todas ellas rechazaban, en mayor o menor grado, el concepto de frenos y contrapesos».[129] En este sentido, por ejemplo, puede destacarse la inclusión de un legislativo unicameral, en las primeras constituciones postindependentistas de Pennsylvania, Vermont y Georgia; un Ejecutivo elegido por la Legislatura, en nueve de las 18 primeras constituciones postindependentistas; la negación del poder de veto al Ejecutivo; la inclusión de un órgano popularmente elegido, destinado a la evaluación del funcionamiento de la Constitución, en los textos de Pennsylvania y Vermont; elecciones populares directas para la mayoría de los puestos de gobierno; un Senado —cuando existía— también directamente elegido (en todos los casos excepto en la Constitución de Maryland); rotación en los cargos de los principales funcionarios de gobierno, en las Constituciones de Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina y Georgia, y una lista de derechos, en la casi totalidad de los casos.[130]

128 Véase «The Federal Farmer», en Storing, H. *The Complete anti-Federalists,* vol. 2, p. 230. Asimismo, Mee, Charles. *The Genius of the People*. Nueva York, 1987; Collier, C. y J. Collier. *Decision in Philadelphia.* Nueva York, 1986.

129 Vile, M. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford, 1967, p. 133.

130 Véase, por ejemplo, Lutz, Donald. *The Origins of American Constitutionalism*. Louisiana U.P., 1988, pp. 104-105.

Populismo y control constitucional

¿Cuáles serían las exigencias del populismo en materia de control de constitucionalidad? Para algunos, adoptar premisas como las citadas no puede llevar sino a resultados del tipo de los que se dieron en la Francia posrevolucionaria. Esto es, si se defiende una postura populista se debe terminar aconsejando que los jueces se subordinen completamente a las legislaturas en materia constitucional. Este tipo de afirmaciones parecen razonables en la medida en que se reconozca el Parlamento como expresión legítima y auténtica de la voluntad popular, y se presuma que esta constituye la última autoridad en cuestiones constitucionales. Aceptadas tales premisas, los jueces no tendrían derecho a contradecir o reemplazar a los órganos políticos del sistema en la resolución de tales casos. De acuerdo con el análisis que Carlos Nino ha elaborado al respecto: «si la justificación de la democracia está basada en la soberanía popular, en definitiva, el único órgano de expresión de esa soberanía es el poder legislativo —especialmente la Cámara Baja cuando se trata de un sistema bicameral— y debería restringirse al máximo la posible interferencia de los jueces, ya que no son órganos directos, sino en todo caso indirectos, de la soberanía en esa expresión de la voluntad popular soberana».[131]

La adopción de presupuestos «populistas» como los mencionados tuvo en Estados Unidos unas consecuencias interesantes. Particularmente, en la misma época en que los franceses consolidaban la Revolución, muchos estados norteamericanos procuraban organizarse sobre idénticas pautas de «soberanía popular». En materia institucional, estos criterios llevaron a subordinar el poder judicial a las autoridades políticas, organizadas en legislaturas muy activistas. En algunos estados en particular, como Pennsylvania, Vermont o Rhode Island, se desataron fortísimos conflictos interpoderes tan pronto como las autoridades legislativas quisieron hacer valer el peso de su poder frente a los jueces.

A continuación, y con el fin de ejemplificar las implicaciones del populismo respecto del control constitucional, explicaré brevemente los dos casos mencionados antes: el de Estados Unidos, después de la Independencia, y el de Francia, apenas terminada la Revolución.

131 Nino, Carlos. *La filosofía del control judicial de constitucionalidad.*

El poder legislativo contra el poder judicial. El caso «Trevett *v.* Weeden» y el comienzo de un conflicto interpoderes

En Estados Unidos, durante el siglo XVIII, muchos Estados parecieron adherirse —implícitamente— a concepciones de tipo populista. En la mayoría de los casos, el ideario populista era alentado por líderes políticos (generalmente acusados de «líderes demagógicos»), y defendido a partir de numerosos escritos periodísticos.[132] La ciudadanía, en general, parecía mostrar una actitud bastante favorable hacia esas actitudes o (incipientes) corrientes de pensamiento. Sin embargo, la situación habitual fue la de gobiernos estatales controlados por minorías «elitistas» (de acuerdo con la terminología aquí utilizada).

Ahora bien, según señalé antes, en varios casos las legislaturas estatales se rebelaron frente a las políticas más bien conservadoras que hasta entonces se venían aplicando. En dichas ocasiones, se tendió a consagrar en el poder a políticos de formación populista. Dentro de estos casos, sin lugar a dudas el más notable fue el registrado en Rhode Island, donde los llamados «deudores» llegaron a ganar el gobierno del estado liderados por individuos de obvias inclinaciones populistas. En este tipo de situaciones resultó común que estallasen graves conflictos entre los órganos políticos, favorables a las reclamaciones mayoritarias, y los órganos judiciales, en general contrarios a ellas.

En el caso de Rhode Island, la disputa entre distintos poderes de gobierno surgió, sobre todo, a partir de una muy polémica ley penal dictada por la nueva Legislatura. Esta ley ordenaba, principalmente, nuevas emisiones de papel moneda, que venían a satisfacer las promesas realizadas por el gobierno (prodeudor) ahora en el poder. El estatuto objetado, sin embargo, establecía otras medidas complementarias —y más polémicas— que las emisiones de papel. Así, por ejemplo, se estableció (en contra de la práctica entonces predominante) que en todos aquellos litigios que tuvieran que ver con el papel moneda podían intervenir Cortes especiales o

132 Muchos de estos artículos son hoy conocidos como los escritos de los «antifederalistas». Esto es, los escritos de los opositores al dictado de la Constitución. Excelentes compilaciones de los mismos pueden ser encontradas en los trabajos de Storing, H. *The Complete anti-Federalists,* vol. 2., o Kenyon, Cecilia. *The Antifederalists.* Boston, Northeastern University Press, 1985.

regulares, sin necesidad de convocar especialmente a un jurado. Aunque la medida era una más, dentro de la serie de leyes dictadas al efecto por la legislatura, enseguida se percibió que esta era la más fácilmente atacable.[133] De este modo, la Legislatura aprovechó para dejar en claro su insatisfacción con el modo como se desempeñaba la función judicial, hasta el momento.

La oportunidad más clara de confrontar la mencionada ley surgió con el caso «Trevett *v.* Weeden». En este, John Trevett llevó a juicio a John Weeden, un comerciante de carne que se había negado a aceptar el papel moneda en cuestión como parte de pago. James Varnum, un muy conocido abogado conservador, y que ejercía como abogado de Weeden, sostuvo entonces que la Corte no debía atender las demandas de Trevett debido a que ellas se basaban en una disposición que no era legal.[134] Para Varnum, en particular, la supresión del juicio por jurados resultaba inaceptable, ya que solo un cambio en la Constitución (y no un simple cambio en las leyes) podía llegar a autorizar una posibilidad semejante.[135] Según Varnum, el poder judicial no debía «admitir ningún acto del Legislativo como ley, en la medida en que sea contrario a la Constitución».[136]

133 De todos modos, cabe señalar que este tipo de leyes penales que tanta polémica causaron en Rhode Island, no fueron más que copias de las medidas recomendadas años antes por el Congreso Continental. Así, en Schuckers, J. *A Brief Account of the Finances and Paper Money of the Revolutionary War.* Nueva York, 1978, pp. 28-29. Véase, también, Ferguson, James. *The Power of the Purse.* The University of North Carolina Press, 1961, p. 244, y Brooke, J. «To the Quiet of the People: Revolutionary Settlements and Civil Unrest in Western Massachusetts, 1774-1789», *William and Mary Quarterly*, vol. XLVI, n.° 3, julio de 1989, p. 447.

134 Para apoyar esta idea, Varnum mencionó tres objeciones principales. Primero, la validez del acta —en su opinión— había expirado. Segundo, que se habían instituido cortes especiales, lo cual violaba la máxima autoridad de la Corte. Tercero, y lo más importante, que se había dejado de lado, en dicho estatuto, la convocatoria del jurado, lo cual era una medida abiertamente inconstitucional; véase Varnum, James. *The Case, Trevett against Weeden.* Providence, 1787, p. 26.

135 Los argumentos presentados por James Varnum llegarían a constituirse, así, en uno de los más importantes antecedentes en la futura discusión acerca de la revisión judicial de las leyes. Véase, por ejemplo, Corwin, E. «The Progress of Constitutional Theory Between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention», en Wood, G., ed. *The Confederation and the Constitution. The Critical Issues*. Nueva York, 1979.

136 Respecto de la fundamental pregunta acerca de los límites del poder legislativo, Varnum afirmó que cuando el Parlamento «dicta lo que ellos pueden llamar leyes, y las Cortes tienen que decidir al respecto [...] los jueces pueden, y confiamos en vuestro honor que lo harán, decidir acerca de ellas»; véase, Varnum, James. *The Case, Trevett against Weeden,* p. 26.

Aceptando parte de los argumentos presentados por Varnum, la Corte declaró que carecía de jurisdicción respecto de la demanda de Trevett, y desestimó su demanda. Según los miembros de la Corte, ellos no podían dar fuerza legal al estatuto. De todos modos, los magistrados se ocuparon de resaltar el carácter defectuoso del estatuto, en cuanto denegaba al acusado el beneficio de un juicio por jurados. El fallo de la Corte fue unánime, aunque uno de sus miembros (el presidente de la Corte, Paul Mumford) se excusó de votar, alegando aparentes problemas de salud.

Sin embargo, los problemas generados por este fallo no habían hecho más que comenzar. La Legislatura de Rhode Island, apenas enterada del fallo, decidió tomar una medida muy polémica: convocar ante sí a los jueces responsables de dicha sentencia. El motivo de la convocatoria fue que los jueces presentasen ante el Parlamento «las razones y bases de su [decisión]». Tal demanda del Legislativo provocó una intensa y razonable reacción del sector conservador de Rhode Island. Solo tres jueces se apersonaron ante la asamblea, para exponer inmediatamente las razones de su decisión. Cabe destacar, de todos modos, que ninguno de ellos fue sancionado por el Legislativo, tal como muchos esperaban.[137] Aunque los legisladores consideraron una moción para reprender a los jueces, ellos mismos decidieron no llevar adelante tal iniciativa después de consultar a una serie de abogados que les aconsejaron no actuar de ese modo.[138]

137 Durante la presentación ante la Asamblea, el juez Howell afirmó que el poder judicial no era dependiente del poder legislativo. Aseveró que los jueces eran solo responsables ante Dios y ante sus conciencias, y reafirmó la idea de que, en el caso específico en cuestión, la decisión legislativa había sido contraria al orden constitucional. El juez Tillinghast se sumó al anterior en la defensa de la independencia judicial, y el juez Hazard sostuvo que había firmado aquella sentencia debido a su devoción hacia la verdad, y a pesar de sus bien conocidos sentimientos a favor de la legislación cuestionada.

138 La Asamblea, de todos modos, consideró que los jueces no habían presentado razones satisfactorias en apoyo de su decisión. Véase, por ejemplo, Polishook, Irwin. *1774-1795 Rhode Island and the Union*, pp. 133-142. Llegados a este punto, es interesante considerar que los legisladores más radicales de Rhode Island decidieron atenerse a la legalidad, aun cuando contaban con un respaldo mayoritario dentro y fuera de la Cámara, y estaba en juego uno de sus más importantes proyectos legislativos. Los legisladores de Rhode Island, sin embargo, tenían buenos motivos para desconfiar de la imparcialidad de los jueces. Un ejemplo interesante al respecto fue aportado por el mismo Varnum, quien después de haber trabajado como abogado de una de las partes en «Trevett *v*. Weeden»sirvió como consejero de los jueces de la Suprema Corte cuando estos realizaron su presentación ante la Asamblea. Véase, por ejemplo, Irwin Polishook, *ibíd*, p. 140.

La noticia de lo ocurrido en Rhode Island corrió de inmediato por todo el territorio norteamericano, aunque, en definitiva, los legisladores habían optado por atenerse a la legalidad. Para la generalidad de los dirigentes conservadores, este tipo de activismo legislativo era una simple muestra del descontrol que solía caracterizar a los órganos mayoritarios.[139]

Amenazas legislativas contra el poder judicial

Los sucesos de Rhode Island, de distinto modo, parecieron provocar reacciones similares en otros estados de la Confederación. Desde entonces, el poder legislativo y el poder judicial aparecieron confrontados, como si estuvieran respondiendo a dos grupos de intereses directamente opuestos entre sí. Así, en North Carolina un comité legislativo acusó a la justicia de no tomar en consideración un acto de la Legislatura (que colocaba en un nivel similar a las leyes y a la Constitución), pero se abstuvo de sancionar a los jueces, pese a algunos impulsos iniciales orientados en tal sentido. En New Hampshire también hubo un intento de sancionar al poder judicial, que había señalado la inconstitucionalidad de un estatuto. Como en el caso anterior, se constituyó una comisión destinada a estudiar qué curso de acción seguir. Sin embargo, y tal como ocurriera en North Carolina, se decidió, finalmente, no actuar contra el poder judicial, al no encontrarlo culpable de ninguna falta. En Nueva York, la Legislatura sí condenó al poder judicial, aunque se abstuvo de cambiar a alguno de sus miembros, tal como en un primer momento parecía que iba a ocurrir.[140]

139 De todos modos, y en defensa de lo ocurrido en Rhode Island, podría decirse que en dicho estado existía una práctica relativamente común, por la que los jueces reconocían una cierta superioridad del poder legislativo. Este principio no era tan claro en la mayoría de los estados, pero sí reconocía importantes antecedentes en estados como Rhode Island. Así, fundamentalmente, la Carta original de 1663 (que consagraba aquella superioridad), una ley de 1678 (que autorizaba a los representantes a intervenir y revisar las decisiones judiciales en algunos casos específicos, como las multas y los casos criminales), y otra de 1781 (que autorizaba apelaciones directamente ante la Asamblea). Véase Lutz, Donald. «The First American Constitution», en Levy, Leonard y Dennis Mahoney, eds. *The Framing and Ratification of the Constitution*. Nueva York, 1987, p. 75.

140 Véase Berger, Raoul. *Congress v. The Supreme Court*, pp. 42-43.

Para la clase dirigente norteamericana (y, en particular, para los llamados «padres fundadores» de la democracia de ese país) lo ocurrido en esos estados «rebeldes» indicaba claramente cuál debía ser la prioridad del nuevo ordenamiento institucional: asegurar la máxima independencia posible de los órganos con representación directa del pueblo.

Los interrogantes planteados por este tipo de situaciones, según veremos, son numerosos. Por el momento, dejaremos estos cuestionamientos a un lado, y nos concentraremos en la presentación del sistema de controles adoptado en Francia después de la Revolución.

Francia posrevolucionaria: defensa de la supremacía de la voluntad popular

Aunque en Estados Unidos se dieron reacciones populistas frente al esquema institucional vigente en el siglo XVIII (reacciones como las reflejadas en el caso de Rhode Island), fue sin duda en Francia donde los principios de confianza en el pueblo adquirieron una mejor articulación. Para explicar lo que sucedería en la Francia posrevolucionaria es necesario aludir, aunque sea muy brevemente, a lo que ocurría en dicho país antes de la Revolución. Allí, y desde la época de los Luises, predominaban los tribunales superiores o «Parlements», que se constituyeron con el paso del tiempo en los más férreos defensores del antiguo orden feudal. Su modo de actuar era a todas luces ultraconservador, siendo habitual la invocación de principios no escritos como principal fuente de autoridad.

El rechazo que concitaron los tribunales del rey, a partir de actitudes como las descritas, se sumó, en los tiempos de la Revolución, a un ideario crecientemente opuesto a los principios ideológicos por entonces vigentes. En Inglaterra, Locke ni siquiera consideraba a los jueces dentro del esquema de división de poderes por él imaginado. En la propia Francia, Montesquieu (quien sí integró a los jueces en su defendido esquema de poderes) sostuvo que aquellos no eran «ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza ni el rigor de la ley misma».[141] Pero, sin lugar a dudas, los cambios más radicales en cuanto a la vinculación de los jueces

141 Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. México, Porrúa, 1990.

y las asambleas legislativas fueron provocados por la obra de Jean-Jacques Rousseau.

Según Rousseau, la única libertad posible del individuo se lograba mediante una completa subordinación a la «voluntad general». La voluntad general aparecía como la expresión más alta de la soberanía del pueblo.[142] En tiempos de la Revolución, la Asamblea Legislativa Nacional quedó identificada como la depositaria de esa máxima autoridad. Ningún juez, desde entonces y durante mucho tiempo, pudo confrontar con lo decidido en aquella instancia popular: la voluntad popular expresada en la ley era la autoridad principal e incuestionable, y la rígida separación entre los poderes obligaba al poder judicial a adoptar un papel pasivo y más bien sumiso ante la ley.

Todos los proyectos constitucionales que siguieron inmediatamente después de la Revolución reflejaron en buena medida aquellos ideales de enaltecimiento de la voluntad pública. Básicamente, se sostenía la existencia de una identidad entre la nación y la Asamblea Nacional, por lo cual *a)* no cabía esperar que la voluntad de esta última truncara la voluntad de la primera, y *b)* correspondía resistir, en principio, cualquier intento de intrusión sobre la Asamblea, en el proceso de creación legislativa. En términos institucionales, ello significó la defensa de una estricta separación de poderes, que negaba el tipo de mecanismos que era defendido en el sistema norteamericano: un sistema de frenos y contrapesos, en donde cada órgano tenía una relativa injerencia en la actividad de cada uno de los otros.

En el título III de la *Constitución de 1791* se explicitaba este principio de estricta separación de poderes. Sobre todo, se dejaba en claro que ni el poder ejecutivo ni el poder judicial podían asumir funciones legislativas. Más todavía, en las discusiones previas al dictado de dicha Constitución se había rechazado, aun, la posibilidad de que el poder

142 El diputado Jérome Pétion de Villeneuve, mostrando la impronta del discurso rousseauniano en su pensamiento, sostenía por entonces que «Todos los individuos asociados tienen el derecho inalienable y sagrado de concurrir a la formación de la ley, y, si cada uno pudiese hacer oír su voluntad particular, la unión de todas estas voluntades formaría una voluntad verdaderamente general, lo que constituiría el último grado de perfección política [...] todas las veces en que es posible a una nación manifestar claramente sus intenciones debe hacerlo, y constituye un crimen oponerse», citado en Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución*. Madrid, Alianza, 1994, p. 221.

legislativo estuviera dividido en dos Cámaras: no era conveniente ni deseable dividir la voluntad de la nación. El único control sobre el legislativo que terminó aceptándose tuvo que ver con la facultad del veto suspensivo —concedida al rey— y que expresó, de algún modo, un cierto compromiso entre el nuevo y el antiguo régimen. Con motivo del debate acerca de la validez del veto real, Emmanuel Sieyès —uno de los más notables e influyentes constitucionalistas de la época— pronunció un discurso que trascendería hasta nuestros días, en donde hizo patente su rechazo al veto real, manifestando que dicha medida constituía «una orden arbitraria»,[143] una afrenta contra «la voluntad nacional, contra la totalidad de la Nación»: el rey no debía «comenzar a actuar hasta que la Ley se halle completamente formada».[144]

La política francesa adquiriría, por entonces, su grado más alto de radicalización, que tendría entre sus puntos culminantes la abolición de la realeza, la proclamación de la república y, finalmente, en enero de 1793, la ejecución del rey Luis XVI. Esta radicalización política hallaría una pronta expresión a nivel normativo, en la adopción del *nuevo texto constitucional de 1793.* Este texto pasó a simbolizar, desde entonces, la Constitución jacobina por excelencia. Aquí, la glorificación de la autoridad popular llegó a extremos, e incluso mecanismos de control, relativamente moderados como el veto en poder del Ejecutivo —adoptado en la Constitución anterior— fueron dejados de lado en nombre del poder de la Asamblea. Notablemente, y en coherencia con los mencionados criterios, se estableció como única forma real de control sobre el Legislativo la apelación directa a la voluntad popular. La idea era la siguiente: cada proyecto de ley —antes de ser aprobado— debía someterse a la consideración popular, que podía terminar apoyando o rechazando la mencionada propuesta.[145]

143 Una «lettre de cachet», en el original. Esta expresión aparecía vinculada a ciertas órdenes de arresto o exilio, ejecutables sin necesidad de un juicio previo. Dichas órdenes aparecieron como típica expresión de la arbitrariedad penal hasta entonces vigente

144 Sieyès, Emmanuel. *Escritos y discursos de la Revolución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 115.

145 Conforme con el artículo 59 de la Constitución: «Cuarenta días después del envío de la ley propuesta, si en la mitad de los departamentos más uno, la décima parte de las asambleas primarias de cada uno de ellos, regularmente constituidas, no ha presentado reclamación, el proyecto es aceptado y se convierte en ley.»

El experimento constitucional de 1793 mostró, prontamente, sus propias debilidades. Peor aún, la trágica etapa de «terror» político, inaugurada en esa época —y que se tradujo, antes que nada, en una gran cantidad de ejecuciones sumarias—, hizo que se extendiera la percepción de que era urgente reformular, de modo drástico, la organización institucional de la sociedad. De todos modos, cabe notar, las modificaciones adoptadas por la nueva *Constitución de 1795* no llegaron a desplazar algunos de los más importantes principios entonces predominantes: la necesidad de respetar la voluntad popular y la desconfianza hacia los sistemas de control no enraizados en aquella voluntad mayoritaria.

La modificación más sustancial introducida por la nueva Constitución, en pos de establecer los límites de la autoridad legislativa, fue la división del Parlamento en dos secciones: el Consejo de los ancianos, y el Consejo de los quinientos. Esta modificación, a los ojos de los constituyentes norteamericanos podía resultar menor, ya que tanto los miembros de una como los de la otra cámara provenían del mismo cuerpo social y solo estaban diferenciados por los requisitos de edad. De todos modos, tal reforma apareció como muy significativa dentro del contexto francés, en donde era común la defensa del unicameralismo.

Francia posrevolucionaria: rechazo del control judicial

En este apartado quisiera mencionar algunas consideraciones más específicas, que se presentaron en Francia después de la Revolución, y que estaban vinculadas con la posibilidad de aceptar (algo así como) el control judicial de las leyes.

Ante todo, cabe destacar que como consecuencia del nuevo ideario político, apenas concluida la Revolución, la Asamblea Nacional decidió la abolición de las justicias señoriales, y poco después, en la ley del 16-24 de agosto de 1790, sostuvo explícitamente que los tribunales no podrían «tomar parte directa o indirectamente [...] en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo [...] bajo pena de prevaricación».

El ensalzamiento de la voluntad popular, junto con la desconfianza hacia la justicia, se tornaron notorias en el informe que el diputado

Bergasse presentó, en 1789, acerca de la «organización del poder judicial». Señalaba Bergasse, en tal documento, que «El poder judicial estará, por tanto, mal organizado si el juez goza del privilegio peligroso de interpretar la ley o de añadir algo a sus disposiciones». Así pues, no resulta extraño que poco después de la lectura del informe Bergasse la Asamblea Nacional decidiera la creación de una institución muy significativa para el presente estudio: la institución del *référé* legislativo (en sus dos modalidades, facultativo y obligatorio), que luego sería incorporada en el texto constitucional de 1791 (y que perduraría, con algunas modificaciones, hasta 1837). Aparentemente, entre los principales objetivos del citado mecanismo se encontraba el de impedir que el poder judicial, mediante la facultad de interpretar la ley, pudiera llegar a distorsionarla. La idea consistía en que tras repetidas controversias en torno al significado de una ley, la ley debía ser referida —reenviada— al Legislativo, a fin de zanjar las dificultades en curso.

Conforme al texto constitucional de 1791 se establecía que en aquellos casos en que «después de dos casaciones el fallo del tercer tribunal fuera atacado por los mismos medios que los dos primeros, la cuestión no podrá ser planteada nuevamente al tribunal de casación sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que emitirá un decreto declaratorio de la ley, al que el tribunal de casación tendrá necesariamente que ajustarse».

En su defensa del nuevo instituto, Maximilien de Robespierre sostuvo que «si los magistrados pudiesen sustituir [la ley] por su propia voluntad, se convertirían en legisladores. Es por ello necesario establecer la vigilancia que mantenga a los tribunales dentro de los principios de la legislación. ¿Este poder de vigilancia deberá ser parte del poder judicial? No, porque es el propio poder judicial el vigilado. ¿Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se convertiría en dueño de la ley. ¿Debe ser, en fin, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? No, porque yo no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este derecho de vigilancia es, por tanto, una dependencia del poder legislativo».[146]

En la etapa más radical del constitucionalismo francés, en torno al año 1793, se presentaron varios proyectos orientados, entre otros aspectos, a

146 Maximilien de Robespierre, citado en Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución*, p. 237.

asegurar la supremacía de la «genuina» voluntad general —incorporada en la Constitución— frente a posibles actos violadores llevados a cabo por el mismo poder legislativo —que en esta etapa era objeto de una creciente desconfianza—. Así, por ejemplo, y entre otros muchos, puede destacarse un proyecto de protección constitucional presentado por Condorcet, que concedía al pueblo un derecho de censura frente a los actos legislativos contrarios a la Constitución. De todos modos, ninguno de tales proyectos tuvo éxito, ni tan siquiera parcialmente, dentro del marco de la Convención Constituyente.

Críticas al principio «populista» en la organización del control de las leyes

El remedio más habitual presentado por las soluciones populistas consistió en «quitar» el control de constitucionalidad de manos de los jueces para dejarlo a cargo de los órganos de mayor representación popular. Este tipo de remedios, sin embargo, también está sujeto a infinidad de problemas, tanto teóricos como prácticos. Según diré, no es fácil defender la plausibilidad de un control constitucional meramente mayoritario, ni es obvio que los acuerdos mayoritarios tengan algo que ver con el consenso ideal al que se suele apelar para buscar justificación, ni tampoco está claro que las mayorías legislativas se identifiquen con las mayorías ciudadanas (dato este que muchos autores populistas y muchos de sus críticos toman como evidente).[147] Las soluciones «populistas» —como las he denominado— serían objetables, al menos, por las siguientes razones:

1. Una primera crítica sostiene que el populismo se afirma en una concepción filosófica difícilmente aceptable, puesto que, obviamente, no es

147 Tomar como punto de partida principios de tipo populista no nos lleva, necesariamente, a soluciones unívocas en materia de control de constitucionalidad. Tal vez lo ocurrido en la Francia posrevolucionaria ejemplifique, del mejor modo, qué es lo que puede ocurrir en tales casos. Sin embargo, países representativos del llamado «socialismo real», por ejemplo, aceptaron formas de control político de las leyes muy diferentes de las que predominaron en Francia. La aclaración obvia es que, dada la diversidad de controles «políticos» posibles, tales críticas no resultan aplicables a todas ellas de igual modo.

cierto que «la voz del pueblo» se identifique con las soluciones más justas, ni que las mayorías nunca se equivoquen. Parece inevitable reconocer que las mayorías pueden equivocarse, y que, de hecho, lo hagan muy frecuentemente. Como sostiene Hart, corresponde «distinguir el aceptable principio de que el poder político [se encuentra confiado del mejor modo cuando se delega] en las mayorías, de la inaceptable pretensión según la cual lo que las mayorías hagan con ese poder se encuentra más allá de toda crítica y no debe ser nunca resistido».[148]

Cuando aceptamos que las mayorías pueden cometer errores, debemos comenzar a aceptar formas de control de las leyes que no descansen, exclusivamente, en dichas mayorías. En palabras de Ronald Dworkin: «el argumento de la democracia [que aquí identificamos como el argumento del populismo] pide que quienes ostentan el poder político sean invitados a ser jueces exclusivos de sus propias decisiones, para ver si tienen el derecho de hacer lo que han decidido que quieren hacer».[149] Esto es, una vez aceptada la falibilidad de la democracia, aparecen inmediatamente razones para establecer controles sobre las decisiones del sistema. Y estos controles, como sugiere Dworkin, no pueden quedar en manos de aquellos mismos que queremos controlar. Por ejemplo, resultaría absurdo preguntarle a una mayoría antisemita si resulta aceptable la promulgación de leyes antisemitas propuestas por esa misma mayoría.

2. Merece destacarse, además, la excesiva e injustificada confianza del populismo en los efectos de «agregar» razones individuales. Para el populismo, en principio, basta con que las mayorías (o, en algunos casos, sus representantes) «hablen» (típicamente, a través del voto), para tener conocimiento de las decisiones correctas que deben ser tomadas. Esta idea, implícita en el ideal rousseauniano de la «soberanía popular» no resulta razonable cuando, en última instancia, se toma una decisión de un modo ciertamente objetable: sujetos que no dialogan, que no se enfrentan a planes de vida o ideales alternativos y que no ponen a prueba sus propias convicciones pueden verse tentados a decidir a partir de sus simples prejuicios, o a partir de la resignación o el desconocimiento de otras

148 Hart, H. *Law, Liberty, and Morality*, p. 78.
149 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio,* p. 225.

posibilidades alcanzables.[150] Y esta posibilidad, tan cercana a este tipo de modelos, representa una alternativa muy poco plausible para el ideal de una sociedad que se autogobierne, que decida su futuro de manera consciente, informada, autónoma.

3. Por otra parte, existe una clara diferencia entre lo que pudo ser el ideal rousseauniano de decisiones unánimes y consensuadas, y el tipo de decisiones que normalmente acostumbran a tomarse dentro de una democracia. En esta última, las limitaciones de tiempo, las urgencias de tomar decisiones, etc., hacen que la exigencia de la unanimidad se deje a un lado, y que lo que predomine sean las decisiones apoyadas por simples mayorías, producidas sin la posibilidad de solidificar consenso alguno. Sin entrar a desgranar los problemas filosóficos que se presentan, debiera resultar claro que este tipo de acuerdos más o menos apresurados, más o menos frágiles, deben estar abiertos a correcciones periódicas. Un sistema que no es suficientemente flexible y sujeto a cambios resulta propenso a que en él se tomen decisiones más bien imperfectas.

4. En el punto anterior señalé que los acuerdos unánimes registran diferencias sustantivas con los acuerdos mayoritarios, alcanzados después de un proceso limitado en el tiempo. Ahora quisiera destacar otra importante diferencia cualitativa que se produce entre las decisiones tomadas por las mayorías ciudadanas y las decisiones tomadas por las mayorías legislativas.

En una versión simplificada del ideal rousseauniano podía proponerse la identificación entre las decisiones de la Asamblea Legislativa Nacional, y las decisiones del «pueblo soberano». En muchas ocasiones, por ejemplo, los convencionales constituyentes franceses parecieron pasar por alto las diferencias existentes entre un gobierno de democracia directa y otro representativo. La proclamada identificación entre la voluntad general y la Asamblea Nacional procuraba disimular una verdad inocultable: los representantes no se identifican, ni pueden identificarse, con la diversidad de intereses existentes dentro de la sociedad.[151] Así pues, en la

150 Véase una crítica interesante, en este sentido, en Jon Elster, «The Market and the Forum», incluido en Elster, Jon y Aanund Hylland. *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge U.P., 1989.

151 Al respecto véase, por ejemplo, Manin, Bernard. «Elections, Elites and Democracy: On the Aristocratic Character of Elections». Manuscrito.

voz del representante quedan resumidas, ignoradas, rechazadas, presumidas o interpretadas con acierto, o no, las preferencias de miles de individuos que no pueden decir mucho al respecto. Esta distinción entre «elegidos» y «electores» no pudo ser anulada, ni siquiera en el intento radicalmente revolucionario de 1793.

Obviamente, las observaciones que acabamos de exponer tornan más urgente la necesidad de corregir y controlar la voluntad de las asambleas mayoritarias, y al mismo tiempo, nos muestran las legítimas dudas que el funcionamiento de tales asambleas puede suscitar. En lo que aquí respecta, la pregunta sería: ¿Podemos aceptar confiadamente las decisiones de las mayorías legislativas? Y aún más, ¿podemos aceptar que ellas mismas controlen la plausibilidad o la corrección de sus decisiones?

5. Junto con las mencionadas deficiencias sustanciales existe otra serie de dificultades, más prácticas, que también afectan el valor moral de las decisiones legislativas. Fundamentalmente, las asambleas legislativas, como todo cuerpo representativo, están sujetas a una multiplicidad de problemas de funcionamiento. Se ha hablado, así, de la proclividad de los representantes a distanciarse de sus representados; del especial acceso que tienen a ellos los grupos de interés o los sujetos que hacen presión en su nombre; de la tendencia a reemplazar la discusión y la argumentación racional por la negociación y el intercambio de favores; de la subordinación a la que los representantes son sometidos, para respetar una cierta disciplina partidaria, o la autoridad del Ejecutivo; de la burocratización de sus estructuras, que permite que empleados de la administración reemplacen u obstaculicen la tarea representativa, etc. Dificultades como las mencionadas, propias del hacer de cualquier asamblea legislativa, debilitan aún más la autoridad de estas como instrumento de la voz de la ciudadanía.

Conclusiones

Críticas como las aquí enunciadas apuntan, en última instancia, a quitar apoyo a la versión populista del control de las leyes. No resulta deseable, en este sentido, que sean las propias asambleas legislativas las que centralicen el control sobre lo que ellas mismas deciden hacer, y con mayor

motivo cuando las asambleas legislativas no representan sino una versión muy imperfecta del ideal rousseauniano de los acuerdos sociales unánimes.

Ahora bien, sostener este criterio de ningún modo nos acerca al criterio que antes propuse rechazar; es decir, la crítica de la versión populista del control de las leyes no torna plausible la versión elitista del mismo. Por el contrario, en este punto podemos ratificar y ampliar muchas de las reservas que antes manifestamos frente a la revisión judicial.

Por un lado, la impugnación al carácter contramayoritario del control judicial sigue resultando vigente. Si cuestionamos a las asambleas legislativas por representar solo un pálido reflejo de la voluntad ciudadana, mucho más debemos criticar al poder judicial (en su capacidad para decidir acerca de cuestiones constitucionales básicas), que no se encuentra sujeto a elección ni a remoción popular. Como sostiene Nino: «[e]s cierto que siempre hay un riesgo grande de que las decisiones mayoritarias favorezcan a los intereses mayoritarios, pero ese riesgo no se remedia desplazando esa decisión a una minoría, con lo que se corre el riesgo peor de que se favorezcan los intereses minoritarios».[152]

Por otro lado, el poder judicial se enfrenta (tanto o más que el Legislativo) a problemas prácticos que afectan su buen funcionamiento. Así, por ejemplo, vemos que los jueces se encuentran sujetos a presiones por parte de otros poderes; al peligro de aislarse de la ciudadanía hasta el grado de perder contacto con ella; al riesgo de burocratizar su funcionamiento (lo que puede llevar a que la reflexión judicial se dilate infinitamente, o sea reemplazada por la actuación de funcionarios intermedios), etc.

En definitiva, la idea es que el control de las leyes encuentra severos cuestionamientos posibles, tanto cuando es ejercido por una élite de jueces, como cuando es llevado a cabo por los mismos que deben ser controlados.

152 Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* p. 687.

Capítulo 4

Soluciones «intermedias» para el problema del control de las leyes

Soluciones «intermedias» para el problema del control de las leyes

Introducción

Como remedio para los problemas propios de posturas elitistas y populistas surgieron, como suele suceder, propuestas destinadas a mediar entre las anteriores. En particular, tales propuestas tendieron a aceptar la práctica del predominio judicial en el control de las leyes, pero procurando «debilitar» sus rasgos más conservadores. A continuación, y a modo de ejemplo, enumeraré algunas de esas propuestas «intermedias», y después las examinaré críticamente.

A) Grupos de presión como respaldo a los sectores más desaventajados

Para muchos, la única manera de tornar la práctica judicial más permeable a la voluntad popular consiste en facilitar el acercamiento entre la ciudadanía y el proceso judicial. Dicho acercamiento —se sostiene— puede ser provocado a través de grupos de presión capacitados para actuar en favor de los más necesitados.

La idea que subyace en la mencionada propuesta es la siguiente: normalmente, los sectores menos favorecidos de la sociedad encuentran problemas serios en acceder a la justicia. Ello, por un lado, porque la justicia no se ocupa de sus problemas, ya que los mencionados sectores no pueden

hacerse escuchar ante los estrados de la magistratura. Por otro lado, porque en las situaciones (más excepcionales) en las que sí llegan a los tribunales, no es muy probable que sus intereses resulten victoriosos (por ejemplo, debido a que no suelen contar con los mejores representantes legales para respaldarse; etc.). Problemas como los citados tienen una enorme incidencia en la afirmación del carácter contramayoritario de la actuación judicial. Cuanto menos sensible es la administración de justicia a las demandas de los grupos desfavorecidos, mayores tienden a ser las protestas contra su carácter «elitista» o conservador.

Ahora bien, y pensando en resolver problemas como los citados, ¿cuáles pueden ser las características y las tareas propias de tales «grupos de presión»? Básicamente, se piensa en la creación de diversas asociaciones civiles destinadas exclusivamente a dar apoyo a los grupos más desaventajados de la sociedad. En Estados Unidos, de hecho, ha habido ya un gran crecimiento de organizaciones de este tipo. La NAACP (Asociación Nacional para la Mejora de las Gentes de Color); la ACLU (Unión por los Derechos Civiles Americanos); el NOW (Organización Nacional de Mujeres); el Fondo mexicano-americano para la defensa legal y la educación, etc., han sido algunos de los grupos que surgieron en este sentido. Más tardíamente, tales ejemplos han sido emulados en otros países jurídicamente menos desarrollados.

El modo de actuar de estos grupos de presión ha tomado muy diversas vías. Así, por ejemplo, miembros de estas asociaciones procuran «construir» casos, con el objeto de obligar a la justicia a pronunciarse sobre ciertas cuestiones que, por medios normales, no suelen acceder a ella. Fundamentalmente, se presiona por esta vía cuando se intuye que la justicia podría acoger con benevolencia tales casos, aunque actualmente no lo haga debido a la inexistencia de demandas en tal sentido. Otras tareas posibles de los mencionados grupos incluirían: el financiamiento de las cargas implicadas por una presentación judicial de grupos con recursos limitados; el asesoramiento legal ante causas ya presentadas; las presiones indirectas sobre el tribunal (ya sea mediante campañas públicas), etc.

Un último y muy beneficioso método de respaldo a una cierta causa consiste en la inclusión de escritos de apoyo, denominados *amicus curiae*.

Esta última práctica, muy difundida en Estados Unidos, consiste en la presentación de alegatos que complementan a los ya presentados por las partes. Estos escritos (*amicus*) se introducen una vez que son admitidos por el tribunal, y suelen tener normalmente un peso importante. Redactados muchas veces por personalidades o grupos de conocida trayectoria, contribuyen a inclinar al tribunal hacia ciertos resultados, mediante la influencia de nuevos argumentos otorgados por personas o instituciones de reconocida seriedad y trayectoria. En Estados Unidos, por ejemplo (y excluyendo los casos «mercantiles»), el 53 por ciento de los casos decididos por la Corte Suprema entre 1979 y 1980 incluyeron, al menos, un escrito de *amicus*.[153]

B) Introducción de jurados y jueces legos

Otra forma de contribuir a la «democratización» de la justicia consistió en la incorporación de jurados. La mera existencia de los mismos, según diré, tiende a permitir un importante acercamiento entre la justicia y la ciudadanía.

En España, el sistema de jurados acaba de ser reglamentado para su puesta en práctica. En Argentina, por ejemplo, la institución del jurado se encuentra prevista en la Constitución (que establece, desde su artículo 24, que «el Congreso promoverá [...] el establecimiento del juicio por jurados»),[154] pero esta no ha sido organizada en la práctica, a pesar de los numerosos proyectos legislativos que se destinaron a su creación.[155]

153 Véase, por ejemplo, Baum, Lawrence. *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*. Barcelona, 1987, cap. 3.

154 Los antecedentes nacionales se remontan a la Constitución de 1853 (que hacía alusión al jurado en los artículos 24; 67, inc. 2; y 102); pero también encuentran apoyo en la Constitución de la Sociedad Patriótica; en la Constitución de 1819; en el Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires, de 1828; y en el jurado por abigeato, instituido por Las Heras en 1825.

155 Entre ellos, el proyecto de José Domínguez, de 1883; el de Eduardo Wilde, de 1886; el de Rodríguez Larreta y Federico Ibarguren; el de Julián Aguirre, de 1910; el de Tomás Yofré, de 1919; el del senador del Valle Iberlucea, de 1920; el de Albarracín Godoy, de 1937; el de Carvajal Palacios, de 1953; el de los diputados Corzo y Romero, de 1988; y el elaborado por los doctores Maier y Binder, por encargo conjunto del Consejo para la Consolidación de la Democracia, y la Secretaría de Justicia, en 1985.

Curiosamente, la no implementación del sistema de jurados contradice, también, una casi unánime opinión doctrinaria favorable al mismo.[156]

En Estados Unidos, la organización del régimen de jurados rige desde los orígenes mismos de su organización institucional.[157] Las discusiones, en aquellos momentos iniciales, tuvieron que ver principalmente con las áreas a las que debía extenderse la práctica del jurado. Ocurría que, aunque la totalidad de los convencionales constituyentes estaban de acuerdo en incluir la mencionada institución en el nuevo ordenamiento legal,[158] algunos dirigentes (y especialmente Hamilton) preferían limitar la intervención de jurados a causas criminales y no civiles.[159] La tradición norteamericana, sin embargo, respaldaba la participación del jurado en todo tipo de causas, tanto civiles como criminales. Tocqueville, por ejemplo,

156 Dentro de los notables apoyos recogidos por el sistema de jurados puede señalarse la opinión de los expresidentes Mitre («la institución del jurado es un dogma para todo pueblo libre»); Sarmiento («el jurado es el paladín de las libertades públicas. Introducir el jurado es inocular un principio de vida y de existencia en el pueblo»); o Quintana («[p]ara honor de esta Cámara ninguna voz se ha levantado atacando a la institución del jurado, que es una de las garantías más firmes sobre las que reposan las libertades públicas y privadas»). Estas citas han sido tomadas de Caballero, R. y E. Hendler. *Justicia y Participación.* Buenos Aires, 1984, cap. 4. En sentido coincidente, el prestigioso jurista J. V. González sostuvo que «el jurado era la única manera por la cual [el pueblo] podía tener parte [...] en [la aplicación de la ley]». Véase González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires, 1897, pp. 670 ss. En la actualidad, la institución sigue contando con un masivo apoyo doctrinario (véase, por ejemplo, el «Simposio internacional sobre la reforma de la justicia penal», organizado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, cuyas ponencias aparecieron publicadas en Buenos Aires, 1988).

157 En Estados Unidos, el jurado está contemplado en el artículo III, segunda sección («Todos los delitos serán juzgados por medio de un jurado, excepto en los casos de acusación por responsabilidades oficiales...»), y en la enmienda sexta

158 En *El Federalista*, n.° 83, Hamilton admite precisamente que «aunque los amigos y los adversarios del plan de la Convención no lograron ponerse de acuerdo sobre ninguna otra cosa, al menos convienen en el valor que atribuyen al juicio por jurados». Uno de los representantes de Maryland, en la Convención, sostuvo que el juicio por jurados era más importante aún que la representación legislativa, debido a que su ausencia facilitaba «usurpaciones» que, silenciosamente, podían «socavar el espíritu de libertad» de modo más peligroso que los ataques directos y abiertos por parte del Legislativo.

159 Decía Hamilton, al respecto, que «todos estamos convencidos de la utilidad de la institución y de lo mucho que favorece a la libertad. Pero debo reconocer que no discierno claramente una relación tan estrecha entre la existencia de la libertad y el juicio por jurados en los casos civiles». Y agregaba: «las acusaciones arbitrarias, los métodos arbitrarios en los procesos por supuestas ofensas, los castigos arbitrarios sobre la base de sentencias condenatorias igualmente injustas, me han parecido siempre los grandes instrumentos del despotismo judicial, y todos ellos se relacionan con el procedimiento penal».

había mostrado su admiración frente a este hecho, en su recordada visita a Estados Unidos.[160] En dicha ocasión, además, había dado fundamento a la extendida creencia que vinculaba la intervención de los jurados con una radical democratización de la justicia.[161]

C) Forma de designación de los jueces. El Consejo de la Magistratura

Otra forma de atenuar el conservadurismo propio de la revisión judicial consiste en reformar los modos de su nombramiento. Según vimos, el proceso de selección de los jueces suele encontrarse a cargo de las áreas de poder que (se esperaba) iban a resultar menos comprometidas con las políticas «mayoritarias»: el Senado y el Ejecutivo. Se decía, entonces, que la designación de los jueces no debía recaer en la Cámara Baja, ya que en dicho caso los nombramientos iban a verse viciados por «intrigas y parcialidades]».[162] Para la mayoría de los convencionales que —en Estados Unidos— apoyaron este tipo de criterios, el Senado constituía una alternativa óptima frente a la Cámara de diputados debido a su cuerpo menos numeroso y su composición más «selecta».[163] Lo cierto es que, desde entonces, tanto en Estados

160 Sostuvo entonces que «cuando [...] el jurado es extendible a los asuntos civiles, su aplicación está en todo momento a la vista; afecta a todos los intereses; cada cual contribuye a su acción; penetra así hasta en los usos de la vida; plega al espíritu humano a sus formas y se confunde, por así decir, con la idea misma de justicia». O también: «la influencia [del jurado] crece infinitamente a medida que se introduce más y más en las materias civiles». Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. Madrid, 1969.

161 Al respecto, sostenía Tocqueville que «el jurado sirve increíblemente para formar el juicio y para aumentar las luces naturales del pueblo». Y a esta sumaba otras razones consecuencialistas en apoyo del mismo. Así, afirmaba que «[a] través de las enseñanzas de la historia se puede comprobar que el esfuerzo y la aplicación que requieren el ser jurado favorecen efectivamente la tarea de imbuir a la sociedad de una vocación de equidad [...] cada cual al juzgar a su vecino, piensa que él podría ser juzgado a su vez». Y también «reviste a cada ciudadano de una especie de magistratura; hace sentir a todos que tienen deberes que cumplir para con la sociedad, y que entran en su gobierno», *ibíd*.

162 Véase esta afirmación de Madison en Farrand, Max, ed. *The Records of the Federal Convention of 1787,* vol. 1, p. 120.

163 Madison comparte también esta opinión, *ibíd*. Véase, además, vol. 1, pp. 232 y 233. Una minoría, sin embargo, sostuvo que tampoco el Senado daba garantías de imparcialidad suficiente, dado el (todavía) elevado número de miembros que lo integraban. El convencional *Ghorum*, por ejemplo, mantuvo esta postura aseverando que la Cámara de senadores constituía un cuerpo «demasiado numeroso» como para asegurar «decisiones correctas» (*ibíd*., vol. 2, p. 41). En sentido similar se pronunció James Wilson en diversas oportunidades (*ibíd*., vol. 1, p. 119; vol. 2, p. 523).

Unidos como en otros países que continuaron su tradición, el Ejecutivo nombra a los jueces con el acuerdo del Senado, y sin la participación de la Cámara Baja.

En Norteamérica, de todos modos, la práctica corriente en el proceso de selección de jueces tendió a morigerar los discutibles presupuestos que caracterizaban el diseño original de dicho proceso. Por ejemplo, y en primer lugar, se estableció que las audiencias de la Comisión de Acuerdos del Senado (en las que el cuerpo otorga, o no, el *advice and consent* a las sugerencias del Ejecutivo) fueran públicas.[164] Pero, y esto es lo más importante, existe también la tradición de convocar a tales audiencias a personalidades y académicos que fundamentan su apoyo o su crítica a los juristas en cuestión. Por ejemplo, y para citar un caso de interés, en la década de los ochenta se rechazó al juez Robert Bork como futuro miembro del Tribunal Superior, después de un decisivo desfile de autoridades que se pronunciaron en contra de su nombramiento.

Algunos estados de Norteamérica, más radicalmente, han aceptado la iniciativa de convocar elecciones para determinar el nombramiento de los jueces locales. Los jueces, en este caso, son designados a partir de la decisión de la voluntad popular, por un tiempo limitado, y tras campañas electorales en las que los jueces pudieron informar a la ciudadanía acerca de cómo desempeñarían la función judicial, en caso de salir victoriosos. Esta práctica, poco extendida fuera de Estados Unidos, se presenta como una alternativa muy polémica, también destinada a dotar de mayor «democraticidad» a un cuerpo que hemos caracterizado como contramayoritario. Frente a este tipo de situaciones, muchos podrían dudar de su actitud de seguir acusando al poder judicial de ser un poder cuyo origen reconoce una raíz conservadora. De todos modos, cabe aclarar que elecciones como las mencionadas suelen ser restringidas, en todo caso, a los miembros de los tribunales inferiores y no a los del tribunal máximo.

164 En países como Argentina, en cambio, la situación tendía a ser muy crítica debido al carácter reseñado o secreto que solían asumir las sesiones de nombramiento de los jueces. Este rasgo adicional de elitismo fue reparado en 1994, cuando una reforma de la Constitución estableció la obligatoriedad de hacer públicas tales asambleas (el nuevo artículo es el 99, inc. 4, que establece que el Ejecutivo nombra a «los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto»). Esta actitud, al menos, implicó un primer cambio de importancia a los efectos de «democratizar», en parte, el nombramiento de los jueces.

De todos modos, en Europa y en Latinoamérica, las variaciones más interesantes que se han producido en materia de nombramiento de los jueces han estado vinculadas con organismos del tipo del «Consejo de la Magistratura». El Consejo de la Magistratura, en líneas generales, aparece como un órgano formado por jueces, y destinado primordialmente a tareas tales como las de nombrar nuevos jueces y ejercer de principal órgano disciplinario del plantel judicial. El razonamiento que ha solido acompañar el diseño de estos «consejos» ha sido del tipo siguiente: muchas de las posibles objeciones a la justicia se vinculan con la falta de jueces verdaderamente probos e independientes. Tales objeciones pueden surgir, sobre todo, a partir de la forma inadecuada en que se designa a los magistrados. En Latinoamérica, por ejemplo, se suele afirmar —con razón— que la mayoría de los nombramientos judiciales obedecen a razones políticas. En otros casos, simplemente, se sostiene que las formas tradicionales para la designación judicial (que involucran exclusivamente a los órganos políticos) no garantizan de modo eficaz el nombramiento de los mejores jueces, por ejemplo, porque no se otorga el peso debido a cuestiones tales como las virtudes académicas de los candidatos, sino que se toman en cuenta otras razones más espúreas. Por tanto, la idea del Consejo de la Magistratura viene a remediar carencias como las señaladas procurando asegurar, fundamentalmente, que la esfera judicial se distinga por la excelencia de los miembros que la componen. Como diré al final del capítulo, sin embargo, hay muy pocas razones para confiar en este tipo de mecanismos en relación con objetivos como los mencionados.

D) El tribunal como legislador negativo

Ha habido otras tentativas, en parte más audaces que las anteriores, destinadas a dotar al Tribunal Superior de mayor legitimidad democrática. Una de las más importantes de entre estas iniciativas ha sido la de «politizar», de algún modo, al Tribunal Superior. Lo que se busca es que los jueces elegidos sean capaces de decidir con criterios no exclusivamente «técnicos», sino que también tomen en consideración factores propios de

la vida política y social de las comunidades en cuestión. La Corte Constitucional italiana, por ejemplo,[165] parece organizarse a partir de este tipo de características, fundamentalmente por el sistema de nombramiento de sus miembros y el tipo de tareas que trata.[166]

La Corte Constitucional italiana (así como la de Alemania) aparece hoy como una versión modificada de un modelo diseñado en su momento por el famoso jurista Hans Kelsen. En el modelo ideado por Kelsen existía un Tribunal Constitucional con facultades (que podrían ser denominadas) legislativas, que le permitían dejar de lado las normas que

165 Un sistema bastante similar es el de Alemania, en donde existe un Tribunal Constitucional desde el año 1949. El control es a posteriori, y puede ser activado por petición de: *a)* cualquier particular que se considere perjudicado en sus derechos básicos por el poder público, *b)* los tribunales comunes, y *c)* los órganos políticos. Las decisiones gozan de fuerza de ley, y como tales obligan a los poderes públicos; siendo sus efectos retroactivos *ex tunc*. La obligatoriedad de la sentencia se extiende a sus fundamentos, según declaró el mismo tribunal. Los legisladores, por su parte, no pueden volver a dictar una ley que ya fue declarada nula por su carácter inconstitucional. Las leyes pueden ser anuladas en forma total o parcial (que es lo que ocurre más a menudo) Véase, por ejemplo, Simón, Dieter. *La independencia del juez*. Barcelona, 1985, cap. 3; Ress, George. *El control constitucional de las leyes en la R.F.A.* Buenos Aires, 1988.

166 Sus quince miembros son elegidos entre el presidente de la República, el Parlamento, y la suprema legislatura ordinaria y administrativa, los cuales eligen cada uno a un tercio de los jueces. Las funciones de la Corte Constitucional italiana son de dos tipos. Por un lado, el control de constitucionalidad de las leyes; y por el otro, una atribución sancionatoria respecto de ciertos ilícitos constitucionales. Como encargada del control de la Constitución, entiende en: *a)* las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes, del Estado y las regiones; *b)* los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado; los conflictos entre el Estado y las regiones, y los que se den entre las propias regiones, y *c)* la admisión de peticiones de referendos abrogativos de las leyes ordinarias. La segunda de las funciones de la Corte (la denominada facultad sancionatoria) implica la posibilidad de juzgar —frente a ciertos ilícitos constitucionales— a determinados funcionarios acusados por la Asamblea Legislativa. Uno de los motivos determinantes de la creación de la Corte fue la particular estructura de la República que, descentralizada en el plano político-constitucional, y organizada con el Estado en el centro, y con las regiones en la periferia, está ordenada conforme a un sistema de autonomías regionales. Como cada región goza de su propia esfera de competencias legislativas y administrativas, pareció necesario establecer un órgano capaz de velar para que el Estado no invadiese tales esferas, y que, al mismo tiempo, impidiese que alguna región se extralimitase en sus atribuciones, causando perjuicio al Estado o a alguna de las otras regiones, o violando la Constitución. Véase, por ejemplo, Antonio La Pégola, «Note sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale», Papua, *CEDAM*, 1981; Piernicola di Leonardi, «Tendenza della giustizia costituzionale», Papua, *CEDAM,* 1985; Francesco Trassari, «Dieci anni di attivita della Corte Costituzionale», *Il Politicon*, 2, Univ. de Pavía. Según Eduardo Oteiza, «[I]a Corte Constitucional es vista por los jueces italianos como un tribunal esencialmente político, y por el poder político como un órgano jurisdiccional», *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, ed. Platense, 1994, pp. 30-36.

resultasen contrarias a la Constitución. Aunque, en principio, dicha tarea puede resultar similar a la que le corresponde a otros mecanismos más tradicionales de control de las leyes, lo cierto es que entre ambos modelos existen algunas diferencias significativas.

En primer lugar, y antes que nada, en este caso se contaría con un órgano legislativo escindido en dos: un legislativo «positivo» que dicta leyes, y otro «negativo» autorizado para abrogar las que resulten inconstitucionales. La capacidad de este último no se extiende (como suele ocurrir en los mecanismos de control más comunes) más allá de este paso abrogativo. Luego, aparecen otros rasgos también distintivos de este modelo. Por un lado, y dado su carácter originalmente «legislativo», sus decisiones se extienden con fuerza obligatoria ante todos los restantes órganos de gobierno (esto es, tienen validez *erga omnes*). Por otro lado, se trata de una institución que ejerce su tarea de control de un modo «concentrado», lo que implica una fundamental diferencia con la *judicial review* norteamericana, en donde existe un sistema de «jurisdicción difusa» ejercido por medio de todos los jueces de la nación.

Otras diferencias menores también marcarían la particularidad de este modelo. Por ejemplo, las acciones directas de inconstitucionalidad, o la legitimidad para interponer dichas acciones, legitimidad que se reconoce aun a los órganos políticos (y no exclusivamente a los individuos).

En primer lugar, las ideas de Kelsen fueron adoptadas en la Constitución de Austria de 1920.[167] Tribunales especiales similares aparecieron luego en la Constitución de Checoslovaquia de 1920, y en la española de 1931. Las constituciones de Italia y Alemania, dictadas después de la segunda guerra mundial, tendieron a retomar este tipo de controles concentrados. En Italia, la adopción del modelo austríaco fue

167 En su trabajo «A comparative study of the Austrian and the American Constitution», Kelsen rememora el haber considerado y discutido otras alternativas de control: una, similar a una acción popular; otra, con un magistrado general encargado de examinar toda la legislación y subsumir cualquier ley dudosa a consideración de la Corte; y una más, haciendo participar a la minoría perjudicada por la decisión de la mayoría. Kelsen, Hans. *The Journal of Politics*, vol. 4, 1952. Véase, también, Díaz de Guijarro, Enrique. «El control de constitucionalidad de las leyes en las constituciones modernas». *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 1930; Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado.* Buenos Aires, 1985.

promovida por el famoso jurista kelseniano Pietro Calamandrei, y en Alemania, por Hans Nawiaski, un discípulo directo de Kelsen. De todos modos, tanto en Alemania como en Italia se terminó por adoptar un sistema intermedio, que conservaba rasgos propios del modelo norteamericano (ya que, por ejemplo, el tribunal no va actuar como un «legislador negativo»), y rasgos propios del modelo de Kelsen (jurisdicción concentrada; acción directa de constitucionalidad; validez *erga omnes* de las decisiones, etcétera).

Críticas a las soluciones «intermedias»

La mayoría de los remedios institucionales comentados en la sección anterior aparecieron con el objeto de aliviar las críticas que suelen dirigirse al llamado carácter contramayoritario de la justicia. La pregunta que conviene hacerse ahora es hasta qué punto las mencionadas soluciones resultan plausibles con respecto a los objetivos para los que fueron pensadas.

Como comentario general, correspondería reafirmar el carácter meramente «remedial» de las soluciones propuestas. Esto es, tales soluciones nunca ponen en cuestión la raíz conservadora propia del sistema que se procura modificar o morigerar. En todos los casos, seguimos contando con un grupo de individuos especializados en el control de las decisiones constitucionales más básicas.

En ocasiones, es cierto, estas propuestas procuran mejorar la posibilidad de que «el común de la gente» (o grupos especialmente desaventajados) lleguen hasta el máximo tribunal. Esta alternativa puede parecer efectivamente deseable, especialmente en sociedades tan desigualitarias como las nuestras. Sin embargo, también parece cierto que este tipo de iniciativas no hacen más que reafirmar los peores rasgos que distinguen a nuestro sistema. Por un lado, se está aceptando una visión «corporativista» de la democracia, una visión que comporta un «choque» entre los distintos grupos de interés. En este punto, no gana quien tiene el mejor argumento, sino quien tiene un mejor equipo de abogados y respaldado por grupos de presión. Por otro lado, se debe reconocer que, en la práctica, y a pesar de la aparición de estos «nuevos» grupos de interés (proderechos civiles, etc.), los sectores más postergados de la sociedad siguen

estando en una situación de completa marginación. Solo para mencionar el caso más importante, añadiremos que en Estados Unidos (el país por excelencia de los grupos de interés), la clase de los económicamente más desaventajados sigue siendo ignorada o castigada por la justicia. La pregunta es si, ante situaciones tales, tenemos que promover la presencia de nuevos «grupos de presión», o reconocer los muy limitados y poco atractivos logros que suelen caracterizar el modo de actuar de los ya existentes.

Otra de las soluciones examinadas más atrás se refiere a la posibilidad de incluir, dentro del máximo tribunal, puntos de vista más «politizados» —esto es, más sensibles a la «voluntad de las mayorías»—. Juristas de mucha importancia, como Genaro Carrió, reconocen el carácter contramayoritario del poder judicial, pero sostienen que con algunas variaciones menores, como la de «politizar» más la elección de los jueces (por ejemplo, reconociendo la facultad de la Cámara Baja para intervenir en el nombramiento de los jueces),[168] o la de tornar más ágiles los mecanismos para su remoción (hoy resumidos en un muy inefectivo y costoso proceso de juicio político), podrían reducirse sustancialmente las críticas al elitismo y/o conservadurismo propio de ese poder. Según Carrió: «[c]on la adopción de [este tipo de modificaciones a la administración de justicia], la *judicial review* quedaría bien parada, principalmente desde el punto de vista de la aprobación del test democrático, respecto del cual sus críticos la consideran deficitaria».[169] De algún modo, Carlos Nino también se muestra confiado en la posibilidad de mejorar la legitimidad de la justicia, a través de una mayor «politización» de la misma. En su opinión, esto podría lograrse reemplazando la Corte por un Tribunal Constitucional «con miembros renovables periódicamente y designados por los diferentes órganos representativos de la soberanía popular».[170]

168 «No es, pues, desatinado preguntarse si en la designación de los jueces, para que ella sea más democrática, no habría que dar alguna injerencia a la Cámara de Diputados, que hoy no tiene ninguna, pese a ser el único órgano político del Gobierno Federal elegido por el pueblo de manera directa. Preguntarse por qué excluirla es, *prima facie*, hacer una buena pregunta», Genaro Carrió, «Una defensa condicionada de la *judicial review*», incluido en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, p. 159.

169 *Ibíd.*, p. 164.

170 Nino, Carlos. «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», incluido en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, p. 135. De todos modos, debe señalarse que Nino incluía este tipo de propuestas dentro de un paquete bastante más amplio y significativo de reformas.

Soluciones como las mencionadas, sin embargo, no ponen en cuestión el hecho de que un grupo selecto de individuos siga tomando decisiones fundamentales en el nombre de la mayoría de la población. Esto es, unos cambios como los sugeridos no modifican el carácter propio de la *judicial review*: unos pocos siguen decidiendo acerca de cuestiones constitucionales fundamentales en lugar de la mayoría. Afirmar esta crítica no implica decir que las decisiones mayoritarias sean siempre justas o que no sean objetables, sino que lo que se señala es que aquí otra vez nos enfrentamos a un problema muy grave de legitimidad, que no puede ser pasado por alto como si no existiese, o como si pudiese solucionarse mediante meros cambios formales (por ejemplo, en el modo de nombramiento de los jueces).

La misma situación se presenta respecto del modelo de la justicia como «legislador negativo». Pese a sus aparentes promesas, lo cierto es que en el modelo kelseniano los jueces siguen teniendo la autoridad necesaria para descalificar una ley mayoritariamente respaldada, aun contra toda razonable insistencia de tales mayorías. Nuevamente, no se presentan mecanismos que permitan flexibilizar la relación entre la legislatura y los órganos de control. De hecho, en la práctica, este modelo de actuación judicial ha ido automodificándose, y hoy los tribunales que se habían inspirado inicialmente en las ideas de Kelsen trabajan de un modo casi idéntico a los tribunales norteamericanos, en su práctica del *judicial review*.

La solución sugerida por los defensores del «Consejo de la Magistratura» parece demasiado imperfecta, ya que —como diré más adelante— no solo no resuelve los problemas que prometía solucionar, sino que, además, comporta otros adicionales. Considérense, al respecto, las siguientes observaciones: *a)* El poder político, en todo caso, puede seguir ejerciendo sus indeseadas presiones sobre el Consejo de la Magistratura; *b)* La misma existencia del «Consejo» incentiva de un modo indebido el «corporativismo» judicial; *c)* La teoría que subyace tras del «Consejo» descansa exageradamente en la «magia» electoral, como si una buena elección —si la hubiera— garantizase un buen ejercicio del cargo. Lo cierto es que aunque contásemos con jueces elegidos por los mejores motivos, nada nos garantizaría —en absoluto— que la tarea de los magistrados, en sus cargos, respondiese a las razones que dieron fundamento a su elección. Piénsese que, en este caso, la situación es mucho más dramática que la que surge a causa de la elección de los funcionarios políticos, ya que respecto de los

políticos, al menos, la ciudadanía conserva la posibilidad de reprochar la tarea de quienes fueron elegidos, no volviéndolos a elegir en las elecciones siguientes. En cambio, los jueces —salvo circunstancias muy excepcionales— no pueden ser reprochados debidamente ni por los ciudadanos ni por sus representantes; *d)* En este sentido, y lo que es más grave, la propuesta del Consejo de la Magistratura desconoce también el problema del carácter contramayoritario de la justicia. En efecto, aun en el hipotético caso en que la elección de los jueces haya sido realmente apropiada y que, además, los jueces electos desempeñen sus funciones en coherencia con las razones que fundamentaron su nombramiento, el problema «contramayoritario» permanece: ¿Qué justifica, por ejemplo, que sean tales jueces y no la sociedad quienes tengan la última palabra en cuanto a cómo decidir el problema del aborto o el de la misma organización económica de la sociedad?

Tampoco resulta suficientemente atractiva la idea de «democratizar» la elección de los jueces, hasta el punto de permitir su elección directa por la ciudadanía. Esta solución no es atractiva por diversas razones. Primero, porque parte de la errónea, y muy peligrosa, «ilusión» o «magia» electoral, a la que antes hice referencia. En este caso, el problema radicaría en pensar que por el solo hecho de haber sido elegido mediante el voto directo alguien se convierte en auténtico representante de sus electores. Lo cierto es, sin embargo, que ni las elecciones directas eliminan el tipo de problemas que aquí nos ocupan. Piénsese, simplemente, en el caso de un juez elegido popularmente, digamos, por sus posiciones «proabortistas». ¿Qué ocurriría si, en todas las restantes cuestiones de relevancia, dicho juez apareciera contradiciendo la voluntad unánime de los ciudadanos (y las de sus representantes en las Cámaras deliberativas)? En mi opinión, volveríamos a ver en toda su gravedad el problema del carácter contramayoritario de la justicia: debe ser la ciudadanía, mediante la discusión, y no un cuerpo de élite (elegido de cualquier modo), quien decida cómo resolver los conflictos constitucionales que aparezcan.[171] Volviendo al mencionado caso, y para remarcar la vigencia del problema en cuestión, piénsese en la siguiente circunstancia: dada la estructura habitual del funcionamiento

171 Obviamente, este planteo es capaz de poner en cuestión las mismas bases del sistema representativo. Por ello, y dada la gravedad del planteo, me ocuparé de él en extenso, más adelante.

de la justicia, el mencionado juez «proabortista» podría terminar decidiendo en contra de la mayoría —aun en el caso del aborto por el que fue elegido— si cambiase de opinión durante el desempeño de su tarea judicial. Lo que es peor, la ciudadanía no contaría con medios como para rectificar la decisión judicial durante el mandato de los magistrados electos (mandato, por lo general, bastante más extenso que el que suelen tener los legisladores). Con esto quiero decir que la elección directa de los jueces no representa una salida adecuada a los problemas aquí planteados. Mientras la justicia siga teniendo la posibilidad de contradecir la voluntad de las mayorías en todo tipo de cuestiones y conserve el derecho de pronunciar la «última palabra», tendremos que seguir hablando de las tensiones entre la «justicia» y la «democracia». Adicionalmente, y solo para aludir a la ineficiencia de la solución mencionada, cabe considerar el siguiente punto: actualmente, los poderes legislativo y ejecutivo reclaman, al mismo tiempo, tener «legitimidad democrática» para actuar en nombre de los ciudadanos (lo cual, según diré, es muy cuestionable). Esta situación da lugar a típicos enfrentamientos entre ambos poderes. Ahora bien, ¿qué pasaría si el poder judicial también reclamase tener «legitimidad democrática» en idéntico grado que los restantes poderes? Si fuera así, se multiplicaría el problema ya existente, dando lugar (esto es lo más grave) a una situación paradójica: tal vez, los tres poderes reclamen, al mismo tiempo, tener una «real representatividad», cuando quizá ninguno la tenga realmente. Esto es, la elección democrática de los jueces podría no solo resultar indeseable por razones de principio, sino que, además, funcionalmente, podría resultar ineficiente y aportaría más conflictos que soluciones.

Capítulo 5

La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes

Primera parte

La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes

Primera parte

En este capítulo voy a examinar el problema del control de constitucionalidad desde la óptica de una tradición diferente de las adoptadas hasta el momento. A esta tradición la he denominado, anteriormente, «tradición radical no populista», aunque me animaría a considerarla, más propiamente, como la versión (genuinamente) radical, a secas. Para conocer cuál es el contenido que le atribuyo a esta tradición puede ser conveniente, en primer lugar, compararla con las distintas concepciones a las que se enfrenta.

Antes que nada, la concepción que aquí presento se opone a las posturas elitistas antes examinadas, precisamente porque este radicalismo no populista toma como punto de partida que todas las personas son creadas iguales y están igualmente dotadas de razón. Este principio tan simple y fundamental fue incorporado por Jefferson, por ejemplo, como nota principal en la —por él redactada— Declaración de la Independencia de Estados Unidos.[172] A

172 Entre las influencias intelectuales de Jefferson, para arribar a estas conclusiones, deben destacarse la del filósofo Burlamaqui y la de Locke. Es interesante notar, en este sentido, que Jefferson tuvo un acercamiento muy diferente a Locke, respecto del que tuvieron la mayoría de los autores federalistas. Jefferson, en efecto, se concentró en la preocupación de Locke respecto de la igualdad. Su lectura de Locke tuvo que ver, principalmente, con el «Segundo tratado de gobierno», en donde Locke muestra una menor preocupación en torno a su teoría del conocimiento (y la idea de que no todos estaban igualmente capacitados para acceder a ciertas verdades fundamentales). La aproximación «igualitaria» de Jefferson a Locke parece haber sido influida, muy especialmente, por los escritos de Burlamaqui. Burlamaqui, en efecto, había desarrollado una teoría que enfatizaba la relevancia del sentido común para la evaluación de las cuestiones morales, y sostenía que el conocimiento moral no necesitaba de las grandes «especulaciones» o abstracciones. De acuerdo con Morton White, este tipo de visión contribuyó a que Jefferson a otros seguidores de Burlamaqui formularan teorías «mucho más democráticas que [las presentadas por] el racionalismo moral del cual trataban de escaparse». Véase White, Morton. *The Philosophy of the American Revolution*. Oxford, Oxford U. P., 1978, pp. 110 y 129-131.

diferencia de lo que podía resultar obvio para el pensamiento elitista, Jefferson consideraba que debía «confiarse con seguridad en que [las personas] van a escuchar testimonios verdaderos y falsos, y van a saber formar el juicio correcto distinguiendo entre ellos».[173] No había, en su opinión, un grupo especialmente ilustrado capaz de reconocer las verdades que los demás no veían.

Por otro lado, esta vertiente del radicalismo se distingue también de lo que he llamado «tradición conservadora». Como (genuina) postura radical, sostiene —al contrario que la postura conservadora— que la toma de decisiones imparciales se favorece *tomando en cuenta*, *efectivamente*, *la opinión de todos los individuos potencialmente afectados* por la decisión en juego. El conservadurismo, según vimos, no consideraba necesario ni conveniente esta apertura de la discusión al público. En este sentido, mientras la tradición (genuinamente) radical considera la *reflexión colectiva* como una vía privilegiada hacia la toma de decisiones imparciales, la tradición conservadora tendía a reposar, más bien, en las virtudes de la reflexión individual como medio más apropiado para garantizar dicha imparcialidad (de modo aún más extremo, según vimos, las posturas *elitistas* consideraban que solo algunos individuos especialmente virtuosos o ilustrados estaban capacitados para decirnos cuáles eran las mejores decisiones posibles). Las razones por las cuales se entiende que es necesario consultar a cada uno de los posibles afectados tienen que ver, fundamentalmente, con el conocimiento: se asume que si se deja de consultar a alguno de los sujetos de la decisión se corre el fuerte riesgo de ignorar o pasar por alto información relevante (por ejemplo, cómo repercuten en cada uno las propuestas de los demás, o qué preferencias son especialmente significativas para uno). Decir esto, de todos modos, no significa decir necesariamente que cada uno es el «mejor juez» de sus propios intereses: la opinión de los demás siempre puede ser importante para el esclarecimiento acerca de los propios intereses y los medios más propicios para alcanzarlos. Decir esto tampoco significa afirmar que «los demás son incapaces de ponerse en el lugar de uno». Lo que se trata de defender es que, aunque los demás estén bien predispuestos respecto de uno, no obstante,

173 Así, en una carta que le escribiera al juez John Tyler, por ejemplo, *Thomas Jefferson. Writings.* Nueva York, N. Y. Literary Classics of the U. S., 1984, p. 1147.

pueden (y suelen) tener dificultades para conocer, interpretar, juzgar y defender unos intereses que en última instancia les son ajenos. Por razones como las antedichas, la tradición (genuinamente) radical defiende, en principio, la más amplia intervención pública en el proceso de toma de decisiones, como forma de contribuir a una toma de decisiones correctas.

De acuerdo con lo que he sostenido hasta el momento, no existen variaciones significativas entre (lo que aquí he estado llamando) la tradición (genuinamente) radical y la tradición (que más atrás he llamado) radical populista. Sin embargo, lo cierto es que ambas posiciones guardan importantes diferencias entre sí. Fundamentalmente, la tradición (genuinamente) radical no asume como obvio que las decisiones imparciales se identifiquen, o resulten definidas, a partir de los acuerdos mayoritarios. Ello porque, en primer lugar, no resulta sensato afirmar (como parecen afirmar los populistas) que aquellos que disienten con la opinión de la mayoría están directamente equivocados (dado que, para el populismo, lo que es correcto se define a partir de la decisión mayoritaria). Es evidente que la posición de las minorías se torna muy incómoda dentro de un esquema populista: ¿Qué razones van a tener los miembros del grupo mayoritario, por ejemplo, para (siquiera) escuchar a quienes no participan de las convicciones predominantes? La confianza populista en la infalibilidad mayoritaria también resulta digna de ser revisada. Parece claro, a todas luces, que las mayorías pueden equivocarse en sus juicios por infinidad de razones (falta de información, prejuicios, etc.), o pueden, simplemente, tomar decisiones equivocadas debido a su apresuramiento o a su falta de reflexión adecuada.

Ahora bien, según la tradición radical no populista, la necesaria preocupación por los derechos de las minorías, así como el abandono de la creencia en la infalibilidad mayoritaria, no deben arrastrarnos, otra vez, hacia el conservadurismo, sino que lo que se requiere es mejorar el proceso de toma de decisiones, sin necesidad de echar por la borda el saludable principio de «tomar efectivamente en cuenta la opinión de cada uno de los posibles afectados». El sostenimiento de este tipo de principios puede exigirnos, por ejemplo, que establezcamos instituciones que alienten una mejor reflexión colectiva, o mecanismos destinados a «dar voz» a

aquellas opiniones relevantes que por alguna razón (falta de recursos económicos, incapacidad organizativa, etc.) no pueden ser escuchadas por los demás.

En este sentido, por ejemplo, los radicales no vieron con buenos ojos el sistema de «frenos y contrapesos» diseñado por el pensamiento conservador, y que, en una primera aproximación, podría verse como un sistema destinado a mejorar la calidad de las decisiones políticas. Para la tradición (genuinamente) radical, el modelo de «frenos y contrapesos» resultaba, en principio, al menos objetable: *a)* por desalentar la intervención mayoritaria en el proceso de toma de decisiones; *b)* por aislar a los representantes en el ejercicio de sus funciones, y *c)* por resultar imperfecto en cuanto a la defensa de las minorías (se afirmaba entonces, y con razón, que su única pretensión era la de proteger los amenazados intereses del grupo de los «acreedores»).

Para los radicales no populistas, la gran pregunta era la de *cómo conciliar el principio de preferencia por la voluntad mayoritaria con la convicción de que la regla de la mayoría era falible, y la de que los representantes no solo no se identificaban necesariamente con las mayorías, sino que tendían a actuar de un modo autointeresado*.[174] En líneas generales, y a partir de tales intuiciones, la estrategia radical no populista mantuvo los siguientes rasgos: en primer lugar, procuró dejar en claro su rechazo hacia los instrumentos «aristocratizantes» de control institucional (esto es, típicamente, la institución del Senado); en segundo lugar, procuró asegurar la mayor responsabilidad de los mandatarios y la creciente intervención popular en los asuntos públicos, y en tercer lugar, intentó mostrar que dicho reconocimiento de la voluntad popular no implicaba una confianza dogmática en las virtudes de la participación mayoritaria.

La crítica al modelo conservador (y elitista) encontró su blanco más habitual en la institución del Senado. Al respecto, los radicales sostuvieron que esa modalidad de bicameralismo resultaba inepta para los proclamados fines de mejorar el proceso de toma de decisiones. Típicamente, Thomas Paine equiparó la institución del Senado con un obstáculo para la

174 Como decía Jefferson: «La humanidad muy pronto aprende a realizar usos autointeresados de cada derecho y poder que posee.» Véase Vile, M. *Constitutionalism and the Separation of Powers*, p. 166.

expresión y dilucidación de la voluntad mayoritaria. El Senado criticado por Paine parecía dirigido, más bien, a equilibrar u obstaculizar la voluntad de las mayorías. Los miembros del Senado se distinguían de los miembros de la Cámara Baja por su origen social diferente: el Senado venía a asegurarle una porción de poder a la aristocracia que no podía autosostenerse por medio del voto mayoritario. Este tipo de bicameralismo, según Paine, no solo no mejoraba la voz mayoritaria sino que, por el contrario, la desvirtuaba. De acuerdo con su opinión, si lo que realmente se deseaba era impedir la toma de decisiones irreflexivas o apresuradas, dicha finalidad podía obtenerse por medios más seguros y eficientes, sin necesidad de incorporar al sistema institucional una élite de aristócratas. Aun conservando una cámara unicameral, por ejemplo, podía satisfacerse adecuadamente el principio de la discusión. En este sentido, afirmaba Paine que «a fin de eliminar la objeción a una sola cámara, la de actuar por impulsos demasiado rápidos, y al mismo tiempo, evitar las incoherencias y los absurdos —en algunos casos— de la existencia de dos cámaras [podría optarse por] no tener más que una representación [...] dividir esa representación, por sorteo, en dos o tres partes [y hacer que cada proyecto de ley que se proponga se debata en esas partes] y que cada una de ellas escuche a las otras, pero sin proceder a votación alguna. Después de lo cual toda la representación se reuniría para un debate general y para determinar el asunto por votación».[175]

En segundo lugar, los radicales no populistas (en este caso, junto con las vertientes radicales populistas) urgieron la adopción de mayores controles sobre los funcionarios electos. Así, típicamente, las constituciones radicales aparecidas en la mayoría de los estados norteamericanos, después de la independencia, incluyeron la autorización de las instrucciones sobre los representantes el derecho de revocación de mandatos, las elecciones frecuentes, o la obligatoriedad de la rotación de los cargos.

De todos modos, la tradición (genuinamente) radical —según hemos visto antes—, se preocupó por dejar claro que no solo propiciaba un mayor protagonismo ciudadano en la función pública, sino que, además, se interesaba por mejorar la calidad de las decisiones políticas, impidiendo

175 Véase «The Rights of Man». *Thomas Paine: Political Writings.*

el dictado de «normas apresuradas» o movidas por la «simple pasión» —posibilidad esta que inquietaba especialmente al pensamiento conservador—. Tal vez el mejor ejemplo del modo como los radicales quisieron combinar estos principios sea el de la polémica Constitución de Pennsylvania de 1776.

La Constitución de Pennsylvania —Constitución en la que Paine tuvo una participación decisiva—[176] resultó un intento importante, aunque tal vez fallido, de plasmar institucionalmente el ideario radical. Tanto en el texto constitucional, como en los argumentos que se presentaron para su defensa, los radicales dejaron en claro que no solo rechazaban el tipo de controles institucionales defendidos por el conservadurismo, sino que también se preocupaban por establecer mecanismos orientados a asegurar la elaboración de leyes más razonadas y acordes con la voluntad popular. Una típica expresión de estas ambiciones se encuentra en la sección 15 de la Constitución. En ella se establecía que «con el fin de que las leyes puedan ser más razonadamente consideradas, y dada la necesidad de prevenir las determinaciones apresuradas tanto como sea posible, todas las leyes de naturaleza pública deberán ser impresas para ser puestas a la consideración del pueblo, con antelación a que sean leídas por última vez —para su debate y enmienda— en la Asamblea General; y, excepto en aquellas ocasiones de urgente necesidad, no deberán ser transformadas en leyes hasta la siguiente sesión de la Asamblea, y, para una más perfecta satisfacción del público, en el preámbulo de tales leyes se deberán establecer con claridad y extensión los motivos de su creación».[177] Esto es, los radicales de Pennsylvania se preocuparon muy especialmente por mostrar que no

176 El dato más obvio en este sentido es el de su sistema legislativo unicameral, que fue defendido en los mismos términos en que lo hacía Paine, y bajo la presuposición de que los senadores, «una vez que obtienen [el poder] tienden a usarlo como si fuera de su propiedad». Véase *Eudoxus*, Pa. Packet, abril, 22, 1776.

177 Véase «Pennsylvania Constitution ot 1776», en *Constitutions that Made History*, ed. por Blaustein y Sigler. Nueva York, 1988, pp. 29 y 30. En una primera versión de este proyecto se establecía que cada ley, antes de ser promulgada, debía ser leída tres veces, en tres días diferentes. De todos modos, y dadas las seguridades adicionales incorporadas en el texto —vinculadas, sobre todo, con lo que se presumía como un fuerte sistema de controles de los representados sobre los representantes—, entendieron que podían comportar un exceso de garantías. Véase Shaeffer, John. «Public Consideration ot the 1776 Pennsylvania Constitution». *The Pensylvania Magazine of History and Biography*, XCVIII. 4 (octubre, 1974): 420-421.

se adherían al populismo demagógico y ciego al que solían hacer referencia sus detractores. Por otro lado, cabe notar que algunas de las medidas aconsejadas en este ordenamiento, como la que se refería a las sesiones legislativas abiertas a la ciudadanía y la inmediata publicidad y difusión de las decisiones parlamentarias, resultaban novedosas dentro del contexto norteamericano.

La tradición (genuinamente) radical el control judicial de constitucionalidad

Según hemos expuesto, los radicales no populistas encontraron dificultades para compatibilizar su convencido respaldo de la regla de la mayoría con la aceptación de que las mayorías podían equivocarse —o guiarse por pasiones momentáneas—, y los funcionarios públicos hacer abuso de la autoridad de que estaban investidos. Una singular muestra del tipo de dificultades a las que me refiero se puede encontrar en la misma idea de Constitución que estaban desarrollando.

En efecto, el diseño de reglas constitucionales tenía, por un lado, un aspecto casi revolucionario, y, por otro, un lado amenazadoramente conservador. El aspecto revolucionario de la Constitución tenía que ver con su potencialidad para favorecer la mayor libertad general. Las garantías como la de libertad de expresión o la de publicar las ideas por la prensa sin censura previa proporcionaban a todos ciertas libertades básicas e indispensables, y además, el fijar en un documento, acordado por todos, las reglas elementales del ejercicio del poder resultaba un medio apropiado para la prevención de los habituales abusos de autoridad y una forma eficiente de hacer posible que la sociedad se «gobernara a sí misma».

Sin embargo, en más de un sentido, el aspecto conservador de la Constitución también resultaba evidente. Por un lado, la Constitución representaba una amenaza para las generaciones futuras: los radicales tenían en cuenta la posibilidad de que una cierta generación pretendiera abusar de la siguiente, limitando su libertad de decisión de modo irracional. Por otro, los radicales tenían temores más inmediatos: ¿Quiénes iban a encargarse de asegurar el respeto de la Constitución? ¿Qué garantías había de que los «guardianes» de la Constitución no quisieran abusar de ella?

En cuanto a la primera reserva mencionada (impedir la opresión de las generaciones futuras), pensadores como Paine o Jefferson dejaron claro las líneas de una —muy polémica— posible solución. En su trabajo sobre los «derechos del hombre», por ejemplo, Paine apuntó que cada generación debía ser libre de actuar por sí misma, en todos los casos, tanto como lo habían sido las generaciones precedentes. El único consenso válido, en su opinión, era el de las personas vivas: ninguna generación, por tanto, tenía el derecho de limitar a la siguiente. Jefferson, por su parte, compartió con Paine la idea de que «la tierra pertenece a los que están vivos». De acuerdo con la ley de la naturaleza —señalaba Jefferson—, «una generación es tan independiente de las demás como una nación respecto de las restantes»,[178] y por ello —agregaba— cada generación debía fijarse sus propias reglas. Como una curiosa forma de refrendar sus afirmaciones, Jefferson recurrió al estudio de las tablas de mortalidad en Europa, las cuales le permitieron deducir que las generaciones se renovaban cada diecinueve años. De ahí su peculiar consejo de renovar la Constitución cuando estuvieran a punto de cumplirse dos décadas de su vigencia.[179]

Muchos constitucionalistas contemporáneos tienden a simpatizar con los criterios que Paine o Jefferson tomaron como punto de partida. Sin embargo, también es cierto que soluciones como la propuesta por el político de Virginia —una renovación constitucional sujeta a períodos predefinidos— generan perplejidades y cuestionamientos más o menos obvios.[180] Aquí nace, entonces, uno de los desafíos más interesantes que debe resolver el radicalismo no populista de nuestro tiempo: ¿Cómo compatibilizar de modo razonable la intuición a favor de una Constitución relativamente estable y la intuición a favor del autogobierno?

Pero ante todo, los radicales no populistas tuvieron que enfrentarse al problema de cómo «custodiar» —preservar la vigencia de— la Constitución: si la sociedad se autoimpone ciertas reglas de juego, ello

178 Véase *Thomas Jefferson. Writings*, p. 962.

179 Un excelente análisis al respecto en Stephen Holmes, «Precommitment and the paradox of democracy», incluido en Elster, Jon y Rune Slagstad. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Cambridge, U.P., 1991.

180 Algunas de las mejores críticas al pensamiento jeffersoniano aparecen ya en *El Federalista*, n.os 47 y 51.

significa que quiere que tales reglas sean respetadas, lo cual —a su vez— supone la existencia de algún organismo destinado a asegurar el respeto de tales reglas. El modo como los radicales no populistas enfocaron la cuestión fue —según creo— bastante pobre, al menos en los orígenes del constitucionalismo norteamericano. Nuevamente, el punto de partida para los radicales fue el de una cierta desconfianza —desconfianza algo dogmática, a veces— hacia cualquier tipo de arreglo institucional inscrito dentro de la mecánica de los «frenos y contrapesos». Si se piensa, concretamente, en el poder judicial —el órgano tradicionalmente reconocido como «guardián de la Constitución»— debe notarse que el radicalismo siempre manifestó cierto rechazo hacia aquel, sobre todo dada la parcialidad que habían mostrado los jueces en el período postindependentista (así, en la persecución y condena de la empobrecida clase de los «deudores», a mediados de la década de 1780-1790). Por ello, la retórica radical al respecto solía ser una retórica antijudicial. Jefferson, especialmente, se caracterizaría por emitir juicios muy severos respecto de los magistrados. Curiosamente, pocos presidentes de Estados Unidos sufrirían tanto como él el «acoso» proveniente de la actividad judicial. Así se explica, por ejemplo, su afirmación de que el poder judicial constituía un «cuerpo de zapadores permanentemente trabajando para socavar los derechos independientes de los estados»,[181] o que, refiriéndose a los jueces de la Corte Suprema, sostuviera que estos no eran dependientes «de nadie más que de ellos mismos», o que moldeaban la Constitución a su gusto, como si fuera un objeto de cera. En su opinión, todo eso convertía al poder judicial en un poder «seriamente antirrepublicano, tal vez de por vida».[182]

De todos modos, debe notarse también que (a pesar de esta animadversión más bien generalizada hacia los jueces) los primeros radicales norteamericanos no tuvieron oportunidad de diseñar una propuesta clara en materia de control de constitucionalidad. Una de las razones que explican este hecho es, simplemente, que muchos de ellos no gozaron de la clarividencia que pudo tener Hamilton al respecto. Los riesgos que se advertían en torno al ejercicio más pleno de la voluntad mayoritaria tenían que ver,

181 Véase Jefferson, T. «Autobiography». *The Writings of Thomas Jefferson*. Nueva York. N.Y. Literary Classics of the U.S., 1984, pp. 121-122.

182 Jefferson, Thomas. «Carta a S. Kercheval» y «Carta a John Taylor». Ambas incluidas en *The Writings of Thomas Jefferson*.

sobre todo, con la presencia de un poder legislativo dividido y debilitado, y con el relajamiento de los controles populares sobre los representantes.

En la Constitución de Pennsylvania de 1776, el punto más relevante para este debate se vinculó con el establecimiento de un «consejo de censura», órgano de origen popular, destinado a evaluar periódicamente el adecuado funcionamiento de la Constitución y también a prevenir, de ese modo, posibles acciones violadoras de la Carta Magna. Curiosamente, según veremos, la imagen más bien opaca de este organismo llegaría a los debates constituyentes franceses, en donde se citaría este antecedente como una razón decisiva para *rechazar* la creación de un «Tribunal Constitucional».

En cambio, en el contexto posrevolucionario francés, las discusiones acerca de los controles constitucionales resultaron más intensas que en el ámbito norteamericano. Dichos debates aparecieron, más claramente, después de la época del «Terror», y pasados ya dos rotundos fracasos constitucionales —con textos frecuentemente violentados por la práctica legislativa—. Entre las propuestas que entonces se presentaron destacó la del *Tribunal Constitucional* —ofrecida por Emmanuel Sieyès—, el cual, en buena medida, pareció inscribirse dentro de lo que aquí describo como (genuina) tradición radical. Por un lado, y según veremos, su propuesta partía del reconocimiento de la falibilidad mayoritaria —de hecho, la evidencia y la gravedad de dicha falibilidad le habían motivado a escribir su propio proyecto—.[183] Por otro lado, Sieyès estaba convencido de que las fallas del principio de la mayoría no debían provocar ni la vuelta al pasado —y así, al consiguiente predominio de la aristocracia judicial—, ni debían causar el rechazo o el debilitamiento de la regla de la mayoría.

Ahora bien, ¿en qué consistía la propuesta del Tribunal Constitucional? Según Sieyès, el Tribunal tendría como misión principal la de pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución,

183 Notablemente, Sieyès reconocía que, entre los posibles sujetos capaces de atentar contra la Constitución, estaban, también, los miembros de las cámaras legislativas. «[L]os peligros de excesos reales [...] por parte de [la legislatura] no pueden, en modo alguno, ser rechazados por vosotros al reino de las puras quimeras.» «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional», pronunciada en la Convención Nacional, el 18 de Thermidor, año III de la República, en *Escritos y discursos de la revolución* (Centro de Estudios Constitucionales, 1990), p. 280.

dirigidas contra las normas legislativas (las denuncias en cuestión, conforme al proyecto, podían ser presentadas por el Consejo de ancianos, por el Consejo de los quinientos, o por los ciudadanos a título individual). Pero, además, el Tribunal actuaba como «suplemento de jurisdicción natural en los vacíos de la jurisdicción positiva», y funcionaba como un «taller de proposiciones para las reformas que, con el tiempo [exija] el texto de la Constitución».[184] Su convencimiento era el de que la Constitución debía estar sujeta a un proceso de «perfeccionamiento gradual».

Puede parecer curioso que, en Francia, haya sido Sieyès el más destacado (y pionero) defensor de la adopción de un Tribunal Constitucional. Ello debido a que, hasta entonces, Sieyès se había destacado por exaltar la autoridad de la Asamblea y por rechazar el establecimiento de posibles controles sobre ella (recuérdense sus escritos contra la posibilidad de un veto real). Sin embargo, lo cierto es que, aun en esta severa propuesta de restricción sobre la Asamblea, el «pueblo» seguía siendo el último y decisivo referente de la autoridad política. Como decía Sieyès, el Tribunal conformaba un «verdadero cuerpo de representantes», y seguía estando basado en la idea de que los jueces no debían participar en el proceso de creación normativa.[185]

De todos modos, finalmente, el proyecto de Sieyès resultó unánimemente rechazado en la Asamblea. Allí se alertó, por un lado, sobre la posibilidad de que el Tribunal se convirtiese en un «coloso [capaz de] arrasar todas las otras partes de la organización política», y por otro, se hizo referencia entonces a la supuesta inutilidad del Tribunal, para lo cual se le comparó con un supuesto antecedente suyo: el mencionado Consejo de Censura de Pennsylvania. Al respecto, se afirmó que «en la Constitución de Pennsylvania [se encuentra] una institución que tiene mucho parecido con el Tribunal Constitucional que se nos ha propuesto [...] Pero este Consejo fue convocado en 1783, y de su examen resultó que la

184 Sieyès pensaba que el Tribunal debía editar, cada 10 años, un cuaderno o «proyecto de reforma» del acta constitucional.

185 Decía Sieyès, justificando la creación del Tribunal, «[p]ensad [...] en el sabio decreto por el que habéis prohibido a los jueces citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones; con mayor razón, no podréis concederles la potestad de citar ante ellos a los primeros cuerpos políticos del Estado». Emmanuel Sieyès, «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional».

Constitución había sido violada con bastante frecuencia por los poderes legislativo y ejecutivo. Ello quiere decir que la expectativa de censura pública [...] no puede prevenir tales violaciones».[186]

A pesar del rechazo recibido por la propuesta de Sieyès, la idea del Tribunal Constitucional continuó presente en la atmósfera legal francesa de su tiempo: estuvo detrás de lo que sería, años más tarde, el «Senado conservador», y, dentro de la doctrina jurídica de ese país, ha permanecido como un crucial punto de referencia hasta nuestros días.

Este periplo por el ideario radical nos pone ahora en situación de reconocer las dificultades y posibilidades de esa tradición, frente a los problemas generados por la misma existencia del texto constitucional. Por un lado, según dijimos, el radicalismo no populista debe resolver de qué forma darle relevancia a la Constitución sin obstaculizar irrazonablemente las posibilidades de autogobierno de cada nueva generación. Esto es, y dicho un poco más pretenciosamente, debe resolver el problema de la vigencia intergeneracional de la Constitución. Por otro lado, el radicalismo debe clarificar su postura en cuanto al modo de proteger la Constitución. Fundamentalmente, debe demostrarnos que es posible respetar tanto la regla de la mayoría como el texto constitucional.

En las siguientes secciones examinaré una serie de intentos recientes —inscritos dentro de lo que denominaré radicalismo no populista— destinados a resolver problemas como los recién planteados.

Bruce Ackerman y la función judicial

La primera de las propuestas que voy a analizar es la presentada por Bruce Ackerman, mediante una muy conocida y extensa serie de trabajos. En sus escritos, Ackerman procuró dar cabida a dos intuiciones fundamentales, claves dentro del pensamiento radical no populista: por un lado, destacó la noción de que, en una democracia, el que debe gobernar es el pueblo, y no algún cuerpo de élite como el poder judicial. Es la propia ciudadanía —sostuvo Ackerman— la que debe decidir cómo gobernarse,

186 Véase el testimonio de Thibaudeau, citado por Blanco Valdés en *El valor de la Constitución*, p. 306.

decidiendo, ante cada problema constitucional, el rumbo a tomar. Por otro lado, el profesor norteamericano puso un especial énfasis en la idea de que *no todas las decisiones que toman las mayorías merecen ser igualmente consideradas*. Según él, deben reconocerse algunas diferencias relevantes entre una Constitución y una ley dictada por simple mayoría. Considerar que la Constitución y las leyes «comunes» tienen la misma jerarquía, o están en un mismo plano —sostuvo—, resulta un error con serias implicaciones respecto de la labor jurídica (por las razones que presentaré enseguida).

Con estas dos breves, pero fundamentales, intuiciones, Ackerman tomó parte, muy contundentemente, en una serie de inacabadas discusiones propias del derecho constitucional. Para poder apreciar los alcances de esta intervención de Ackerman, conviene poner sus sugerencias en el contexto del debate en el que estas aparecieron.

Antes que nada, Ackerman consideraba las lúcidas —pero fallidas— argumentaciones de Alexander Hamilton en materia de actuación judicial. Según vimos, en *El Federalista,* n.° 78 Hamilton parecía defender la posibilidad de que los jueces revirtiesen las decisiones de los legisladores. Según Hamilton, los jueces, al negar la validez de una ley, no negaban la voluntad popular expresada en ella, sino que, por el contrario, defendían la verdadera voluntad de la ciudadanía, consagrada en la Constitución. Al revisar la constitucionalidad de las leyes, los jueces solo ponían las cosas en su lugar: la Constitución debía encontrarse siempre por encima de las leyes comunes, porque ese era el lugar en el que la misma gente, al aprobarla y ratificarla, la habían colocado. Ninguna ley, pues, podía cuestionar la Constitución, porque hacerlo era cuestionar la autoridad del pueblo. Así, los jueces —en opinión de Hamilton— aparecían como los máximos custodios de la voluntad popular.

El argumento de Hamilton, según vimos, tenía muchos aspectos atractivos. Frente a posibles acusaciones acerca del elitismo judicial, frente al carácter «no popular» de los jueces, frente a las atribuciones «contramayoritarias» de la magistratura, Hamilton ponía el acento en la función profundamente democrática de la justicia. De todos modos, también lo hemos dicho, ese argumento era ingenioso e incisivo, pero a la vez muy frágil. Como señalara Bickel, las reiteradas apelaciones al «pueblo» no

hacían más que encubrir las profundas dificultades de la argumentación. Es cierto (o al menos, así podemos asumirlo) que la ciudadanía se había expresado a favor de una cierta Constitución, y que ese hecho no era «un hecho más» dentro de la historia legal del país. Pero también es cierto que, así como los ciudadanos habían llegado a coincidencias profundas en un determinado momento, podían volver a coincidir en otro, y con similar intensidad. Esto es, el pueblo se había manifestado con contundencia en una oportunidad (el momento de la creación de la Constitución) —y ese hecho merecía tener relevancia jurídica—, pero nadie podía negar la posibilidad de que ese pueblo volviese a manifestarse con contundencia. Y nadie debía negarle relevancia jurídica, tampoco, a esta nueva circunstancia. Luego, podía concluirse que si los jueces desconocen estos nuevos acuerdos populares, desconocen la voluntad popular (y actúan, así, de modo «contramayoritario»). La invocación de la vieja Constitución, en este sentido, puede parecer una excusa para encubrir (bajo el manto de una supuesta apelación al «pueblo») unos argumentos que, en realidad, ignoran la expresión democrática de los ciudadanos.

En el marco de esta discusión, Ackerman aporta argumentos capaces de conformar razonablemente a los dos bandos en disputa: no negará la importancia de la Constitución, pero, al mismo tiempo, tampoco ignorará la posibilidad de nuevos acuerdos sociales básicos, no expresados en aquella Constitución, ni en una nueva.[187]

El punto central de la teoría de Ackerman es que existen dos tipos de decisiones fundamentales dentro de una democracia. En primer lugar, se encuentran las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos: las que llama «decisiones constitucionales», que se expresan por medio del dictado de la Constitución, de sus reformas y de otras decisiones igualmente importantes. En segundo lugar, están las decisiones que toma la ciudadanía por intermedio de su gobierno y que se expresan mediante las leyes nacionales o locales.

187 Nótese, por ejemplo, que no corresponde decir que si la ciudadanía quisiera volver a expresarse con contundencia en el futuro, lo que debería hacer es, simplemente, reformar la Constitución, o (en los casos en que es posible) enmendarla. Este tipo de procesos, como sostiene Bickel, «incorporan un veto minoritario extremo» (*The Least Dangerous Branch,* p. 21). Una pequeña proporción de legisladores, en este sentido, puede llegar a negar, o convertir en demasiado costoso (hasta tomarlo indeseable), el camino de las reformas constitucionales.

En su opinión, las decisiones del primer tipo son muy infrecuentes. Para concretarlas se exige una enorme movilización de la ciudadanía; amplios procesos de discusión; marchas y contramarchas a partir de la confrontación de ideas opuestas, etc. Los debates constitucionales habrían reflejado, por ejemplo, este primer tipo de decisiones. Sin embargo, como ya he anticipado, otras decisiones que aparecieron con posterioridad también reflejaron un nivel similar de acuerdos. Por ejemplo, las decisiones que siguieron a la guerra civil norteamericana y que orientaron reformas legislativas tendentes a la integración racial. O las decisiones propias de la época del «New Deal», cuando la ciudadanía se puso de pie para llevar adelante un proceso radical de reformas económicas. En todas estas situaciones, según Ackerman, se vivieron «momentos constitucionales», procesos de reorganización social muy profundos, que implicaron verdaderas reformas a la Constitución, aun cuando, formalmente, no se hubieran puesto en marcha los mecanismos procedimentales de reforma constitucional.

En cambio, el segundo tipo de decisiones son más normales y hacen a la política de todos los días. Mediante sus mandatos, los representantes de la ciudadanía tratan de satisfacer los intereses generales. Para ello, dictan leyes, las aplican, las hacen cumplir. Sin embargo, el punto que le interesa resaltar a Ackerman es que los representantes no tienen autoridad para revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía, que se reflejan en aquellas otras decisiones de «primer nivel». Esto es, los funcionarios del gobierno pueden actuar y tomar múltiples decisiones, pero sus decisiones deben respetar los límites que la propia ciudadanía les ha fijado, cada vez que intervino en el proceso político.[188]

De esta manera, Ackerman le da parcialmente la razón a Hamilton, al sostener que en la Constitución se encuentra incorporada la voluntad del pueblo y que esta debe ser respetada. Pero también resuelve el principal problema que afectaba a la posición de Hamilton, ya que ahora se combate la idea de que los jueces puedan actuar de modo contramayoritario: está bien que los jueces hagan respetar la Constitución, pero ello no significa que puedan revertir «cualquier» decisión de las legislaturas invocando

188 Ackerman, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1991.

aquella Constitución pasada. Eso sería dejarse gobernar por la «mano muerta del pasado», cuando lo cierto es que los ciudadanos han tomado otras decisiones fundamentales a lo largo de la historia, y que estas decisiones merecen tanto respeto como las que quedaron consagradas en la Constitución. Así pues, los jueces deben respetar tanto aquel acuerdo constitucional básico, como todos los grandes acuerdos posteriores, si no quieren convertirse en jueces contramayoritarios. La facultad judicial de revisar la constitucionalidad de las leyes, por tanto, permanece firme, aunque su alcance se encuentre ahora más restringido.

El «dualismo» constitucional

A través de su concepción «dualista» de la democracia, Ackerman combate también otras dos posturas, muy habituales dentro del derecho constitucional norteamericano. Antes que nada, hace una crítica de las posiciones que denomina «monistas» (y que se superpondrían, en algunos casos, con las que aquí llamamos posturas populistas en sentido «fuerte»). Esa postura «monista» (que, aparentemente, sería defendida por figuras de la talla de Charles Beard, Oliver W. Holmes, etc.) pecaría por no distinguir adecuadamente entre los dos niveles de decisiones constitucionales señalados por Ackerman. Para los «monistas», la democracia requeriría entregarle plena autoridad legislativa a los que vencen en las elecciones generales. Y, desde el momento en que se asume que los vencedores en las elecciones gozan de la máxima autoridad, cualquier intervención de la justicia contra estos (por ejemplo, al declarar inconstitucional una ley) constituye un acto contramayoritario, antidemocrático.[189]

En cambio, para Ackerman resulta claro que este tipo de criterios se contradicen con las más básicas observaciones de nuestro sentido común. No es cierto que las legislaturas sean la expresión máxima de la voluntad ciudadana, como tampoco es cierto que todas las leyes o todos los principios que rigen nuestro derecho se encuentren a un mismo nivel. Existe una diferencia entre las decisiones que provienen de la «política de todos los días», y las que resultan de largos procesos de movilización ciudadana (como las decisiones plasmadas en la Constitución, en las declaraciones

189 *Ibíd.*, cap. 1.

de derechos, en paradigmáticas sentencias judiciales, etc.), que constituyen decisiones «constitucionales». Marcar esa diferencia nos ayuda a ver la legitimidad de muchas decisiones judiciales que, para los «monistas», serían, simplemente, contramayoritarias. Dice Ackerman: «los monistas olvidan una cuestión fundamental cuando afirman que los que ganan en un proceso electoral abierto y ecuánime quedan capacitados para gobernar con la completa autoridad del pueblo». En su opinión, «del hecho de que una ley gane apoyo legislativo mayoritario [...] no se sigue que esa ley represente el juicio elaborado de la ciudadanía movilizada».[190] Esas leyes, simplemente, son un producto de nuestra vida democrática habitual. Y si los legisladores quieren dotarlas de una autoridad superior, deben seguir un camino mucho más difícil y costoso, que involucre activamente al conjunto de los ciudadanos.

Para los «dualistas» como Ackerman, es bueno que exista un órgano destinado a preservar las decisiones más fundamentales del pueblo, frente a las decisiones elaboradas por los legisladores en el día a día. En ese caso el poder judicial no actuaría antidemocráticamente, sino democráticamente, al pronunciarse en contra de leyes actuales (de «segundo nivel»), opuestas a las más profundas decisiones de la ciudadanía movilizada.

Por otro lado, la posición de Ackerman se opone a otro tipo de posturas, también muy comunes en el derecho norteamericano, como sería la de los «fundamentalistas» (posición vinculada con las que aquí denominamos *elitistas*). Esta postura «fundamentalista» sostiene la primacía de ciertos derechos fundamentales sobre cualquier decisión democrática. Recurriendo a los ejemplos mencionados por Ackerman, tenemos que un jurista como Richard Epstein aparecería como un fundamentalista, por otorgar al derecho a la propiedad dicho carácter central. Ronald Dworkin también lo sería —en su defensa del derecho a una «igual consideración y respeto»—, al igual que Owen Fiss, al remarcar los derechos de los grupos más desaventajados. En cada uno de los casos, derechos como los mencionados aparecerían como «cartas de triunfo» frente a cualquier reclamación de la mayoría.[191]

190 *Ibíd.*

191 Véase, también, Bruce Ackerman y Carlos Rosenkrantz. «Tres concepciones de la democracia constitucional». *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, cap. 1.

Para Ackerman, la actitud de los «fundamentalistas» no expresa una adecuada concepción acerca del vínculo que debe establecerse entre dos ideas tan centrales como conflictivas: la de la democracia y la de los derechos. Para él, solo una concepción como la «dualista» es capaz de articular adecuadamente esta relación, ya que, según esta posición, los derechos no son defendidos por ser el resultado de las brillantes reflexiones de algún filósofo que haya sabido localizarlos, sino que los derechos son defendidos, aun en contra de comunes decisiones legislativas, porque son la expresión de una voluntad popular de nivel superior. Los derechos son defendidos como máxima expresión de la democracia, y no como «cartas de triunfo» esgrimidas contra ella.

En definitiva, para Ackerman la tarea consiste, en primer lugar, en analizar la propia historia: mirar hacia adentro y no hacia afuera, tratando de descubrir los «esfuerzos de generaciones [de ciudadanos y funcionarios de gobierno] para dar forma a un lenguaje constitucional dualista, adecuado a una permanente crisis propia del autogobierno democrático».[192]

Objeciones a la visión dualista de la democracia

Según parece, la teoría presentada por Ackerman permite resolver muchos de los inconvenientes que son propios de las más comunes aproximaciones a la *judicial review*. Sin embargo, también es cierto que sus puntos de vista se encuentran igualmente sujetos a numerosas dificultades. Estas dificultades (que examinaré a continuación) no impiden que la concepción ackermaniana siga gozando de un merecido prestigio, aunque muestran sus limitaciones.

1. Una primera objeción que podría formularse apunta al núcleo mismo de la visión dualista. ¿Por qué hemos de pensar que existen dos niveles de acción política (la acción política «constitucional», y la acción política cotidiana)? Lo que parece cierto es que no todas las decisiones políticas se encuentran en un idéntico nivel; que no es lo mismo, por

192 *Ibíd.*

ejemplo, dictar una Constitución que dictar una ley de pesca. Parece cierto (y obvio) que existen decisiones rodeadas de una gran discusión pública, y otras que son promulgadas sin la menor participación ciudadana. Ahora bien, reconocer este punto no nos lleva a aceptar, directamente, la presencia de dos tipos diferentes de decisiones.

Así pues, podríamos decir que no existen solo dos, sino varios niveles de acción política. Por ejemplo, podríamos decir que existe un nivel de compromiso popular alto, otro mediano, y un tercer nivel de bajo compromiso. En este caso (como en otros posibles, todavía más complejos) seguiríamos respetando aquella intuición originaria (no todas las decisiones se encuentran al mismo nivel) pero, ahora, con un más afinado grado de precisión. Aún más razonablemente, podríamos afirmar que las acciones políticas se encuentran dentro de un continuo con «diferentes tonalidades», esto es, podríamos sostener que efectivamente existen diferencias entre distintas decisiones, pero que estas no permiten delinear separaciones tan drásticas como las señaladas por Ackerman, sino simples diferencias de «color» o «tonalidad».[193]

2. Una segunda objeción a la teoría de Ackerman haría más específicamente referencia al papel de los jueces dentro de su concepción. En este punto, la observación sería la siguiente: aun asumiendo que aceptemos la distinción de niveles propuesta por Ackerman, ¿por qué habríamos de aceptar que la justicia (y, en particular, la Corte Suprema) es la institución mejor capacitada para distinguir entre dichos niveles? Y aunque reconociésemos la validez de esa sugerencia, ¿por qué habríamos de aceptar que sea la justicia la que se encargue de la protección de las «decisiones constitucionales»? En última instancia, dado el básico aislamiento de la justicia respecto de las mayorías, podría concluirse que la justicia no constituye el órgano más apto para el reconocimiento y la protección de la más genuina voluntad ciudadana.

Por otra parte, tampoco resultan claros cuáles debieran ser los criterios a tener en cuenta para proteger tales «decisiones constitucionales», ya que puede ocurrir que una misma «decisión constitucional» resulte apoyada universal, o casi universalmente, pero por razones contradictorias o

193 Véase, por ejemplo, Nino, Carlos. *La filosofía del control judicial de constitucionalidad.*

conflictivas entre sí, y en ese caso, se nos plantearía el serio interrogante acerca de cómo «leer» lo que se denomina una «decisión constitucional». Esta última observación (acerca del significado del acuerdo constitucional) nos remite a los problemas de interpretación a los que aludí al comienzo del presente trabajo. En este sentido, podríamos decir lo siguiente: aunque todos estuviéramos de acuerdo con ciertos principios afirmados —a partir de idénticas razones— durante un cierto momento constitucional, todavía tendríamos que resolver cómo interpretar el significado de tales principios, a la luz de los casos concretos que se nos presentan. Nuevamente, no resulta claro que el poder judicial sea el órgano más adecuado para llevar adelante dicha tarea (al menos, teniendo en cuenta el modo como acostumbra a desarrollarla en la actualidad).

A continuación, quisiera concentrarme con mayor detenimiento en una última crítica, la cual tiene que ver con un rasgo fundamental en la propuesta de Ackerman: la posible contribución del poder judicial al proceso democrático deliberativo. Voy a dedicar a esta crítica un espacio mayor, dada la importancia de la cuestión que se examina a los efectos de mi trabajo y lo valioso de las observaciones presentadas por Ackerman al respecto.

La justicia y la formación de las decisiones mayoritarias. El caso del *New Deal*

De acuerdo con Ackerman, el poder judicial debe ser especialmente respetuoso con todas aquellas decisiones que surjan de la voluntad meditada de la ciudadanía, después de un proceso de reflexión en el cual el mismo poder judicial desempeña un importante papel. La intuición básica que guía a Ackerman parece ser la siguiente: normalmente, el conjunto de los ciudadanos no participa activamente en política, no se «pone de pie» organizadamente para elevar sus peticiones a las autoridades. Esta actitud debe ser comprendida, ya que no se les puede exigir a los ciudadanos una participación permanente en la vida pública. Sin embargo, en situaciones excepcionales, la ciudadanía toma cartas en el debate político, protesta y clama por ciertos derechos, exige que sus representantes actúen

de cierto modo, etc. Y es frente a estas situaciones extraordinarias donde los jueces deben actuar con especial cuidado: si queremos que nuestra sociedad se rija a partir de la voluntad democrática de sus miembros, debemos estar preparados para reconocer y saber respetar debidamente aquellas raras ocasiones en donde la ciudadanía se moviliza al amparo de ciertos principios fundamentales.

En casos como los mencionados, el poder judicial debe saber integrar los acuerdos mayoritarios sustantivos en el ordenamiento jurídico vigente, a fin de dar estabilidad y permanencia a los mencionados acuerdos. La tarea fundamental del poder judicial, en este sentido, aparece vinculada con una cierta «preservación» de decisiones mayoritarias pasadas. Ahora bien, en el desempeño de esta tarea, indirectamente, el poder judicial realiza una contribución importante respecto del mismo proceso de reflexión colectiva. En efecto, tratando de hacer respetar las decisiones pasadas, el poder judicial puede llegar a «bloquear» el nacimiento de nuevos acuerdos mayoritarios. Esta tarea, que a simple vista puede parecer «regresiva», resulta, sin embargo, una importante contribución al proceso de creación normativa, ya que obliga a los distintos participantes a perfeccionar sus argumentos y a reforzar su insistencia acerca de sus demandas particulares. En tal sentido, la actuación del poder judicial, al intensificar el tenor de las disputas, termina «señalando» la presencia de un conflicto relevante en ciernes, y obliga, así, a la ciudadanía y a los demás poderes públicos a resolver el problema que allí se plantea. En definitiva, durante todo este proceso, el poder judicial no juega un papel «regresivo» o «progresivo», sino que cumple, simplemente, con su misión constitucional. Para Ackerman, un excelente ejemplo de este complicado proceso colectivo lo constituye el caso del *New Deal*, al que me voy a referir a continuación.

Durante la presidencia de Roosevelt, la Corte Suprema norteamericana se mostró muy reticente acerca de la validez de las reformas económicas propuestas por el Ejecutivo. Roosevelt había sugerido una serie de medidas destinadas a paliar la crisis económica (medidas que luego serían conocidas bajo la denominación de *New Deal*), y que implicaban otorgar al Estado un activo papel en la regulación de la actividad privada. Para muchos, estas medidas atentaban contra la propiedad privada y, por tanto, resultaban inconstitucionales.

Las primeras reacciones de la Corte al respecto fueron bastante dubitativas. El máximo tribunal anuló entonces medidas destinadas a revitalizar la industria de la construcción y otras que afectaban las cláusulas del «debido proceso».[194] Mantuvo, en cambio, otras disposiciones promovidas por Roosevelt destinadas a aliviar ciertas obligaciones contractuales.[195] Sin embargo, dichas dudas se convirtieron en serios desafíos hacia las políticas de reconstrucción económica, cuando quedaron invalidadas partes de la *National Industry Recovery Act*, en el caso «Panama Reñning Co. *v.* Rvan»[196] y cuando se anuló un plan de pensiones y de retiros aprobado por el Congreso.[197] La confrontación entre los poderes legislativo y judicial, luego, quedaría simbolizada en el caso «Schechter Poultry Corp. *v.* United States»,[198] ya que en dicha oportunidad quedó anulada el Acta de Reconversión Industrial del Gobierno, que era la principal herramienta de la nueva política económica. La persistente oposición de la Corte se mantuvo durante años.

La crisis desatada por estas negativas se agudizó después de la reelección de Roosevelt. En efecto, con posterioridad a su masiva victoria de 1936, el presidente de Estados Unidos comenzó a bregar decididamente por cambios en la orientación de la Corte. Para ello, y advirtiendo que seis de los jueces eran mayores de 70 años, Roosevelt propuso al Congreso la incorporación al tribunal de un nuevo juez hasta llegar a un total de 15, por cada juez mayor de 70 años que no se retirara o renunciara. Roosevelt justificó su petición en el hecho de que los jueces más ancianos no podían cumplir con sus tareas de manera adecuada. Sin embargo, resultaba claro que su propuesta procuraba destrabar los obstáculos que sus políticas encontraban en la justicia. Este tipo de presiones (que no llegaron a materializarse entre otras razones por la afrenta que representaban hacia el poder judicial) fueron haciendo que la Corte, poco a poco, reorientase sus decisiones. Durante los debates respectivos, además, el juez Van Devanter pidió su retiro. Otro de los jueces que parecía más firme en cuanto a sus

194 «Nebbia *v.* New York», 291 U.S. 502, de 1934.
195 «Norman *v.* Baltimore a Ohio Railroad», 294 U.S. 240, de 1935.
196 293 U.S. 388, de 1935.
197 Caso «Railroad Retirement Board *v.* Alton Railroad», 295 U.S. 330, de 1935.
198 295 U.S. 495, de 1935.

convicciones antirreguladoras, el juez Roberts, modificó (en el caso «West Coast Hotel Co. *v*. Parrish»)[199] «sus propias opiniones anteriores, abriendo la posibilidad de una reorientación de las mayorías judiciales (que, hasta entonces permitían la victoria de las posturas más conservadoras, en clásicas votaciones de cinco contra cuatro). El que fue conocido como el *court-packing plan* resultó rechazado por el Senado, pero el Ejecutivo ya había cumplido con su principal objetivo: cambiar la orientación de las decisiones de la Corte.

Muy polémicamente, Bruce Ackerman afirma que lo sucedido durante los tiempos del *New Deal* permite ejemplificar un modelo de lo que debiera ser la actividad del poder judicial. En su opinión, la Corte actuó entonces del mejor modo posible, por razones como las siguientes. En primer lugar, la magistratura mantuvo una posición de resistencia ante las iniciativas de los poderes representativos. Según Ackerman dicha actitud resultó muy valiosa dado que, de esta manera, la Corte dio una llamada de atención a la ciudadanía y a sus representantes, y señaló la presencia de una cuestión constitucional de destacada importancia. Para Ackerman, lo que iba a ocurrir (la introducción de cambios radicales en la organización de la economía) constituía una modificación política tan importante como la que pudiera implicar una reforma constitucional. Era, de algún modo, una modificación constitucional que no se llevaba a cabo mediante los procedimientos jurídicamente fijados. Por eso la Corte cumplió un papel análogo al que pueden cumplir los legisladores cuando llaman a modificar la Constitución: «la Vieja Corte con su oposición, dejó suficientemente claro a la masa de los ciudadanos que una fundamental iniciativa constitucional estaba siendo tratada por los representantes».[200] En tal sentido, era misión de los ciudadanos y sus representantes movilizarse y luchar por tales reformas en caso de estar convencidos de su plausibilidad.

La resistencia de la Corte también sirvió para que el «*New Deal* clarificara la naturaleza de sus propósitos reformistas».[201] Al igual que toda reforma constitucional tiene que ser trasladada a un lenguaje inteligible y

199 300 U.S. 379, de 1937.

200 Véase Ackerman, Bruce. «The Storrs Lectures: Discovering the Constitution». *The Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, pp. 1013 y 1054.

201 *Ibíd*.

capaz de perdurar en el tiempo —sostiene Ackerman—, así también una reforma de esta naturaleza debe expresarse en los términos más adecuados posibles, pensando en la posteridad. Para Ackerman, entonces, la Corte «[forzó al movimiento político del *New Deal*] a dar forma a su excitada retórica política, dentro de un lenguaje susceptible de tener un desarrollo legal de largo plazo».[202] En este sentido, la Corte habría contribuido más que adecuadamente a la deliberación colectiva, y habría ayudado a la consolidación de un cambio de naturaleza estructural.

Desde mi punto de vista, argumentos como los citados por Ackerman resultan seriamente objetables. Una primera crítica al respecto sería la siguiente: la teoría constitucional de Ackerman relega a las «mayorías» a un papel relativamente secundario y pasivo. Ello, porque podría resultar razonable, por ejemplo, diseñar un sistema institucional que buscase promover más activamente la intervención pública en el sistema de toma de decisiones. La propuesta de Ackerman, en cambio, simplemente da cuenta del rol habitualmente pasivo de la ciudadanía, y procura acomodar del mejor modo posible las raras ocasiones en que la ciudadanía «movilizada» se expresa. Frente a tal posición, podríamos preguntarnos: ¿Por qué aceptar, sin más, la habitual actitud de «indiferencia» de la ciudadanía en relación con la política? ¿Y si fuera posible un nivel más alto de participación popular? ¿Y si la gente no participase en la política, no por falta de motivaciones, sino por falta de oportunidades para hacerlo? Ackerman no se muestra especialmente preocupado por tales preguntas, dado que concibe la actitud normalmente pasiva de la ciudadanía como una decisión fundamentalmente autónoma, lo cual dista de ser obvio.[203]

Por otra parte, Ackerman parece depositar una indebida confianza en las virtudes de los «frenos y contrapesos» en la tarea de creación legislativa. Para Ackerman, parece obvio que el sistema de frenos y contrapesos, en última instancia, siempre alienta y ayuda a desarrollar la discusión de cuestiones constitucionales. Sin embargo, tal vez, dicho mecanismo merezca un juicio bastante más escéptico que el presentado por el profesor norteamericano. El relativo optimismo de Ackerman está vinculado

202 *Ibíd.*

203 De todos modos, aun si tal decisión no participativa de la gente fuera autónoma, podríamos seguir viendo como conveniente el «provocar» un mayor acercamiento de los individuos a la esfera política.

con el de muchos dirigentes norteamericanos durante el «período fundacional». Desde dicha época, se entiende que la idea de los frenos y contrapesos constituye una institución excepcional para obtener los mejores resultados posibles de una naturaleza humana egoísta, conflictiva: tal institución procura «contrarrestar la ambición humana con más ambición».[204] La idea es dotar a cada área de gobierno con una cuota similar de poder, para impedir que se presionen entre sí, y «forzar» la cooperación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Sin embargo, la más ligera consideración sobre el tema nos puede llevar, con toda facilidad, a soluciones directamente contradictorias con las previstas para este caso. ¿Por qué no pensar que, en verdad, si contraponemos más ambición a la ambición, vamos a consagrar e incentivar —en lugar de desalentar— una política «faccionalizada»? ¿Por qué no pensar que, de ese modo, vamos a obtener como resultado mayores enfrentamientos, en vez de mejores decisiones o un constructivo diálogo entre los distintos poderes de gobierno? Estas preguntas, tan obvias, hoy parecen descuidadas. Sin embargo, ya en su tiempo muchos de los opositores a la Constitución norteamericana sostenían con buenas razones una posición contrapuesta a la que habían adoptado, por aquel entonces, los «padres fundadores», y que hoy sostienen teóricos como Ackerman. Nathaniel Chipman, por ejemplo, sostenía que el sistema de división de poderes diseñado solo iba a conducir a una «guerra permanente entre [distintos intereses] uno contra los otros, o, en el mejor de los casos, a una tregua armada, acompañada de permanentes negociaciones y coaliciones cambiantes, tendentes a impedir la mutua destrucción».[205] La idea era, en definitiva, que el sistema de equilibrio de poderes no resultaba especialmente satisfactorio como sistema de producción normativa. Para decirlo con otros términos: no resulta nada claro que dicho sistema sea más proclive a promover la cooperación que el conflicto, entre las distintas ramas de gobierno.

204 «La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto». Madison, en *El Federalista*, n.º 51.

205 Chipman, Nathaniel. *Principles of Government*. Burlington, 1833, p. 171. Estas pronosticadas situaciones de conflictos y enfrentamientos entre poderes resultaron, por lo general, confirmadas (muy en particular, en países aún no consolidados jurídicamente, como los países latinoamericanos; estas tendencias a la confrontación contribuyeron a provocar situaciones institucionales gravísimas: golpes de estado; bloqueos institucionales; intentos por quitar independencia a la justicia; abusos de autoridad por parte del poder ejecutivo; etc.).

Capítulo 6

La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes

Segunda parte

La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes

Segunda parte

En primer lugar, en este capítulo examinaré la teoría propuesta por John Ely respecto del control de constitucionalidad. Según veremos, el trabajo de Ely es de enorme interés no solo por el tipo de respuestas que plantea, sino fundamentalmente porque nos deja enfrentados a las cuestiones más adecuadas, con miras a acercarnos a una mejor solución del problema de la revisión de las leyes. Conforme diré, el principal problema de la teoría de Ely es el de que parte de una implausible concepción de la democracia. Por ello, la última parte de este capítulo estará dedicada a presentar los rasgos e implicaciones de una teoría alternativa de la democracia, capaz de dar mejores respuestas a los problemas correctamente definidos por Ely.

John Ely y la función judicial

Como a muchos de sus antecesores, a John Ely le preocupaba demostrar la compatibilidad de la tarea de revisión judicial con algunas de nuestras intuiciones respecto del modo en que debe funcionar una democracia. En opinión de Ely, los jueces podían realizar un aporte crucial en la elaboración de políticas públicas, pero dicho aporte excluía la posibilidad de que los jueces ocuparan el lugar de los legisladores y nos presentaran soluciones que, más bien, corresponderían a los órganos políticos. El criterio del cual partía Ely sostenía que en una democracia, los representantes son los

que deben decidir en todas las cuestiones fundamentales o sustantivas. Frente a dichas decisiones —de acuerdo con este autor—, al poder judicial le correspondía guardar silencio. Casos como el del *New Deal*, ejemplificados por Ackerman, aparecían a los ojos de Ely como inaceptables interferencias judiciales sobre la discusión pública. De todos modos, esta aparente firmeza no lo lleva a negar la validez y la necesariedad de la intervención de la justicia. Su posición, según diré, se orienta principalmente a restringir el tipo de cuestiones sobre las que aquel poder puede ser autorizado a participar.

Para precisar cuál es la postura de Ely, es conveniente releer —siguiendo su consejo— una famosa nota al pie que apareció en el fallo «United States *v.* Carolene Products Co.», del año 1938. En aquella oculta nota, el máximo tribunal sostuvo fundamentalmente dos cosas: *a)* es correcto que la Corte intervenga para proteger el buen funcionamiento del sistema democrático, sobre todo preocupándose por mantener abiertos los canales de participación y comunicación políticas, y *b)* es correcto que la Corte se preocupe por el modo como las mayorías tratan a las minorías de todo tipo (raciales, religiosas, etc.), y, especialmente, por cómo tratan a aquellas minorías contra las que existen extendidos prejuicios.

Según Ely, una Corte como la presidida por Earl Warren en los años sesenta supo desarrollar con justeza los principios de aquella nota. Conviene destacar que, de acuerdo con las pautas recién enunciadas, la función de la Corte quedaba limitada (a diferencia de lo que podría proponer Ackerman) en cuanto al tipo de causas en las que estaba habilitada a participar: la Corte debía ocuparse de los procedimientos y no de las decisiones acerca de valores. Del mismo modo, conforme a aquellas pautas, la Corte podía eludir la tentación que tradicionalmente había ensombrecido su modo de actuar. Esto es, iba a dejar de lado su habitual vocación por «salir a buscar» valores o principios que, según vimos, ineludiblemente la convertían en blanco de todo tipo de justificadas críticas. En este caso, el máximo tribunal volvía sobre sus pasos para reconocer que los órganos democráticos eran los más aptos —y los que estaban legitimados— para pronunciarse acerca de tales cuestiones valorativas.

Notablemente, Ely podía realizar tales afirmaciones sin impugnar sustancialmente la tarea de una Corte como la de Warren que, de algún

modo, simbolizó el más encendido «activismo» judicial. Y es que el intervencionismo de la magistratura, en ese caso, «no estaba motivado por el deseo [...] de reivindicar ciertos particulares valores sustantivos que ella había determinado como importantes o fundamentales, sino más bien por el deseo de asegurar que el proceso político —que es donde esos valores son propiamente identificados, sopesados y acomodados— estuviese abierto a puntos de vista muy diversos desde algo parecido a una igual base para todos».[206] Las afirmaciones de Ely parecen quedar confirmadas con un análisis de los fallos característicos de la Corte Warren, concentrados en tres áreas fundamentales: *a)* la cualificación de los electores y la formación de distritos electorales (sobre todo, a partir de situaciones en las que se pretendía restar peso al voto de las minorías raciales); *b)* cuestiones vinculadas a las garantías de los individuos, en materia de libertad de expresión y asociación, y derechos procesales, y *c)* casos relativos al trato igualitario de los grupos minoritarios y más desaventajados de la sociedad.

Como defensor de este tipo de aproximaciones a la revisión judicial, Ely recurre a una diversidad de razones. En primer lugar, señala que el esquema propuesto (a diferencia del principal enfoque contrario, orientado al «descubrimiento de valores») es consistente con las premisas que subyacen en un gobierno de democracia representativa. En segundo lugar, afirma que su respuesta implica dar a los jueces tareas en las cuales son expertos (esto es, tareas de control de procesos, en las que, razonablemente, pueden ofrecer una mayor preparación que los políticos comunes). En tercer lugar, sostiene la idea de que la propia Constitución parece exigir tal distribución de tareas entre jueces y legisladores (los jueces se ocupan de los procedimientos y los políticos de la determinación de valores). El texto constitucional norteamericano, en este caso —y de acuerdo con su punto de vista— sostendría que la decisión acerca de cuestiones sustantivas debe quedar a cargo de los órganos políticos. Por ello, dicho texto no se ocupa principalmente de valores sino, abrumadoramente, de la definición de procedimientos equitativos para la resolución de disputas individuales, y de las garantías para asegurar la participación de distintos sectores en la formación de las decisiones de gobierno. Mediante diferentes cláusulas, en efecto, la

206 Ely, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review,* p. 74.

Constitución establecería «mandatos a los futuros decisores para que definan y protejan los derechos que el documento no enumera —al menos de una manera exhaustiva—, ni indica cómo obtenerlos con un mínimo de directivas correctas».[207] Reconocer en la Constitución un documento dirigido, fundamentalmente, a la definición de cuestiones procedimentales no implica afirmar que esta se desentienda de los problemas de «valores». Los procedimientos y la estructura de gobierno propuestos en la Constitución están enfocados a asegurar que tales valores sustantivos puedan ser sujetos de la decisión colectiva, que todos puedan participar en esa toma de decisiones, y que no se discrimine a nadie en la aplicación de los valores colectivamente definidos.

Los jueces, en el mencionado esquema, aparecen actuando como *outsiders* o, en la imagen sugerida por el mismo Ely, como «árbitros» que controlan la regular aplicación de los procedimientos constitucionales. Como árbitros, los jueces deben sopesar las demandas de los ciudadanos, tanto en aquellos casos en que los representantes actúan movidos, simplemente, por el propio interés, como en los que actúan como mero instrumento de las mayorías determinadas a oprimir a alguna minoría. De la misma manera que un árbitro en una competición deportiva, los jueces no deberían intervenir para decir que alguno de los equipos debe jugar de tal o cual modo (ni, mucho menos, tomar parte en el mismo juego). Su actuación debería limitarse a intervenir cuando uno de los equipos pretende adquirir ventajas abusivas. Esta visión del papel de la justicia podría ser también equiparada —según Ely— con el enfoque que en materia económica se conoce como de «orientación antitrust». Aquí, la idea sería la de que se debe intervenir en el mercado únicamente si este funciona de manera impropia. Esto es, no se debería intervenir con criterios «dirigistas», sino con la única misión de permitir un buen funcionamiento del sistema de intercambio. Con la justicia y la política ocurriría lo mismo: los jueces no intervendrían para determinar cómo debe funcionar el «mercado político», o cuáles deben ser sus resultados, sino para impedir que este mercado funcione de modo inadecuado. Esto es lo que lleva a Ely a hablar de una «representative-reinforcing orientation», esto es, a decir que su teoría está dirigida al «reforzamiento representativo».

207 *Ibíd.*, pp. 102 ss.

Aunque con reservas, la teoría de Ely fue avalada por numerosos autores contemporáneos, preocupados como él por justificar el papel del poder judicial, y por preservar un esquema de gobierno democrático en el que los jueces no resuelvan cuestiones valorativas. La mayoría de los referidos autores, de todos modos, se preocuparon por dejar a salvo sus reservas respecto de la propuesta de Ely, las cuales en ocasiones alcanzan una dimensión considerable.[208]

John Ely y la tradición (genuinamente) radical

Las soluciones presentadas por Ely al problema del control de constitucionalidad satisfacen en buena medida los ideales propios de lo que aquí defendí como la tradición (genuinamente) radical.

En primer lugar, su propuesta parte de una cierta teoría sobre la democracia y coloca en el centro de la escena a la voluntad mayoritaria. Son las mayorías —sus representantes, más bien—, y no un grupo ilustrado de jueces, las que tienen que decidir de qué modo quieren responder a las cuestiones valorativas que se les plantean. Pero todavía más. Las dos tareas principales que Ely reserva al poder judicial («limpiar los canales» del cambio político y evitar discriminaciones contra minorías «discretas e insulares») refuerzan y hacen posible la intuición anterior: los jueces no deben reemplazar a los ciudadanos en la resolución de conflictos morales básicos, sino que, en cualquier caso, deben ponerse a su servicio para

208 Stephen Holmes, por ejemplo, rescata básicamente la concepción de Ely, aunque objeta que no tenga fundamentos históricos adecuados, o que tenga un sostén ideológico tan débil. La gran virtud de la teoría de Ely sería la de mostrar que las nociones de constitucionalismo y democracia no son incompatibles, como muchos pueden argumentar, sino que pueden apoyarse mutuamente. Para Holmes, la Constitución permite resguardar hacia el futuro las bases de la democracia. Es un mecanismo que utiliza la sociedad en su momento «fundacional» para impedir que raptos súbitos u otros desequilibrios momentáneos, en un futuro, erosionen las mismas bases de la democracia. La idea es la de que la sociedad, por medio del dictado de la Constitución, se ata las propias manos (como se pudo atar las manos Ulises, en el mástil, sabiendo la amenaza que en el futuro le depararían los cantos de las sirenas). Los jueces, en este sentido, podrían ser vistos como los guardianes de aquellas cláusulas orientadas a asegurar las precondiciones de la democracia. Véase, por ejemplo, Stephen Holmes, «Precommitment and the Paradox of democracy», incluido en *Constitutionalism and Democracy.* En el mismo volumen, véase la introducción de Jon Elster.

asegurar que la decisión que se tome sea el resultado de un auténtico proceso de reflexión colectiva.

En este sentido, Ely conjuga dos de las más importantes convicciones de la tradición radical no populista: por un lado, la defensa de la regla de la mayoría. Por otro lado, la convicción de que, ante la falibilidad de dicha regla —debido a sus puntos débiles—, esta debe ser mejorada y no (como otros han propuesto) abandonada, debilitada, o reemplazada por algún tipo de «regla de la minoría». La «falibilidad» que detecta Ely, fundamentalmente, se deriva del carácter normalmente autointeresado de los representantes, y del riesgo de que estos, como representantes de la mayoría, traten indebidamente a los más desfavorecidos de la sociedad.

Lo dicho puede servir para explicar, entonces, por qué considero adecuado incluir la propuesta de Ely dentro del ideario (genuinamente) radical, y, más aún, por qué considero adecuado ubicar dicha propuesta en un lugar relevante. De todos modos, y en lo que sigue, expondré una serie de objeciones a la concepción defendida por Ely. Estas objeciones también hacen referencia a las virtudes de dicha concepción, que en buena medida nos sugiere cuáles son las vías por donde corresponde continuar la investigación en esta materia.

Críticas a la propuesta de Ely: una cuestionable concepción de la democracia

En su trabajo, Ely defiende la importancia de respetar, ante todo, el buen funcionamiento del sistema democrático representativo. Obviamente, entonces, la plausibilidad de este criterio dependerá del concepto de democracia que se esté tomando como punto de partida. En este sentido —a pesar de que Ely no sea explícito al respecto— puede decirse que defiende una concepción «pluralista» de la democracia, muy habitualmente defendida dentro del ámbito de la ciencia política.

Para la visión pluralista de la democracia, el valor de esta reside en el hecho de asegurar una situación de estabilidad en la que ningún grupo —de los diferentes grupos que componen la sociedad— llegue a dominar a los demás. El valor de la democracia, según esta concepción, se vincula al hecho de que esta equilibra el poder, garantizando la ausencia de «tiranías» institucionales.

Notablemente, el origen de esta versión de la democracia puede remontarse a Madison y a los escritos incluidos en *El Federalista* en general. La idea central madisoniana, precisamente, tenía que ver con la prevención de la tiranía, y el deseo de lograr un equilibrio entre los distintos grupos, por el momento dotados de un poder relativamente desigual. Toda la estructura del sistema de «frenos y contrapesos» —conforme hemos visto— estaba orientada a impedir estas mutuas opresiones.

La propuesta de Ely que estamos examinando parece encuadrarse, efectivamente, dentro de esta visión de la democracia. De hecho, los jueces, en su papel de *outsiders* del sistema político, tienen a su cargo la primordial misión de evitar que un grupo particular se haga con el poder, tienda a permanecer en él, o tome ventajas indebidas respecto de los demás grupos. El objetivo de la propuesta de Ely, en definitiva, es el de asegurar una democracia representativa estable, en la que todos los posibles afectados por una cierta decisión tengan la posibilidad de expresar su propio punto de vista.

Ahora bien, no está claro que el sistema institucional norteamericano refleje dicha visión de la democracia, y menos claro aún que dicho sistema, u otros similares, *deban* reflejar el «pluralismo» democrático. En este sentido, Cass Sunstein sostiene que «parece correcto recalcar, contra Ely, que el sistema norteamericano no debería ser considerado un sistema de pluralismo de grupos de interés, en el que los tribunales asumen lo que Ely describe como una "orientación antitrust" destinada a asegurar las condiciones de la competencia política. Las aspiraciones deliberativas del sistema requieren que los tribunales hagan algo más que procurar el logro de [un sistema equitativo de competencia política]».[209] Existen numerosas razones para criticar el «pluralismo». Por ejemplo:

En primer lugar, puede cuestionarse el tipo de «estabilidad política» defendida por el «pluralismo». Por un lado, correspondería decir que el objetivo de asegurar el poder a diferentes grupos, para evitar así mutuas opresiones, obviamente constituía —y sigue constituyendo— un fin loable. Sin embargo, las dudas surgen cuando pensamos si es razonable poner el acento en la preservación de un equilibrio de poderes, sin tener en cuenta la evaluación de los intereses en juego en ese equilibrio. Por ejemplo, puede ser que la división de poderes tal como fue pensada sirva (como de hecho

209 Sunstein, Cass. *The Partial Constitution*. Harvard University Press, 1993, p. 144,

ha servido) para impedir que la voz de los más favorecidos de la sociedad sea la única escuchada dentro del proceso de formación de las leyes. Del mismo modo, tal división puede impedir (como de hecho impidió) los impulsos «vindicativos» (contra los más favorecidos) latentes en muchos de los sectores más postergados de la sociedad. De todas formas, la idea de democracia que se desprende de este esquema —favorecido por la concepción pluralista— parece, en principio, muy pobre, ya que solo provee un fundamento «negativo» acerca del valor de la democracia: la democracia es vista solo como una forma de evitar los abusos de unos grupos respecto de otros.[210] Pero, tal como afirma Carlos Nino, tendemos a exigir de la democracia algo más que esta mera restricción de las mutuas opresiones.[211] Solemos defender la democracia relacionándola con ideales más robustos de los que aparecen implícitos en posturas como las de Ely.

En este sentido, puede decirse también que la idea de igualdad propia de la visión «pluralista» no resulta completamente satisfactoria, puesto que —en pos de asegurar la estabilidad política— se preocupa menos de asegurar el predominio de las ideas más justas o más valiosas, que de impedir el predominio de unos grupos sobre otros. Esta opción, según parece, no constituye la opción más adecuada en favor de lograr una adecuada igualdad. Para ejemplificar lo que digo puede tomarse el caso de la teoría política de Madison: Madison proponía equiparar en su poder político a «privilegiados» y «desposeídos», con el fin de impedir que se oprimieran mutuamente. Sin embargo, dicha opción —que podía garantizar la estabilidad política— distaba de resultar obviamente justificable. Los grupos mayoritarios, por ejemplo, podían razonablemente sostener que no estaban siendo tratados de un modo igualitario, porque —en última instancia— resultaba que sus preferencias tenían menos peso que las del grupo minoritario.

Al respecto, la propuesta de Ely también resulta objetable, al estar más preocupada por la expresión de las distintas preferencias existentes en la sociedad que por el contenido mismo de tales preferencias. Esta actitud,

210 Véase esta crítica, sobre todo, en Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* p. 201.

211 Conforme a Nino, «[c]uando el pluralismo pretende dar cuenta de esos méritos positivos de la democracia, en general cae en las justificaciones utilitaristas o economicistas […] O bien se destaca que la competencia entre las diferentes élites maximiza la utilidad general, o, si no, que de una manera análoga al mercado llega a equilibrios eficientes en términos paretianos», *ibíd*.

típicamente criticada en los autores de raíz «pluralista», suele representarse con la idea de que los «pluralistas» toman «como dadas» las preferencias de los distintos individuos o grupos. Los «pluralistas» no parecen preocuparse, por ejemplo, por el hecho de que una cierta reclamación se origine simplemente en la falta de información, o en un malentendido acerca de los intereses de los restantes miembros de la sociedad.[212] Lo que importa, más bien, es que tales puntos de vista puedan ser puestos en conocimiento público —o, para decirlo de otro modo, que ninguno de tales puntos de vista resulte arbitrariamente excluido por los demás—. Frente a esta concepción, por ejemplo, bien podríamos plantearnos como ideal que el sistema político procure asegurar, antes que nada, que predomine la postura que resulte más razonable, y no, simplemente, que predomine la postura que encuentre un mayor respaldo de votos. Tal preocupación no nos exige abandonar la regla mayoritaria, sino que, por el contrario, nos conduce a perfeccionarla: así, por ejemplo, mediante mecanismos que favorezcan que los distintos grupos «depuren» sus posibles prejuicios, que los obliguen a presentar sus argumentos de forma aceptable para los demás, o les fuercen a responder a las observaciones y críticas que los otros les hagan. En mi opinión, este tipo de medidas nos hablan, en definitiva, de una diferente concepción de la democracia a la planteada —en líneas generales— por las posturas «pluralistas».

En lo que sigue voy a esbozar los parámetros que podrían distinguir esta diferente concepción de la democracia, y que voy a denominar concepción «dialógica» o «deliberativa» de la democracia.

Fundamentos y alcances de la democracia deliberativa

Democracia deliberativa y virtudes de la deliberación

La concepción «deliberativa» de la democracia parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones

212 Por ejemplo, formulando este tipo de críticas, Elster, Jon. *Sour Grapes*. Cambridge U.P., 1983; *Ulysses and the Sirens*. Cambridge U.P., 1984.

imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración. En este sentido, afirma que la democracia resulta defendible *porque* favorece, mejor que cualquier otro sistema, la toma de decisiones imparciales. Pero tal afirmación no implica una defensa dogmática o ciega de cualquier sistema de gobierno democrático, si por tal se entiende —simplemente— aquel sistema organizado a partir del voto periódico de los ciudadanos. No solo se defiende la democracia porque en ella se valora el sufragio, sino también, fundamentalmente, porque se valora el proceso que antecede al sufragio, que es un proceso de reflexión colectiva. Según veremos, quienes apoyan esta visión «deliberativa» de la democracia entienden que la principal virtud de la democracia es la de que en ella se facilita y promueve la discusión pública: si tal discusión faltara, luego, no sería razonable esperar que las decisiones que se adoptaran resultaran ser unas decisiones imparciales, ni tampoco quedarían demasiadas buenas razones para apoyar tal sistema político como particularmente valioso. Este prioritario énfasis en la idea de la discusión está ausente en las visiones «pluralistas» de la democracia, y ello afecta la plausibilidad de dicha concepción. Ahora bien, corresponde preguntarse, entonces, por qué se establece esta relación entre deliberación colectiva e imparcialidad. Algunas de las razones que se presentan, para conectar ambas ideas, y mostrar las virtudes propias de la discusión, son las siguientes.[213]

En primer lugar, la discusión resulta importante como medio de sacar a la luz y eliminar posibles errores fácticos y lógicos que se presentan habitualmente en nuestros juicios. Esto es, mediante la deliberación presentamos nuestras convicciones ante otros que pasan a actuar como un «filtro externo» respecto de lo que decimos. Ellos nos pueden ayudar a reflexionar mostrando que nuestros juicios tienen consecuencias que no estaríamos

213 Argumentos interesantes, en este sentido, pueden encontrarse en Gutman, A. y D. Thompson. «Moral Conflict and Political Consensus». *Ethics*, 101 (octubre de 1990): 64-88; Cohen, J. «The Economic Basis of Deliberative Democracy». *Social Philosophy and Policy,* 2 (1989): 25-51 y 26-38; Nino, Carlos. *The Ethics of Human Rights;* Raz, J. «Liberalism, Skepticism, and Democracy», p. 74, *Iowa Law Review* (1989): 761-786; Sunstein, C. *The Partial Constitution*.; Habermas, Jürgen. «Further Reflections on the Public Sphere», en C. Calhoun, ed. *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, 1992, p. 447. En la misma obra, véase McCarthy, Thomas. «Practical Discourse: On the Relation of Morality to Politics», pp. 51-72.

dispuestos a defender, o que se contradicen con otros juicios que nosotros mismos aceptamos, o que implican contradicciones lógicas, etc.[214]

La deliberación, en segundo lugar, resulta importante por su función «positiva», al facilitar el enriquecimiento de nuestros juicios proveyéndonos de información y ayudándonos a ampliar el panorama de nuestras posibilidades. En este sentido, por ejemplo, podría sostenerse que muchas veces descartamos ciertas opciones, simplemente por no conocer su existencia o por ignorar la validez de las mismas. La discusión, en este sentido, también puede resultarnos de gran utilidad.

En tercer lugar, la discusión puede ayudar a eliminar prejuicios, o malentendidos, o errores de interpretación capaces de afectar el valor de nuestras decisiones. Así podría decirse que, muchas veces, nuestras decisiones sesgadas o parciales no se deben a nuestro autointerés sino, simplemente, a que desconocemos las preferencias de otros o la importancia que otros asignan a ciertos estados de cosas. Por ello resulta importante escuchar cuáles son los puntos de vista y los intereses de los demás: este conocimiento, luego, tiende a favorecer la formación del consenso que queremos, propiciando la imparcialidad de nuestras decisiones.[215]

Otro aspecto importante de la discusión es que puede forzar a cada persona a modificar sus argumentos para tornarlos aceptables ante los demás. En este sentido, nuevamente, la deliberación puede ayudar a la imparcialidad motivando a los individuos a dejar de lado argumentos basados en su propio interés. Para dar un ejemplo, podríamos pensar que nadie va a intentar defender el uso de fondos públicos en su exclusivo beneficio, si la propuesta en cuestión tiene que ser atendida y aceptada por los demás. En todo caso, deberá encontrar razones que tornen necesarios dichos gastos también para los demás.[216]

---

214 Un excelente análisis de este tipo de posturas puede encontrarse en Nino, C. *The Foundations of the Deliberative Conception of Democracy.*

215 *Ibíd.*, Carlos Nino ha procurado profundizar en este punto, defendiendo de modo muy interesante lo que llama una «justificación epistemológica de la democracia»; véase, así, su trabajo *The Ethics of Human Rights*. Oxford U.P., 1991.

216 En este sentido, por ejemplo, véase Elster, J. «The Market and the Forum Three Varieties of Political Theory», pp. 112-113; también Goodin, R. «Laundering Preferences», ambos incluidos en Elster, J. y A. Hylland, eds. *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge U.P., 1989. Véase, también, Sunstein, Cass. «Democracy and Shifting Preferences». *The Idea of Democracy*. eds. Copp, D., J. Hampton y J. Roemer. Cambridge U.P., 1993.

Otra de las virtudes de la deliberación se deriva de su carácter educativo. Esto es, mediante la discusión la gente intercambia argumentos, escucha las razones de otros, modifica algunos de sus puntos de vista, y, de este modo, encuentra una oportunidad para «educarse a sí misma»,[217] mejorando su habilidad para razonar y su capacidad para vivir en comunidad con otras personas.[218]

Argumentos como los presentados muestran las especiales vinculaciones que pueden establecerse entre esta idea de la democracia como sistema basado en la discusión colectiva y la mencionada tradición radical no populista. En efecto, tanto en la visión deliberativa de la democracia, como en la tradición (genuinamente) radical, la imparcialidad de una decisión no se vincula con las tesis de algunos individuos con capacidades extraordinarias y motivaciones altruistas (como parecía exigirse en las posturas conservadoras y elitistas): cada individuo se ocupará de enunciar y defender sus preferencias frente a las del resto.[219]

217 Véase B. Manin, «On Legitimacy and Political Deliberation». *Political Theory*, p. 354. También, Nelson, W. *On Justifying Democracy*. Londres, 1980.

218 Véase Pateman, C. *Participation and Democratic Theory*. Cambridge U.P., 1970, pp. 42-44; B. Barber, *Strong Democracy*. U. of California Press, 1984; Cohen, J. «Deliberation and Democratic Legitimacy», en Hamlin, A. y P. Pettit, eds. *The Good Polity: Normative Analysis of the State*. Oxford, 1989.

219 Dentro de la tradición conservadora/elitista podía valorarse, aun, la discusión, pero no la discusión «entre todos los potencialmente afectados... Esta discusión amplia no solo no era necesaria sino que resultaba inconveniente, dado que se asumía que: *a)* los individuos no conocían sus «verdaderos intereses» (Burke), o *b)* las discusiones entre una mayoría terminaban, necesariamente, desvirtuando la racionalidad de la decisión (Madison). Burke mencionaba, por ejemplo, que «el Parlamento no es un congreso de embajadores con intereses hostiles y diferentes, que cada uno debe sustentar como un agente y un abogado frente a otros agentes y abogados, sino que el Parlamento es la asamblea deliberadora de una nación con un interés, el de la totalidad, donde los prejuicios locales no deberían servir de guía, sino el bien general resultante de la razón generalizada de la totalidad», *Burke's Politics*, p. 116. Esta defensa de la deliberación se acompañaba de su convicción de que las «opiniones» de la mayoría tendían a diferir respecto de sus propios «intereses». Madison, por su parte, afirmaba que la democracia era un sistema con «una multitud de personas [incapaz de llevar adelante] una deliberación regular y medidas concertadas» (*El Federalista*, n.° 48). Contemporáneamente, y bajo otras razones (necesidad de una cierta especialización técnica, urgencias de tiempo; etc.), muchos autores siguen defendiendo este tipo de deliberaciones restringidas a una élite. Véase, por ejemplo, Schumpeter, Joseph. *Democracy, Capitalism, and Socialism*. Nueva York, 1976; Riker, William. *Liberalism against Populism*. W.H. Freeman and Company, San Francisco, 1982.

Además, según la concepción deliberativa de la democracia los individuos no sostienen posturas predeterminadas, que no admiten modificación (como parecía asumirse, en general, en las posturas populistas, pero también en posiciones no populistas como la de Ely): salvo en oportunidades más bien excepcionales, todos necesitan «poner a prueba» y revisar sus convicciones, o conocer las preferencias de los demás, antes de tomar una decisión que va a impactar en una pluralidad de individuos. Si tras el proceso de discusión y esclarecimiento mutuo se toma una decisión que es aceptada por todos, entonces es dable pensar que la decisión alcanzada ofrece ciertas garantías de imparcialidad que otros procedimientos alternativos no pueden garantizar del mismo modo.

Ahora bien, dicho lo anterior, debemos preguntarnos: ¿Qué implicaciones puede tener una concepción «deliberativa» de la democracia en materia de organización institucional, y, en particular, en lo que atañe al control de constitucionalidad? En lo que sigue voy a dedicarme a explorar, fundamentalmente, este último punto.

El control de constitucionalidad según Ely y según la concepción de la democracia deliberativa

En muchas ocasiones parece existir una notable coincidencia entre las sugerencias que favorecen una concepción deliberativa de la democracia y las que propician una concepción como la propuesta por Ely en materia de control de constitucionalidad. Fundamentalmente, a ambas posturas les interesa señalar que deben ser los ciudadanos —o, en todo caso, sus representantes—, y no los jueces, los encargados de pronunciarse en (lo que podríamos llamar) «cuestiones sustantivas». Más específicamente, los partícipes de *ambas posturas podrían coincidir en la necesidad de contar con un órgano orientado a hacer respetar los procedimientos democráticos*. ¿Por qué un defensor de la idea de la «democracia deliberativa» habría de defender el respeto de tales procedimientos? La respuesta parece sencilla: cualquier restricción arbitraria a la libertad de expresión, la discriminación de alguna minoría, o la violación de los procedimientos electorales implican unos obstáculos fundamentales para que se pueda desarrollar un diálogo público significativo. ¿Qué sentido tiene la deliberación si de ella se excluye a ciertas «voces», o se impide la presentación de —o el apoyo a— argumentos relevantes?

Circunstancias como las mencionadas sugieren una importante base de acuerdos entre (vertientes importantes de) las concepciones «deliberativa» y «pluralista» de la democracia en materia de revisión de las leyes. De todos modos, cabe señalarlo, el hecho de que se llegue a estos —parciales— acuerdos a partir de razones diferentes no representa un dato menor. Esta diferencia de razones últimas propiciará, por ejemplo, que los defensores de la idea «deliberativa» de la democracia manifiesten preocupaciones adicionales, que el «pluralismo» no considerará preocupantes y que intentará resolver de otro modo.

Una primera manifestación de tales diferencias tiene que ver con los mismos «sujetos participantes» en el sistema de toma de decisiones. En la versión más tradicional del «pluralismo», la preocupación por la estabilidad política hace que la atención institucional se centre en los grupos más influyentes de la sociedad: aquellos grupos cuya ausencia del tablero político puede llegar a resultar amenazadora. Por ejemplo, para Madison resultaba obvio que los deudores y los acreedores tenían que participar del sistema político, más allá de los habituales «excesos» que podían caracterizar la conducta de los primeros y la falta de respaldo popular que solía caracterizar a los miembros del segundo grupo. Los principales conflictos sociales se generaban entre ambos colectivos, y se tenían que resolver entre ellos. De modo similar, versiones más modernas del pluralismo sugieren la necesidad de que los distintos grupos de poder existentes se encuentren integrados en el sistema político, de forma tal que se tengan en cuenta sus opiniones, aunque tales opiniones no cuenten con un respaldo popular directo. Las mayorías, según esta visión, deben tener un papel limitado al voto periódico, destinado a precisar el tipo de equilibrio que va a establecerse entre las distintas élites que se disputan el poder. Frente a este tipo de visiones pluralistas, preocupadas fundamentalmente por la situación de los grupos poderosos, pero sin suficiente influencia política, los partidarios de la concepción «deliberativa» de la democracia prestan una mayor atención a los grupos que no solo no tienen peso político, sino que, además, se muestran débiles frente a los restantes: la idea es que todos los individuos —formen parte, o no, de grupos con poder— tengan la posibilidad de exponer sus peticiones ante los demás. La visión «pluralista» de Ely, de algún modo, se muestra simpatizante de este criterio, en su preocupación por la suerte de las minorías «discretas e insulares». De todas formas, cabe reconocerlo, su enfoque presenta algunas limitaciones importantes. Para advertir el

alcance de estas limitaciones puede recurrirse a un ejemplo significativo: el representado por la situación de las mujeres. De acuerdo con Ely, el colectivo de las mujeres no forma parte de las minorías «discretas e insulares». ¿Por qué? Porque ellas tienen «la mitad de los votos, si no es que más».[220] Ellas poseen la oportunidad de organizarse y hacer oír sus demandas. Si no lo hacen, ello es en buena medida imputable a su propia responsabilidad como grupo. Este no es el punto de vista de la mayoría de los defensores de una visión «deliberativa» de la democracia. Aquí lo que importa, en primer lugar, es que *todas* las demandas puedan ser presentadas y debatidas públicamente, por lo que si un grupo —por más numeroso que sea— tiene dificultades para difundir sus ideas y exponer a la consideración de los demás sus puntos de vista, dicha situación pasa a considerarse como un problema, necesitado de una especial atención.

Pero las distancias entre la concepción «deliberativa» y la «pluralista» no terminan ahí. De acuerdo con la primera de dichas posiciones, la sola posibilidad de que tales puntos de vista puedan expresarse no resulta suficiente: lo que importa es que puedan enfrentarse —y modificarse mutuamente, si fuese necesario— mediante un proceso de reflexión colectiva. Esta idea lleva consigo varias implicaciones de importancia. En primer lugar, la organización no solo debe permitir, sino también alentar, la discusión de temas de interés público. Esto no significa, simplemente, que no se cierren las avenidas del diálogo público, sino (para seguir con la metáfora) que se ensanchen tales avenidas tanto como sea razonable hacerlo. Pero, además, la idea de promover la discusión pública no se agota con la mera existencia de oportunidades para el tratamiento de cuestiones de interés general, sino que también es necesario que tales cuestiones sean examinadas y resueltas con una metodología particular, que es la del debate. En este sentido, interesa que en dichas discusiones puedan verse confrontados diferentes puntos de vista opuestos entre sí. Ello, para que la ciudadanía —o, en su caso, quienes la representen— puedan tomar una decisión lo suficientemente ilustrada.

Así pues, cuestiones como las mencionadas muestran las disímiles consecuencias a las que se llega cuando se parte de dos concepciones tan diversas acerca de la democracia. Más adelante mostraré el enorme impacto que han tenido este tipo de diferencias en la jurisprudencia contemporánea. En

220 Ely, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, p. 164.

lo que sigue, mientras tanto, voy a examinar una dramática profundización de estas primeras diferencias (entre la concepción pluralista y la concepción deliberativa de la democracia). Me refiero a una serie de cuestiones que, de acuerdo con una cierta visión «deliberativa» de la democracia, deben quedar directamente fuera del alcance de legisladores y de jueces.

¿Hasta dónde puede llegar la voluntad de las mayorías?

En esta sección intentaré evaluar los posibles límites de la concepción «deliberativa» de la democracia. Para ello, y en primer lugar, consideraré una situación como la siguiente: puede ocurrir que una vasta mayoría de la población se ponga de acuerdo en que un cierto modo de vida es más valioso que otro, y, por ello, trate de difundir ciertas prácticas mayoritarias sobre los más renuentes a aceptarlas. El objetivo —imaginemos— es llegar a vivir en una sociedad más homogénea o más integrada. En dicha comunidad no se impide que los grupos opositores se organicen, reclamen o voten. Solo que, siguiendo las reglas de la mayoría, se obliga a que las minorías acepten el modelo de vida preferido por el voto abrumador de la sociedad. La pregunta, al respecto, es si resulta aceptable, o no, que la mayoría fuerce a la minoría a adoptar una particular concepción acerca del modo como se debe vivir.

Cuestiones como las citadas no resultan ajenas en gran parte de las sociedades modernas. Solo para mencionar un caso de interés, podría citarse el de la restricción de la pornografía, basada en que la misma contradice los «valores más difundidos dentro de la sociedad».[221]

Para analizar este tipo de casos, pensemos en lo siguiente. Una de las principales razones para valorar la democracia es la de que esta contribuya

221 Autoras feministas, como Catherine MacKinnon, por ejemplo, dejan de lado este tipo de argumentos basados en la voluntad de las mayorías para destacar, sobre todo, las implicaciones de la pornografía en la perpetuación de un rol subordinado en la mujer. Véase, por ejemplo, su trabajo *Feminism Unmodified*. Harvard U.P., 1987. Autores liberales, como Cass Sunstein, también proponen la limitación de ciertas formas de pornografía, como modo de prevenir la «violencia sexual y la discriminación» contra las mujeres, y no como forma de «suprimir cierto punto de vista». «Pornography and the First Amendment». *Duke Law Journal* (1986): 589, 612. Entre quienes fundamentan la posibilidad de censurar la pornografía en el hecho de que tales expresiones ofenden el modo de vida de la mayoría de la comunidad, se encuentran, por ejemplo, autores de raíz «comunitarista». Véase, por ejemplo, Sandel, Michael. «Morality and the Liberal Ideal». *New Republic*, 7, mayo de 1984.

a que las decisiones políticas tomen debidamente en cuenta los intereses de cada uno. El sistema democrático, se podría afirmar, garantiza mejor que cualquier otro una resolución «neutral» de los distintos problemas colectivos. La idea que está detrás de este enunciado era simple: ni un dictador ilustrado, ni una aristocracia, ni ninguna comisión de técnicos o elegidos podría ser capaz de definir el interés mayoritario de la comunidad mejor que la comunidad misma. La democracia es vista, así, como una forma de extender al ámbito de la comunidad el ideal de autogobierno que tendemos a defender a nivel individual. Así como, en principio, parece deseable que cada persona determine por sí misma cuál es el plan de vida que prefiere desarrollar, también, en principio, parece deseable que cada comunidad se autodetermine, y tome sus decisiones colectivas, solo después de haber consultado a cada una de sus partes integrantes.

Ahora bien, lo expresado parece contener una contradicción importante: así como no resulta aceptable que un individuo imponga su voluntad sobre la del resto, en asuntos que son del interés de todos, tampoco lo es que la comunidad imponga a alguno de sus miembros decisiones que tienen que ver con planes de vida individuales. La democracia hace posible que incrementemos nuestro poder soberano, extendiéndolo hasta la decisión de los problemas que compartimos con los demás. En cambio, si permitimos que colectivamente se decida cómo va a llevar su vida cada individuo, el objetivo inicial resultará diluido o indirectamente frustrado: queríamos ampliar la autonomía de cada uno, y terminamos ampliando la autonomía de algunos en desmedro de la autonomía de otros.[222] Estas

222 John Stuart Mill señaló una serie de razones por las cuales no resultaría correcto que la sociedad interviniese en cuestiones que tienen que ver con la vida privada de los individuos —y en tanto las acciones del individuo o los individuos en cuestión no afectasen a terceros—. Sin asumir que las sociedades deban ser indiferentes sobre las cuestiones de virtud personal. Mill sostuvo que: *a)* las virtudes deben inculcarse, en todo caso, por la persuasión y no por la coacción; *b)* es valioso que la gente experimente en materia moral, explore y ensaye diversos modelos de conducta, antes de elegir su propio ideal de vida; *c)* en la mayoría de los casos, las intervenciones de terceros están motivadas por inaceptables prejuicios, o actitudes de egoísmo, soberbia moral, etc.; *d)* los individuos son los mejores jueces de sus propios intereses; y finalmente, y referido a las posibles penalizaciones de una elección personal, en virtud de «ideales sociales», Mill decía que, *e)* mientras un individuo no afecte a terceros, solo se daña a sí mismo, por lo que merece más la piedad que la sanción de otros. Una posición como la de Mill representa, para muchos, el ideal de lo que puede ofrecer un Estado «neutral» y respetuoso de las elecciones de cada uno de sus miembros, John Stuart Mill, en «On liberty», incluido en *Three Seáis*. Oxford U.P., 1975.

consideraciones pueden entenderse mejor si precisamos una distinción, no del todo obvia, entre dos esferas independientes de la moral: la moral personal y la moral intersubjetiva. La moral personal sería la que prescribe o prohibe ciertas conductas por sus efectos sobre el propio individuo actuante, y la moral intersubjetiva sería la que prescribe o prohíbe ciertas conductas por sus efectos respecto de terceros.[223]

En relación con las cuestiones atinentes a la moral privada o autorreferente (por ejemplo, el hecho de que una persona prefiera leer *best sellers* antes que clásicos de la literatura, o escuchar rock antes que ópera, actos que tienen que ver, básicamente, con las elecciones privadas de cada agente, a pesar del impacto que —eventualmente— tales opciones puedan tener sobre los demás), la intuición sería la siguiente: estas son cuestiones respecto de las cuales el único soberano es uno mismo, el sujeto directamente involucrado en ellas. Como sostuviera Carlos Nino, «[l]a validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad, ya que este tipo de ideales no pretende, primariamente, hacer un balance entre los intereses de distintas personas. [El] valor epistémico del proceso democrático no se aplica a las decisiones sobre ideales de excelencia humana o de virtud personal»[224] (aun cuando, también en estos casos, el diálogo con los demás pueda servir para esclarecer y mejorar las decisiones individuales).

En cambio, y respecto de aquellas decisiones que trascienden el ámbito de la moral privada (por ejemplo, una decisión relacionada con cómo distribuir la riqueza generada por todos), la intuición sería la siguiente:

223 Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Astrea, 1989. Entre otros autores, Joseph Raz, por ejemplo, hizo referencia a esta distinción sosteniendo que «[l]as teorías morales incluyen dos partes (que se superponen y están interrelacionadas): una doctrina de la virtud que determina cómo tiene uno que actuar y vivir para ser moralmente virtuoso, y una doctrina del bienestar que determina cómo deben ser tratados los demás en aras de su propio bienestar y quiénes son responsables de que sean así tratados. La doctrina de la virtud concierne al bien del propio agente; la doctrina del bienestar se refiere a nuestro bien como objeto de acciones ejecutadas por otros», Raz, Joseph. «Principies of Equality». *Mind*, LXXXVII. 347 (julio de 1978). Véase, también, Strawson, P. F. «Social Morality and Individual Ideals», en *Freedom and Resentment and Other Essays*. Londres, 1974, p. 26.

224 Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* p. 698. Según agrega Nino, ocurre que «el principio de la autonomía de la persona prohíbe interferir con la libre elección de los principios morales autorreferentes o ideales de excelencia humana», *ibíd*.

estas son cuestiones que conciernen a un colectivo de individuos y, en principio, parece valioso que todos los agentes involucrados establezcan cómo resolverlas. Si no se escuchasen todas las voces potencialmente afectadas, la imparcialidad de la decisión que está en juego podría resultar seriamente afectada: podríamos creer que estamos tomando debidamente en cuenta las preferencias de un cierto grupo de personas, por ejemplo, cuando en realidad estamos malinterpretando las preferencias que están en juego.

En síntesis, para lo que nos interesa, el punto a destacar se relaciona con las atribuciones de los órganos estatales —y en particular, del poder judicial— en relación con las cuestiones de moral privada y pública. La idea, en principio, sería que en las cuestiones de moral privada —que hacen al modo en que cada persona quiere vivir su propia vida— ni las autoridades políticas ni los jueces deben tener poder de injerencia. Tales autoridades solo pueden intervenir, limitadamente, respecto de cuestiones de moral pública. Ahora bien, si aceptamos tales criterios, entonces, conviene distinguir muy bien entre ambas esferas de la moral: las consecuencias que se siguen de tal distinción pueden asumir enorme importancia institucional. Sin embargo, ocurre que la distinción entre una y otra área de la moral es muy difusa. Tanto es así que algunos dicen que es imposible distinguir entre ambas. Como mi posición no es tan escéptica al respecto, en lo que sigue —y solo para aquellos que estén interesados en profundizar este tipo de análisis— presentaré algunas sugerencias que pueden ser útiles a los fines de llevar adelante la mencionada separación entre la moral pública y la privada. Una primera distinción que resulta conveniente realizar es la siguiente: imaginemos que yo consumo cocaína, y que alguien decide imitarme. En este caso, no puede imputarse la segunda acción a la primera para decir, por ello, que mi acción privada, en realidad, sí daña a terceros. Entre ambas acciones se encuentra la decisión voluntaria de quien decide imitar mi conducta, por lo cual no corresponde decir que mi acción «causa» la decisión de la otra persona de consumir cocaína. En este sentido, necesitamos distinguir entre las acciones y los efectos posibles de tales acciones. Del mismo modo, corresponde distinguir una acción, como la de consumir alcohol, del hecho de embriagarse y golpear a alguien; como corresponde distinguir el hecho de que alguien

consuma heroína del hecho de que salga a robar para conseguir una nueva dosis. Todos podemos estar de acuerdo en penalizar o desalentar la violencia o el robo, pero ello no nos tiene que llevar, necesariamente, a impedir que alguien tome alcohol o consuma estupefacientes. No todos los que beben golpean a los demás, ni todos los que se drogan salen a cometer atrocidades. Otra distinción importante que conviene realizar es la siguiente: es cierto que, normalmente, las acciones privadas (adoptar un modo de vida homosexual, por ejemplo) influyen de algún modo en la vida de los demás (por ejemplo, alguien puede alegar que el solo hecho de ver homosexuales en la calle «afecta» su sensibilidad religiosa). Sin embargo, el daño a terceros que corresponde evaluar tiene que «ser apreciado en confrontación con la importancia que la acción interferida tiene para el plan de vida elegido por el individuo, cualquiera que sea el valor de ese plan».[225] Si el daño que se produce es relativamente insignificante en relación con la importancia de la acción (el asumir una conducta homosexual) para el plan de vida del agente, luego, no puede decirse justificadamente que dicho daño interfiera en la autonomía del individuo en cuestión.[226]

225 Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* p. 306.

226 De todos modos, hay quienes no consideran suficiente este tipo de distinciones para resolver el tipo de planteamientos que les preocupan. Considérese, por ejemplo, el caso de un fanático religioso que sostuviese que se considera perjudicado por el hecho de que otro individuo o grupo profese una creencia religiosa diferente, o lleve un cierto modo de vida licencioso o pagano. Se podría alegar, en tal caso, que lo que parece ser, a primera vista, una cuestión de moral privada, en realidad es una cuestión de repercusión pública. Frente a esta sugerencia, una de las principales líneas de defensa ha sido planteada por Ronald Dvworkin, quien ha afirmado que en la consideración de las preferencias de los distintos agentes no resulta legítimo evaluar (lo que él denomina) las «preferencias externas». Esto es, las preferencias acerca del modo de vida que otras personas llevan o deberían llevar. En este sentido, por ejemplo, yo podría reclamar legítimamente que me permitan ejercer libremente mi religión, pero no puedo reclamar que otros profesen la mía, o dejen de profesar sus propias creencias. Dworkin desarrolla este punto de vista en su trabajo *A Matter of Principle*. Londres, Harvard U.P., 1985. De todos modos, autores de orientación «comunitarista» insisten en que una sociedad bien constituida requiere de miembros que compartan ciertos valores comunes, y que el ánimo de defender amplios márgenes de autonomía individual solo responde a un liberalismo atomista, que presupone que los individuos viven en el vacío.
Este punto resume un largo enfrentamiento entre «liberales» y «comunitarios» (para adentrarse en esta polémica véase, por ejemplo, Kymlicka, Will. *Contemporary Political Philosophy;* del mismo autor, *Liberalism, Community, and Culture*. Oxford U.P., 1989; defensas del liberalismo. por ejemplo, en Gutman, Amy. «Communitarian Critics of Liberalism», *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1985, pp. 308-322; Buchanan, Alien. «Assesing the Communitarian Critique of Liberalism».

De respetarse distinciones como las sugeridas, ello no significaría que el gobierno de turno no pueda legislar en absoluto respecto de materias atinentes a la moral privada, pero sí, y antes que nada, que pueda hacerlo a partir de ciertas razones (que podríamos llamar «perfeccionistas»). Como dice Nino, no se trata de excluir a «ciertas acciones de la interferencia estatal... lo que el principio sostiene es que el Estado no puede alegar como razón para interferir de algún modo —directo o indirecto— con una acción de un individuo, es que ella degrada el carácter moral de ese individuo y obstaculiza su perfeccionamiento moral».[227]

Para ejemplificar lo dicho, puede ser conveniente retomar el citado caso de la pornografía. En principio, y en la medida en que aceptemos tal separación entre moral pública y privada, la Legislatura no se encontraría autorizada a dictar una ley de prohibición de la literatura pornográfica, basada en el bajo valor moral de tales publicaciones. Esto es, no podría censurar tales publicaciones, alegando que el contacto con tales materiales

---

Ethics, 99 (1989): 852-858; en defensa de la postura comunitaria, entre tantísimos otros, Sandel, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge U.P. 1982; Taylor, Charles. *Hegel and Modem Society*. Cambridge U.P., 1979. Resumo parte de este debate en «Una rápida mirada a los acuerdos y desacuerdos entre liberales y comunitarios», *La ciudad futura*, n.° 41, 1994. El debate entre ambas teorías parece interminable y, por tanto, no voy a continuarlo en el marco de este trabajo. De todos modos, diría que muchas posiciones que comúnmente aparecen bajo la égida del comunitarismo resultan inaceptables y que, por tanto, la discusión citada no puede resultar fructífera mientras no se despejen ciertos criterios muy poco plausibles. Por ejemplo, en ocasiones el comunitarismo parece partir de descripciones obvias («nuestras elecciones se muestran dependientes del contexto en que vivimos»), para llegar a prescripciones injustificadas («nuestras elecciones deben ser dependientes del contexto en que vivimos»). Tales versiones del comunitarismo, simplemente, deben dejarse de lado. En otras ocasiones, el comunitarismo parece negar la deseabilidad (y aun la posibilidad fáctica) de que los individuos cuestionen libremente (y aun se aparten de) su pertenencia a cualquier grupo, categoría, entidad, o comunidad, ya sea de tipo religioso, económico, sexual, social, etc. Creo que, al respecto, el liberalismo actúa razonablemente cuando rechaza tales vertientes del comunitarismo. En otras ocasiones, el comunitarismo parece defender y dar valor a determinadas decisiones comunitarias que —aparentemente— no son más que el resultado de imposiciones externas o aceptaciones resignadas. Esta cierta resistencia a examinar el origen de prácticas asentadas en el tiempo parece deberse a una indebida idealización y romanticización de modos de vida pasados, supuestamente más cooperativos y armónicos Creo que, en este sentido, el comunitarismo tampoco resulta plausible. Finalmente, ciertas modalidades del comunitarismo resultan poco atractivas por su empeño en distinguir la moral convencional o dominante de la moral crítica: en este sentido, el liberalismo parece acertado al insistir en la importancia de tomar un punto de vista crítico para evaluar la moral que prevalece en la comunidad.

227 Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* p. 306.

resulta una componente indeseable de cualquier plan de vida. De todos modos, la legislatura podría intentar aprobar tal tipo de leyes, como medio de impedir la difusión de cierto tipo de violencia sexual, o como forma de atacar —digamos— a un determinado estereotipo de mujer. Pero, en caso de intentar alguna de estas vías, el Legislativo debería probar la existencia de las relaciones causales que alega (pornografía-violencia sexual; pornografía-subordinación de la mujer), o ser muy persuasivo en el sostenimiento de tales conexiones, bastante peculiares.

El poder judicial podría desempeñar un papel importante en este tipo de cuestiones. Ello, por ejemplo, contribuyendo a defender a la ciudadanía contra la imposición de leyes perfeccionistas. Esto no querría decir, como algunos parecen entender, que el poder judicial debiera pasar a ser el último órgano decisor —en lugar del poder legislativo— en materias vinculadas con la privacidad. La idea es, más bien, que en tales materias los únicos soberanos deben ser los mismos individuos: ni el poder judicial ni los órganos políticos estarían justificados para reemplazar la decisión de cada sujeto respecto de sus propios ideales de virtud. La tarea de los magistrados, en todo caso, podría ser la de mantener la integridad de la autonomía de los individuos.

Parece claro, también —y como cuestión meramente prudencial—, que la imprecisión antes mencionada resulta particularmente preocupante en áreas como esta: por ejemplo, si los jueces están en condiciones de vetar la legislación que pueda ser considerada perfeccionista se correrá el riesgo de que los jueces (aprovechando la falta de límites claros entre cuestiones de moral pública y privada) pretendan ejercer su poder de veto frente a cualquier pieza legislativa. En el próximo capítulo voy a tratar de analizar este tipo de preocupaciones. Por ahora, basta decir que la distinción mencionada entre moral pública y privada resulta valiosa y relevante a fines prácticos, y que la intuición que dice que la voluntad mayoritaria no debe intervenir en cuestiones relativas a la moral privada es una distinción que vale la pena tener en cuenta.

Capítulo 7

Reformas institucionales para la reforma del control de constitucionalidad

Reformas institucionales para la reforma del control de constitucionalidad

En este capítulo examinaré tres cuestiones íntimamente vinculadas con las reformas que hemos estado discutiendo hasta aquí, respecto del modo como se ejerce el control de constitucionalidad. Las tres cuestiones se refieren a reformas institucionales, destinadas, entre otras cosas, a que la reforma sugerida en materia de justicia no solo se torne posible sino también deseable. Primero voy a referirme al mecanismo del «reenvío», como método orientado a quitarle al poder judicial la «última palabra» en cuestiones vinculadas con la Constitución y a fortalecer la «discusión» institucional. En segundo lugar, me referiré a la necesidad de estrechar la vinculación entre las minorías sociales y el poder judicial. Mi idea, al respecto, es que en la actualidad ya no rige (o, mejor dicho, ya no hay razones para que rija) una convicción que fue de «sentido común» desde los primeros años del constitucionalismo: la idea de que el poder judicial iba a orientar su tarea, primordialmente, a la protección de las minorías (teniendo en cuenta, por ejemplo, que el sistema político está básicamente orientado para «dar voz» a las mayorías). El análisis de esta segunda cuestión me va a llevar a sugerir mecanismos que contribuyan a rearticular o, en todo caso, a tornar posible, la relación entre la tarea de los jueces y la (especial) protección de los derechos de la minoría. Por último, estudiaré las distintas reformas políticas que se requieren para acompañar la reforma judicial. En mi opinión, la ausencia de reformas políticas como las que voy a sugerir podría dar buenas razones para anular directamente todo intento de procurar cambios en materia de revisión judicial. Paso a estudiar, entonces, las tres cuestiones mencionadas.

A) Sobre la técnica del reenvío y la interpretación de la ley

En los capítulos anteriores vimos los alcances que podría tener la función judicial en materia de moral pública y privada. Vimos en qué casos el poder judicial podía estar autorizado para intervenir y en cuáles no. Sin embargo, entiendo que todavía pueden existir razonables temores sobre los posibles límites de la función judicial: si los magistrados continúan teniendo el poder de decir —aunque sea con límites— la «última palabra» en cuestiones de crucial importancia constitucional, entonces, bien puede temerse que los jueces terminen imponiendo sobre la mayoría criterios acerca de los cuales, en última instancia, les correspondería decidir a la misma ciudadanía, o a los individuos en particular.

El problema que tenemos ante nosotros, según me parece, nos conduce a examinar si existe alguna posibilidad de quitarle al poder judicial ese «derecho de decir la última palabra». Un remedio en el que se pensó, según vimos, frente a este tipo de casos, fue el del «reenvío legislativo» (así, en Francia, en 1791). Desde una óptica (genuinamente) radical, esta alternativa tenía la virtud de apelar a la voluntad mayoritaria para resolver conflictos de interpretación constitucional, pero tenía a la vez un gran defecto: presumir la infalibilidad de los órganos mayoritarios.

Entiendo que, frente a las consideraciones anteriores, la misión del radicalismo (no populista) es la de diseñar una estrategia capaz de apelar a las mayorías de un modo crítico y no dogmático. En este sentido, por ejemplo, podría ser saludable contar con un organismo distinto del Legislativo, encargado del control de las leyes, compuesto —tal vez— por personas especialmente formadas y dotado de funciones como las siguientes: señalar a los legisladores los errores que han cometido en el dictado de la ley, marcar los límites que no pueden atravesar, o reprocharles la utilización de ciertas razones en la justificación de la ley. De este modo, el poder de control estaría orientado a llamar la atención —tanto de los legisladores como de la ciudadanía— respecto de normas todavía imperfectas. La estrategia radical, en este sentido, procuraría establecer un mecanismo «flexible» —que bien puede incluir instrumentos como el de «reenvío»— a fin de procurar una paulatina mejoría de la producción legislativa y promover un valioso «diálogo institucional».

Guido Calabresi, durante años decano de la Universidad de Yale, hace referencia a esta posibilidad del reenvío, como incorporada en el ordenamiento constitucional canadiense.[228] La idea, en este caso, es mantener el control de las leyes dentro de ciertos límites que hoy no existen, y que han determinado la entronización del órgano de control como vértice de la estructura institucional.

Las técnicas como la del reenvío, por ejemplo, nos ayudan a definir una buena estrategia para la interpretación normativa, sobre todo cuando la comparamos con otras alternativas posibles. Así, *a)* en la versión tradicional (y dominante) acerca de la interpretación constitucional es el poder judicial el que decide, sin más, cuál es la interpretación normativa correcta. Según vimos, esta alternativa resultaba implausible por sus rasgos elitistas y también por la dificultad de justificarla dentro de una organización democrática del gobierno. Para otros, *b)* la función del poder judicial en la interpretación de las leyes es defendible, una vez que se incluye dicha función dentro del marco de un «diálogo entre poderes». Sin embargo, según dijimos, mientras el poder judicial conserva «la última palabra» en la tarea de aplicación e interpretación de la ley, dicho diálogo resultaba poco atractivo. Por un lado, las decisiones judiciales están revestidas de tal autoridad que, en la realidad, son muy difíciles de contradecir —de hecho, «torcer» la dirección de la jurisprudencia suele convertirse en una tarea titánica—. Por otro lado, en caso de un disenso grave entre los jueces y los legisladores, son los primeros —y no los últimos, como podría esperarse— quienes tienen la posibilidad efectiva de hacer prevalecer su opinión. Finalmente, *c)* encontramos la propuesta defendida por los autores «populistas», para quienes solo el Parlamento (o alguna institución con, al menos, ese rango de legitimidad, como una Convención Constituyente) se encuentra habilitado para especificar el contenido de la ley. De todos modos, según hemos visto, esta alternativa presentaba rasgos criticables, tanto por el dogmatismo con el que solía defenderse la decisión de los parlamentarios —fuera la que fuese—, como en la identificación indebida que se trazaba entre la voluntad de los legisladores y la voluntad general de la ciudadanía.

228 Calabresi, Guido. «Four Types of Constitutions» (manuscrito), Yale University, 1988.

En cambio, la alternativa del reenvío tiende a eliminar o moderar muchos de los problemas anteriores. Aquí, la decisión judicial no tiene el carácter real ni aparente de «decisión última». Además, en este caso, el poder judicial se encarga directamente de instar al Legislativo a que vuelva a reflexionar sobre su decisión, y si así fuera, los legisladores entonces se verían incentivados a reagruparse y repensar dicha medida. Hoy, en cambio, los jueces no encuentran mayores incentivos para entablar un «diálogo» con los legisladores. Y, de modo similar, el primer incentivo de los legisladores frente a la «muralla infranqueable» en que se puede convertir la justicia no es el de reformular las leyes cuestionadas, sino el de actuar sobre la misma justicia (hasta «derrumbar» la muralla, como quedó ejemplificado históricamente en el caso del *New Deal*). Por último, cabe destacar que en caso de una grave tensión entre los poderes, es el poder que cuenta con mayor legitimidad democrática —y no el que cuenta con menos— el que termina prevaleciendo.[229] En suma, el reenvío se presenta como un mecanismo institucional, en principio, idóneo, para satisfacer muchas de las finalidades defendidas en este trabajo: la promoción del «diálogo» institucional, la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema institucional.

B) Defensa de las minorías y cuestiones motivacionales

Muchas teorías institucionales contemporáneas se concentran en la definición de principios teóricamente aceptables, pero dejan de lado toda reflexión acerca del modo como tales principios pueden ser llevados a la práctica. La propuesta de John Ely, por ejemplo, constituye una buena ilustración de este hecho. Obviamente, dicha actitud de relativo descuido hacia la viabilidad de la propia teoría no resulta objetable, *prima facie*, ya

229 Corresponde pensar, todavía, de qué modo debería autorizarse una posible reformulación de la ley cuestionada. Podría resultar razonable, por ejemplo, exigir a la legislatura que, en caso de querer insistir sobre la ley objetada, apruebe las modificaciones con una mayoría especial (con lo cual se morigerarían los efectos de los «meros impulsos mayoritarios»). También queda por determinar cuál debería ser el efecto de tal reenvío, respecto del caso concreto que se encontrase en juego.

que ningún teórico se encuentra obligado a responder todas las preguntas que su teoría sea capaz de plantear. Sin embargo, creo que vale la pena comparar tal forma de proceder con la que distinguió, por ejemplo, a los «padres fundadores» de la democracia norteamericana, en quienes también Ely, en buena medida, se inspira.

En efecto, los «padres fundadores» se enfrentaron a la tarea de diseñar un buen sistema de gobierno, y para ello, no solo desarrollaron una sustantiva teoría política sino que, además, se preocuparon por asegurar que los funcionarios encargados de llevarla a la práctica se encontraran adecuadamente motivados para dicha tarea. Una prueba significativa acerca de lo que digo puede hallarse en el tema del poder judicial y la «protección de las minorías», un tema crucial, también, para la propuesta de Ely.

En su aproximación al problema, los «padres fundadores» tomaron como dados ciertos presupuestos: *a)* Según vimos, partieron de la idea de que la sociedad se encontraba básicamente dividida en dos grupos, el de las mayorías deudoras, y el de las minorías acreedoras —lo cual era un presupuesto simplista pero relativamente razonable en el siglo XVIII, *b)* consideraron que tales grupos, internamente, eran básicamente homogéneos —lo cual constituía un presupuesto bastante más discutible que el anterior. Por otro lado, *c)* los «padres fundadores» estimaron también que los miembros de cada uno de tales grupos solían actuar a partir de su autointerés (o, por lo menos, que no era razonable asumir que se estaba diseñando un gobierno para una sociedad de individuos altruistas o de «ángeles», de acuerdo con la metáfora madisoniana).[230] A partir de estos criterios llegaron a la conclusión de que el grupo que controlase el gobierno, indefectiblemente, iba a procurar tomar ventaja a partir de dicha situación, aun a costa de oprimir o violentar los derechos del grupo menos favorecido en la distribución de poder. Por lo dicho, y dado el ideal que defendían explícitamente: evitar la tiranía, los «padres fundadores» entendieron que debía asegurarse a ambos grupos un «poder institucional» equivalente. En este sentido, y a la hora de diseñar un sistema institucional eficaz en la protección de las minorías, tomaron en cuenta otro dato —por entonces— evidente: *d)* la existencia de mecanismos institucionales capaces de asegurar

230 Así, en *El Federalista*, n.° 51.

la incorporación de ambos grupos (mayorías y minorías) en el sistema de gobierno. Típicamente, según vimos, pensaron que el mecanismo de las elecciones indirectas y los distritos electorales extensos, sobre todo, iban a garantizar la elección de miembros de los (llamados) grupos minoritarios[231] (presupuesto que la práctica pareció ratificar).

Dados los presupuestos anteriores, los «padres fundadores» encontraron razonable esperar que el poder judicial se dedicase a proteger a las minorías. El razonamiento, más o menos obvio, era el siguiente:

a) Si los jueces son elegidos a partir de elecciones indirectas en amplios distritos, y
b) tales condiciones aseguran la elección de miembros del grupo de la «minoría», y
c) el grupo de la minoría (tanto como el de la mayoría) es internamente homogéneo, y
d) los miembros de la minoría (tanto como los de la mayoría) actúan movidos por el propio interés; luego puede concluirse que
e) los jueces, en su actuación, van a encontrarse muy especialmente motivados para proteger los derechos de las minorías.

Ahora bien, parece muy claro que los presupuestos que se tomaron en cuenta en la etapa constituyente norteamericana tienen poco que ver con los presupuestos que hoy podríamos compartir sobre cuestiones semejantes. Muy sintéticamente, señalaría que: *a)* Las sociedades modernas parecen destacarse por (lo que se ha llamado) el «hecho del pluralismo», que niega la mencionada visión «dicotómica» de la sociedad (la sociedad dividida en dos grupos); *b)* hablar de grupos «internamente homogéneos» hoy parece bastante menos razonable que entonces (por ejemplo, no basta con conocer los intereses básicos de una mujer o una persona de color, para conocer los intereses básicos del grupo de las mujeres o de las personas de color); *c)* existen dificultades mucho más graves que las que se reconocían en el siglo XVIII para asegurar (mediante herramientas

231 Véase, en particular, Manin, Bernard. «Elections, Elites and Democracy: On the Aristocratic Character of Elections», y mi trabajo *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995.

institucionales específicas, como pudieron serlo las elecciones indirectas) la representación de distintos grupos en el sistema político; *d)* actualmente tendemos a defender una idea de «minorías» muy diferente de la que se consideró apropiada durante los debates constituyentes norteamericanos (una noción mucho más amplia y variable).[232]

Dicho esto, una reflexión pertinente podría ser la siguiente: en su época, los «padres fundadores» contaron con buenas razones para pensar que los jueces iban a sentirse motivados para proteger, especialmente, a las minorías (entendidas estas como las minorías de los acreedores o propietarios). La pregunta que aparece entonces, obviamente, es la siguiente: ¿Podemos esperar hoy, razonablemente, que los miembros del poder judicial se orienten especialmente a favor de la defensa de las minorías? Cabe remarcarlo, para autores como Ely, esta pregunta resulta clave, ya que la función judicial está centrada, muy estrictamente, sobre la protección de minorías «discretas e insulares». La respuesta que cabe dar a dicha pregunta, según entiendo, es negativa. No hay mayores razones para pensar que los jueces vayan a comprometerse en esa tarea; no hay razones para pensar que los jueces vayan a encontrarse motivados en la defensa de los grupos más débiles, aun cuando esta misión sea reconocida por todos como una misión valiosa. ¿Por qué un juez debería sentirse especialmente inclinado a defender los intereses de, digamos, los inmigrantes, las mujeres, las minorías religiosas, etc.? A continuación revisaré, brevemente, algunas posibles respuestas a este interrogante.

1. Altruismo. Alguien podría decir que los jueces van a orientarse, especialmente, a proteger a las minorías, en razón de su altruismo. Esta estrategia implicaría desafiar un presupuesto como el del autointerés, mantenido por los «padres fundadores». En este sentido, podría decirse que la práctica judicial, en efecto, demuestra que existen muchos jueces altruistas que continúan en sus cargos a pesar de innumerables problemas movidos, fundamentalmente, por ideales de justicia. Sin embargo, y a

232 Podría aceptar, en cambio, que el presupuesto del propio interés puede seguir sirviendo como una generalización adecuada, al solo efecto de imaginar posibles conductas de los individuos en relación con sus instituciones.

pesar de esta realidad, también es cierto que resulta desacertado generalizar tal premisa como adecuadamente descriptiva de la «realidad judicial». Puede ser cierto que no todos los jueces se muevan por razones egoístas, pero también lo es que no todos los jueces (ni mucho menos) se mueven por razones altruistas. Como punto más relevante diría que parece inaceptable que un sistema institucional se apoye (por ejemplo, para la protección de las minorías) en el hecho azaroso de contar con «jueces bien motivados».[233]

2. El carácter no mayoritario de la justicia. Para muchos, los jueces estarán incentivados para proteger a las minorías dado el carácter «no mayoritario» de la institución de la que forman parte.[234] Esta creencia, a mi entender, se basa en una notoria confusión: la de que, por el hecho de formar parte de un cuerpo «minoritario» en cuanto a su número, los jueces van a estar motivados a defender a los diversos y variables grupos «minoritarios» que existen en la sociedad (grupos sin poder político, grupos sistemáticamente discriminados, etc.).

De todos modos, en el criterio citado, anida una intuición más aceptable: no es dable esperar que un órgano «mayoritario» (integrado, por ejemplo, por las «fuerzas políticas mayoritarias») constituya la mejor garantía de protección de las minorías.[235] Sin embargo, decir esto no nos autoriza en absoluto a pensar que un órgano que no está integrado por las mayorías vaya a defender adecuadamente a los grupos más débiles de la sociedad. Mucho peor aún, en este caso, no solo no es dable esperar la defensa de las diversas minorías desaventajadas, sino que, además, la propia voluntad de las mayorías políticas parece correr peligro.

3. La confianza en la fuerza persuasiva de la razón: finalmente, otros consideran que el poder judicial va a estar orientado a defender a las minorías, dado que las mejores teorías de derecho constitucional parecen

233 Como bien señala Alexander Bickel, tampoco bastaría con buenos procedimientos para la selección de jueces. Ello, debido a que nada garantiza que los jueces bien elegidos permanezcan, a lo largo del tiempo, firmes en la defensa de los principios por los que fueron electos. La práctica judicial parece reafirmar esta predicción. Véase Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch,* cap. I.

234 Entre numerosísimos ejemplos véase, asimismo, García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1988, cap. 5; Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional*. Univ. Nac. Autónoma de México. 1987, cap VII; Agresto, John. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, cap. 2.

235 Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 225.

coincidir en afirmar la importancia de que la justicia actúe de ese modo. Este presupuesto, pocas veces explicitado o reconocido, parece asentarse en una convicción de tipo iluminista, según la cual el «deber» implica «poder». De acuerdo con este supuesto, decir que uno «debe» realizar una cierta acción equivale a «predecir que si uno conociera lo suficiente acerca de X, desearía [actuar conforme a X. Estaría motivado para actuar de ese modo]».[236] Traducida al caso que nos interesa, la idea diría: los jueces comenzarán a actuar de modo correcto en la medida en que se abran a los mejores escritos existentes en materia de derecho constitucional. Cuando lo hagan, y deslumbrados por la fuerza de la verdad de ciertas teorías, los jueces comenzarán a actuar de modo correcto. Si lo dicho fuera razonable, la tarea de los teóricos del derecho debería consistir, exclusivamente, en la presentación de los mejores argumentos posibles, capaces de persuadir a la clase judicial.

Sin embargo, debería estar demostrado que dicha confianza en la fuerza persuasiva de la razón parece más que excesiva. Madison, por ejemplo, representa un ejemplo extraordinario de cómo un teórico de las instituciones combinó el análisis abstracto con la preocupación por lo que podríamos llamar los «incentivos institucionales». Pocos como él fueron tan geniales en el desarrollo de teorías que fueran aplicables en la práctica.[237] Hoy, en cambio, parece existir un cierto desdén acerca de la relevante cuestión de los «incentivos institucionales». En este sentido, por ejemplo, diría que trabajos como los de John Ely llaman la atención, no solo por su calidad, sino también por la excesiva confianza que parecen depositar en la labor de los jueces. Parece claro que los jueces no van a defender a las minorías, simplemente porque hayan sido persuadidos por algunos buenos trabajos en donde se les aconseje dicha actitud. Al menos, no es dable esperar que ello ocurra de modo necesario, ni tampoco —agregaría—

236 Larmore, Charles. *Patterns of moral complexity*. Columbia U.P., 1987, p. 84. Larmore presenta dos versiones posibles del principio «el deber implica poder». La primera versión —motivacional— es la que cito, y la que él considera más acertada. La segunda interpretación posible, que él rechaza, tendría que ver con el grado de «posibilidad» material de que tal deber sea realizado, más allá de las cuestiones de tipo motivacional (*ibíd*, cap. 4).

237 Espero que esté de más aclarar que lo dicho de ningún modo debe interpretarse como una sugerencia para que los académicos orientados exclusivamente a la reflexión teórica comiencen a pensar en herramientas institucionales más concretas, ni, muchísimo menos, como una sugerencia de que no concentren tanta atención en las teorías.

en una mayoría de casos. Por ello, resulta importante pensar en el modo de complementar teorías como las mencionadas para poder alcanzar ciertos compromisos judiciales más firmes.

¿Cómo garantizar la protección de las minorías?

En la actualidad existen algunos primeros intentos destinados a asumir los citados problemas motivacionales. En esta sección voy a presentar y evaluar unos pocos de ellos.

En la Corte Internacional de Justicia, por ejemplo, suele permitirse que cada uno de los países involucrados en un conflicto particular nomine a un juez que pasa a formar parte de la Corte para decidir sobre dicha controversia. En otros casos, se asegura un sitio permanente al grupo afectado. Por ejemplo, los tres lugares que se reservan a los jueces de Quebec, entre los nueve miembros de la Corte Suprema canadiense. También fue en Canadá donde se presentó una iniciativa significativa, que tendía a asegurar la resolución de este tipo de problemas. Me refiero a la redacción de una «Carta social alternativa», por parte de un grupo destacado de intelectuales. Esta carta presenta sugerencias específicas sobre problemas propios del derecho constitucional, como los que aquí estamos examinando. En dicho documento se propuso que el máximo tribunal reservara directamente un tercio de sus cargos para representantes de los grupos desfavorecidos. Esta proposición toma muy especialmente en cuenta los problemas a los que nos hemos referido con anterioridad: se reconoce que, para contar con un poder judicial inclinado a proteger a las minorías, debe hacerse algo más que «incitar a los jueces» a asumir dicha tarea; se reconoce, en definitiva, la necesidad de vincular más estrechamente a las «minorías» con la justicia (aunque, tal vez, y según diré, el medio elegido no resulte el más adecuado). Aunque de modo muy informal, en Estados Unidos también se hace cada vez más obvio que las distintas minorías ejercen presión para incorporar dentro de la Corte Suprema a algún miembro de su propio grupo. Las personas de color, las mujeres y grupos étnicos concretos han puesto ya de manifiesto tales decisiones (las designaciones de los jueces O'Connor, Marshall, Scalia y Thomas han sido, de

algún modo, el resultado de tales preocupaciones). Un buen ejemplo al respecto lo representa el famoso caso de Rodney King, en el que se juzgó a cuatro policías de Los Ángeles por haber golpeado a una persona de color. Según la filósofa Amy Gutman, dicho caso «refuerza la idea de que el multiculturalismo de quienes deliberan resulta normalmente una indispensable ayuda para que se produzca una deliberación adecuada, cuando lo que está en juego son cuestiones de justicia social».[238]

Sin embargo, obviamente, la iniciativa de incluir en la Corte a representantes de las minorías implica unas dificultades muy serias. En primer lugar, parece evidente que la presencia de una jueza en lugar de un juez, o de un juez negro en lugar de otro blanco, no garantiza en absoluto que los derechos de las mujeres o de los negros (conforme a los ejemplos citados) resulten especialmente atendidos. La salida de la Corte del famoso juez Thurgood Marshall, por ejemplo, fue una clara muestra de los incipientes debates en este sentido. En esta ocasión, los grupos de color ejercieron presión para que Marshall (de raza negra) fuera reemplazado por otro juez de raza negra. Este objetivo fue finalmente logrado, pero pagando el peor de los precios (que el mismo Marshall había prevenido): se incorporaba al Tribunal el desafortunadamente célebre juez Clarence Thomas —de raza negra— pero de convicciones poco afines, e incluso contrarias, a las que suelen identificar a los miembros de su grupo.[239]

El tipo de problemas señalados tiene como una de sus principales fuentes de origen la asunción de que los intereses de las mujeres, de las personas de color, de los homosexuales, etc., son internamente homogéneos. Cuando lo que parece ocurrir es que, en realidad, en el interior de esos grupos existen una pluralidad de intereses más o menos opuestos. Otro tipo de dificultades sobre las que conviene llamar la atención es el de la posible multiplicación hasta el infinito de los grupos que deberían estar representados en la Corte. ¿Por qué, por ejemplo, otorgar un lugar a

238 Gutman, Amy. «The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics». *Philosophy and Public Affairs*, 22. 3 (1993): 205.

239 Las dificultades en cuestión, de todos modos, son mucho más profundas de las que presenta el caso de Thurgood Marshall. Pero corresponde reconocer que aunque el juez que se hubiera elegido como representante del grupo en cuestión hubiese sido una figura valiosa (como efectivamente lo era T. Marshall), ello tampoco hubiera garantizado una adecuada protección de los intereses que se quieren proteger.

las mujeres, y no otro especial a las mujeres pobres, o a las mujeres pobres y discapacitadas, o a las mujeres pobres y discapacitadas que han abortado, etc.? Es decir, si queremos dar representación a las minorías debemos, tener bien claro por qué hemos de seleccionar, concretamente, a ciertas minorías, antes que a otras infinitas que pueden existir.

Pero, además, alguien podría preguntarse si esta política de reivindicación de las minorías no va a llevarnos a padecer consecuencias inaceptables: ¿Qué decir, por ejemplo, si el enfatizar tanto en el problema de las minorías lleva a que cada una de ellas deje de esforzarse en entender a las demás? Es decir, si cada grupo sabe que los demás grupos van a tener sus propios portavoces, ¿para qué tratar de ponerse en el lugar de ellos? ¿Por qué intentar pensar como ellos? Tal búsqueda de la imparcialidad parecería no solo innecesaria (cada minoría tiene quien la defienda) sino, además, inconveniente (se estaría representando «excesivamente» a tales minorías). Cada grupo, así, podría ser motivado a pensar y hablar exclusivamente en nombre de los intereses de su propio grupo.[240]

Una de las más notables defensoras de modelos como el propuesto en la carta canadiense, Jennifer Nedelsky, ha reconocido las objeciones posibles a las sugerencias como las allí incluidas. Sin embargo, en su opinión «est[e tipo de] problemas empalidecen en comparación con los problemas de legitimidad que actualmente presenta la Suprema Corte».[241] De modo similar, Amy Gutman señala que —en el específico caso de Rodney King— «un jurado que hubiese incluido afroamericanos hubiera incrementado las posibilidades de una deliberación adecuada, lo cual a la vez hubiese incrementado las posibilidades de un veredicto justo».[242]

Afirmaciones como las citadas parecen contener mucho de verdad. De todos modos, en mi opinión, se puede pensar en soluciones alternativas

240 Véase, por ejemplo, Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights.* Clarendon Press, Oxford, 1995, cap. 7.

241 Nedelsky, Jennifer. «The Puzzle and Demands of Modern Constitutionalism». *Ethics*, 104 (abril de 1994): 500-515.

242 Gutman, Amy. «The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics», p. 205. Gutman reconoce, al mismo tiempo, que tal sugerencia no significa «decir que un jurado similarmente constituido no hubiera podido alcanzar un veredicto justo». Conviene comparar este caso con uno que apareció al poco tiempo y que involucró al deportista O.J. Simpson, juzgado —y polémicamente absuelto— por un jurado integrado por miembros de su propia raza.

que tanto sean capaces de mejorar la actual situación de la justicia, en cuanto a la protección de las minorías, como de resistir posibles críticas respecto de su modo de hacerlo. Por ejemplo, y como un simple ejercicio de imaginación, podría pensarse en la siguiente posibilidad: al presentarse un caso en el que se encuentren implicados derechos de las minorías, la justicia podría (por propia iniciativa, o a petición de los interesados) trasladar el estudio de la mencionada situación a un cuerpo especialmente orientado a la protección de los derechos de las minorías. Dicho cuerpo podría requerir y recibir informes de diversas entidades o personas representativas del grupo en cuestión, y elevar a la justicia su dictamen al respecto (de hecho, de un modo más informal, existen ya algunas prácticas orientadas, al menos, en la misma dirección, como la de los *amicus curiae* en Estados Unidos, práctica a la que hice referencia más atrás). Esta alternativa, aquí solo bosquejada, evitaría la poco plausible propuesta de «incorporar» efectivamente a la justicia a miembros de las minorías, daría respuesta a la especial preocupación que las sociedades modernas tienen (o debieran tener) respecto de los problemas de las minorías, y nutriría de mayor realismo las concepciones bien intencionadas, como la de Ely, que necesitan apelar, en la práctica, a la buena voluntad de los jueces de turno.

C) Reforma política y reforma del poder judicial

Muchos de los comentarios hasta aquí presentados han sido críticos respecto del modo como actualmente suele ejercerse el control de constitucionalidad de las leyes. El modelo de control que he sugerido, como alternativa al vigente, implica en buena medida una restricción del poder que, hoy por hoy, ejercen los jueces. Ahora bien, dentro de nuestro sistema de frenos y contrapesos, toda reducción en la influencia de uno de los tres poderes implica un correlativo y proporcional aumento del poder de las restantes ramas de gobierno. Por tanto, las reformas institucionales hasta aquí sugeridas reforzarían, de algún modo, el poder del Legislativo y del Ejecutivo. Pero aunque este fuera realmente uno de los principales resultados de las reformas propuestas, muchos podrán decirnos, razonablemente, que «el remedio aconsejado es peor que la enfermedad». Esta

queja es razonable, en efecto, si tenemos en cuenta el modo como los poderes políticos acostumbran a actuar, en muchas de las democracias que conocemos. Así —y sin pretender decir, en absoluto, que esto sea lo que ocurre en todos los casos—, alguien podría sensatamente afirmar que en muchas ocasiones los dirigentes políticos se desentienden de las demandas de sus representados, actúan de modo meramente autointeresado, engañan a sus electores, toman decisiones motivadas únicamente por las presiones de intereses privados, etc. Y si este escenario es, en parte, descriptivo de la situación existente en muchas democracias contemporáneas, luego, las reformas judiciales aquí propuestas solo comportarían unos pocos beneficios a cambio de costos nuevos y crecientes. Y lo que es peor: la propia reforma, llevada adelante en nombre de una democracia mejor, podría resultar deslegitimada, y sus (valiosas) aspiraciones quedarían descartadas por el momento y en el futuro, y entonces, los ciudadanos no tendrían razón alguna para sentirse más dueños de su propio destino, al tiempo que se perderían algunas de las garantías que el poder judicial (unas veces por puro azar, y otras por el buen tino de alguno de sus miembros) actualmente ofrece.

Por razones y temores como los citados, entiendo que cualquier reforma judicial que se adopte, en la dirección aquí defendida, requiere estar acompañada de una reforma paralela en el sistema político. Sin esta reforma general, la primera —más estricta— puede convertirse en algo indeseado e inconveniente.[243] Claro está que dentro de los estrechos márgenes de este escrito no voy a intentar una especificación de la reforma política sugerida; no obstante, de todos modos, sí incluiré algunos comentarios muy breves acerca del tipo de problemas con los que nos enfrentamos.

243 Es obvio que, llegados a este punto, me veo en la obligación de alejar de aquí otro amenazador fantasma: no estoy proponiendo algo así como: «o se lleva adelante una reforma completa o no debe plantearse reforma alguna». Normalmente, dicha ambición de desarrollar una reforma omniabarcativa resulta irracional, dada la presencia de infinidad de cambios y situaciones imprevistas que no podemos adecuadamente prever. Lo que sí afirmo es que no pueden atacarse los males que afectan a la justicia como si fueran independientes de los males que afectan a los otros poderes, o ignorando sus consecuencias —tal vez negativas— sobre estos últimos, organizados como lo están hoy.

Política parlamentaria

1. *Sobre la incapacidad estructural del Parlamento para representar a «toda» la comunidad*

El Parlamento ofrece hoy una incapacidad estructural para representar a la diversidad de minorías existentes en la sociedad. Actualmente no es posible, ni razonable, pensar —como lo hicieron los «padres fundadores» de la democracia norteamericana— que la sociedad se divide en dos secciones fundamentales e identificables. Las sociedades modernas, según hemos dicho, se abren en una multiplicidad de secciones muchas veces entrecruzadas o superpuestas entre sí. Si esto es cierto, luego, no puede pedírsele al Parlamento que «incluya» entre sus miembros a toda la sociedad, o que sea un «espejo» en el que la sociedad se refleje. Por tanto, si queremos que el Parlamento siga diseñando ciertas pautas básicas, válidas para todos, y mantenemos el principio no elitista según el cual «deben consultarse todos los potencialmente afectados» por una cierta política (ya que nadie puede, eficazmente, tratar de ponerse en el lugar de todos los demás), luego, se deberá apelar a mecanismos de los que hoy carecemos para que el Parlamento decida, teniendo en cuenta toda la información relevante a la que hoy no puede acceder por medios directos.

2. *Sobre quiénes llegan al Parlamento*

Aun si aceptáramos el papel más modesto que el Parlamento puede estar llamado a cumplir, debemos reconocer que, a tales fines, la actualidad parlamentaria no parece resultar demasiado alentadora. Sucede que, en verdad, no siempre llegan al Parlamento los representantes —más o menos genuinos— de las mayorías, ya que no existen vías adecuadas para permitir tal logro. Por ejemplo —y según veremos mediante el análisis de casos como el de «Buckley *v.* Valeo»—, sigue ocurriendo que los que tienen más dinero y más capacidad de influencia sobre los sectores de mayor poder gozan de mayores oportunidades para acceder al foro parlamentario. Y, en este sentido, resulta evidente que un buen sistema parlamentario —aun con los límites que le podemos reconocer— debe estar formado,

primordialmente, por individuos que representen los principales intereses existentes en la sociedad, y no por individuos que, simplemente, han conseguido el apoyo económico o político necesario para poder disputar o presionar para conseguir un escaño parlamentario. Mientras esta última práctica siga siendo tan predominante como lo es hoy, el sistema parlamentario seguirá afectado, en su legitimidad, como lo está en la actualidad.

3. Sobre cómo deciden quienes llegan al Parlamento

Si hiciéramos abstracción de los problemas anteriores, y nos concentráramos exclusivamente en el modo como decide la clase dirigente, ¿tendríamos motivos para estar conformes? Entiendo que no, sobre todo, debido a la creciente importancia de grupos de presión que actúan sobre los parlamentarios. En este sentido, todavía parece certera la descripción de Carl Schmitt según la cual «las grandes decisiones políticas y económicas [...] ya no resultan hoy (si es que alguna vez resultaron) de las opiniones confrontadas en debates y contradebates públicos». Hoy, los «comités de partidos políticos y coaliciones, pequeños y exclusivos, toman las decisiones a puerta cerrada [y bajo la influencia de] grandes grupos de interés».[244] En la actualidad, la negociación —en parte deseable, en parte inevitable— ha ocupado el lugar de la argumentación abierta al público, como modalidad propia para la toma de decisiones parlamentarias, lo cual tampoco parece ser un hecho deseable, desde el punto de vista de los criterios defendidos en este escrito.[245]

4. Sobre lo que ocurre cuando el Parlamento toma decisiones que la mayoría rechaza

Pongamos entre paréntesis, ahora, todos los inconvenientes mencionados hasta aquí, y examinemos una posibilidad bastante frecuente en nuestro tiempo: que los parlamentarios actúen de un modo contrario al que habían prometido en sus campañas electorales, o de un modo contrario al que las

244 Véase Schmitt, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, The MIT Press, 1992.

245 Interesantes comentarios sobre las prácticas de la argumentación y la negociación, en Elster, Jon. «Arguing and Bargaining» (manuscrito). Universidad de Chicago, 1991.

mayorías prefieren en un momento determinado. Frente a dichas situaciones, normalmente indeseables, la ciudadanía no posee muchas herramientas capaces de ayudarla a actuar institucionalmente. Una de las razones para explicar este hecho, entre muchas otras, es la siguiente: desde los mismos orígenes del sistema representativo se suprimieron directamente todas aquellas instituciones destinadas a incrementar la responsabilidad de los representantes hacia sus electores. Así, y según vimos, se dejaron de lado mecanismos como los de las elecciones directas y anuales, el derecho de instruir a los representantes, el derecho de revocar los mandatos, etc. La opción que se tomó, frente a la que aparecía como una alternativa amenazante, fue la de basarse, simplemente, en elecciones periódicas y en lo que podría llamarse el «juicio retrospectivo» de los electores.[246] La idea consistía en afirmar que los representantes iban a actuar atendiendo los intereses ciudadanos, por temor a ser sancionados en elecciones futuras. Tal amenaza, aparentemente, garantizaba los términos de una adecuada representatividad. Pero ¿es esto cierto? ¿Resulta razonable tanta confianza en el poder que ejercen las elecciones futuras sobre la conducta presente de los representantes? Varias razones nos dicen que el temor al «juicio retrospectivo» de los electores no suele funcionar como cabría esperar. A continuación mencionaré algunas de estas razones: el electorado suele resignarse frente a ciertos hechos que no acepta cuando no cuenta con herramientas que le ayuden a remediarlos; muchas veces la diversidad existente de organismos y representantes hace que sea imposible reconocer a los actuales responsables de políticas concretas; el voto otorga al elector una ínfima capacidad discriminatoria para discernir entre los actos plausibles y los reprochables de sus representantes; algunos de los elegidos optan, simplemente, por un mandato ejercido en la sombra, confiando en que sus estrechas relaciones con el partido que lo llevó al cargo sean suficientes para volver a él, etc. Todas las circunstancias citadas nos hablan de la debilidad del mecanismo de las elecciones periódicas, como modo de conseguir que los representantes sean adecuadamente responsables de sus acciones. Afirmar esto no equivale, por ejemplo, a pronunciarse a favor de mecanismos como los que existían en muchos estados norteamericanos después de la Revolución (mandatos imperativos, etc.). De todos modos,

246 Manin, Bernard. «The Principles of Representative Government» (manuscrito). Universidad de Chicago, 1994.

vale la pena examinar los principios propiciados por ellos, cuando reflexionamos acerca de la mejor forma de organizar la responsabilidad de los representantes.

Política extraparlamentaria

1. Sobre la falta de articulaciones sociales

Uno de los graves problemas que deben afrontar los ciudadanos para transmitir su voluntad a los cuerpos representantivos, justamente, es el de carecer de medios que los ayuden a organizar y dar forma a sus peticiones. La ausencia de asociaciones intermedias, fundamentalmente, afecta la capacidad de la ciudadanía para reunirse, reconocer sus intereses y a sus representantes, especificar sus quejas o dejar claro qué tipo de políticas prefiere. La actitud liberal más típica, ante este tipo de situaciones, es la de decir que el Estado no tiene nada que hacer frente a lo que, en todo caso, puede considerarse negligencia propia de los ciudadanos.[247] Al respecto, me interesaría agregar algún comentario. En primer lugar, añadir que el Estado no solo no ha sabido mantenerse neutral ante las acciones o inacciones de la ciudadanía, sino que en muchos casos ha tomado cartas en el asunto, para desalentar —o desarticular, sin más— las asociaciones intermedias organizadas por los ciudadanos. Esa actitud fue clara, por ejemplo, en las medidas tomadas por los primeros gobiernos norteamericanos —tema estudiado en el presente trabajo— frente a las asambleas ciudadanas o *town meetings* propias del siglo XVIII.[248] Y tal predisposición negativa también parece evidente hoy, en muchos casos, en los embates

247 Véase, por ejemplo, Kymlicka, Will. *Contemporary Political Philosophy.*

248 De acuerdo con Merrill Jensen: «los líderes conservadores trataron de evitar mayores disgustos, terminando con las asambleas comunales, y sustituyéndolas por gobiernos centralizados, para permitir que las ciudades pudiesen ser gobernadas a través de consejos y delegados». Merrill Jensen, *The New Nation. A history of the United States during the Confederation*. Nueva York, Alfred Knopf, 1967, pp. 118-121. Según Stephen Patterson, para mediados de 1780 se desató una reacción «intensa y masiva» contra las convenciones populares, que terminaría en una campaña para «reemplazar las tradicionales asambleas populares [...] por consejos de representantes y alcaldes». Patterson, Stephen. «The Roots of Massachusetts Federalism. Conservative Politics and Political Culture Before 1787», en Hoffman, R. y P. J. Albert, eds. *Sovereign States in an Age of Uncertainty*. The U.S. Capitol Historical Society, Univ. Press of Virginia, 1981, pp. 50-52.

gubernamentales contra las asociaciones sindicales u otras organizaciones sociales: ocurre que, frecuentemente, la presencia de tales grupos —en tanto actúen más o menos independientemente respecto de las políticas del gobierno de turno— amenazan con obstaculizar el libre diseño y aplicación de las políticas públicas preferidas por el sector dirigente.[249] Guiado por este tipo de razones (y este es el segundo comentario al que quería referirme), el Estado tampoco emprendió una política activa, de promoción y aliento de las asociaciones intermedias. Pero si hoy existiese realmente la voluntad de que «la sociedad se dicte sus propias normas», dicha intervención activa del Estado resultaría necesaria. Ello, no solo para reparar una anterior política erosiva de tales asociaciones, sino también para contribuir a resolver los obvios problemas de acción colectiva que la ciudadanía debe resolver para organizarse.[250]

2. *Sobre la falta de foros para la discusión pública*

Aunque contáramos con una sociedad más o menos articulada, tendríamos que enfrentarnos a un problema adicional, al menos, vinculado con la ausencia de foros para el debate colectivo. Adviértase que, en el utópico caso de contar con una sociedad organizada a través de asociaciones intermedias, la falta de lugares en donde esos diversos grupos puedan discutir nos acercaría a una mera «política de facciones» —temor este que, razonablemente, preocupaba a los «padres fundadores» norteamericanos—. Y esta situación, claramente, no resultaría deseable desde el punto de vista del enfoque «deliberativo» de la democracia, que aquí he defendido. Hoy por hoy, de todos modos, estas organizaciones no tienen la entidad suficiente que tuvieron en otro tiempo, por lo cual nos encontramos o bien con una (igualmente nociva) carencia de discusión pública, o, en todo caso, con discusiones poco equitativas, en donde no se triunfa

249 Véase, por ejemplo, Gargarella, Roberto. «Unarticulated democracies» (manuscrito). Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1995.

250 Muchos liberales de renombre, en ese sentido, han entendido que una intervención estatal orientada en tal dirección resultaría coherente con las propuestas más básicas del liberalismo político. Véase, por ejemplo, Cohen, Joshua y Joel Rogers, «Associative Democracy», en Bardham, Pranab y John Roemer, eds. *Market Socialism. The Current debate*. Oxford, Oxford U.P., 1993.

mediante la persuasión, sino manipulando al auditorio, o dejando de lado información valiosa, o excluyendo puntos de vista relevantes pero carentes de apoyo económico o político, o descartando argumentos sin ofrecer razones plausibles que justifiquen actuar de ese modo. Debiera decir, entonces, que actualmente no solo parecen fallar ámbitos e incentivos para la discusión, sino que, además, los medios de discusión con los que contamos (televisión, radio, etc.) no están orientados del mejor modo: ni promueven la discusión de cuestiones de interés público, ni organizan las discusiones confrontando puntos de vista disímiles.

Lo dicho hasta aquí no pretende más que describir algunas de las falencias propias de la organización política actual, y sugerir reformas frente a las mismas. Mi opinión es que conviene reflexionar y trabajar sobre medidas del tipo de las aconsejadas, entre otras razones, para tornar la reforma judicial posible y valiosa. De lo contrario, y como muchas veces ocurre, en nombre de una reforma necesaria se reforzarían los peores rasgos del actual sistema institucional.

Capítulo 8

El control de las leyes en la práctica: evaluación de la jurisprudencia en España y en Estados Unidos

El control de las leyes en la práctica: evaluación de la jurisprudencia en España y en Estados Unidos

Justicia crítica respecto del gobierno

A) Cuestiones de moral pública

En este capítulo voy a procurar ilustrar, mediante casos prácticos, las observaciones que defendí, en teoría, en capítulos anteriores. Para llevar adelante esta tarea voy a recurrir, fundamentalmente, a una serie de casos tomados de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y de la Corte Suprema norteamericana.

Conforme a las ideas que he defendido a lo largo de este trabajo, una de las principales tareas del órgano de control legislativo sería la de llamar la atención sobre aquellas normas que pudieran llegar a desvirtuar la discusión sobre cuestiones vinculadas con la moral pública. Antes que nada, el órgano de control debería señalar la invalidez de aquellas normas que se han dictado violando los procedimientos establecidos por la Constitución, o que tratan de afectar tales procedimientos. Si se concentra la tarea del órgano de control en la custodia de los procedimientos democráticos, ello se debe a la vinculación que se establece entre: *a)* el respeto de los procedimientos democráticos y la promoción de la discusión pública; *b)* la discusión pública y la toma de decisiones imparciales (en cuestiones de moral pública), y *c)* la toma de decisiones imparciales (en cuestiones de moral pública) y el respeto a la autonomía de los individuos.[251]

251 Por ello, si el sistema de procedimientos vigente no favoreciera la discusión pública, las razones para defenderlo resultarían seriamente debilitadas.

Decir esto, según he comentado anteriormente, no significa afirmar que, necesariamente, el órgano de control deba conservar la «última palabra» en lo que es el control de los procedimientos. Tal vez, su tarea podría consistir en reenviar la ley en cuestión al Parlamento, y obligarle a discutirla otra vez hasta, por ejemplo, volver a aprobarla con una mayoría especial. Más allá de la importante tarea de seleccionar el mejor método para ejercer este control, lo que debe destacarse son los principios que aquí están en juego. Se trata de que la ciudadanía en general, y sus representantes en particular, promuevan leyes imparciales: el órgano de control, al respecto, no debe suplir a las mayorías en la determinación del contenido de las leyes, sino que debe contribuir con ellas para el logro de aquel objetivo. Para entender y evaluar mejor los alcances de las afirmaciones anteriores paso a presentar algunos ejemplos.

Libertad de expresión y debate público

Resulta claro que para quienes se encuadran dentro de la tradición (genuinamente) «radical», el área de los medios de comunicación resulta especialmente significativa: una distribución indebida de los medios puede implicar la distorsión o la misma imposibilidad del debate público. Los medios de comunicación constituyen en la actualidad uno de los foros centrales de la discusión colectiva, por lo cual resulta necesario prestar una detenida atención al modo como están organizados o, en todo caso, al modo como se pretende reorganizarlos. Un buen caso para comenzar a analizar esta cuestión es el de «*New York Times* v. *Sullivan*»,[252] resuelto por la Corte Suprema norteamericana en 1964. Este fallo representa uno de los casos más importantes dentro de la historia de la jurisprudencia norteamericana sobre la libertad de expresión y los medios de comunicación —una de las áreas, además, sobre las que el Tribunal ha trabajado con mayor detalle y preciosismo—. En el caso en cuestión el Tribunal debía examinar los alcances de la libertad de prensa, respecto de una querella por injurias presentada por un funcionario público, frente a quienes lo

252 376 U.S. 254 (1964).

criticaban en el desempeño de sus funciones. En dicha ocasión, el Tribunal dejó establecida la absoluta prioridad que tenía el mantenimiento de un debate público amplio —salvo en extremos casos de «conocimiento o temeraria indiferencia de la falsedad de las afirmaciones en cuestión»—. Una mayoría de los jueces, encabezada por el juez Brennan, sostuvo así que el Tribunal orientaba su decisión, asumiendo «un profundo compromiso nacional con *el principio de que el debate sobre cuestiones públicas debe ser ilimitado, robusto, y amplio* [aunque el mismo pueda perfectamente incluir] ataques vehementes, cáusticos, y, en ocasiones, desagradablemente agudos sobre el gobierno y los oficiales públicos».[253]

Además, la decisión en el caso «Sullivan» dejó en claro que allí no estaba en juego, meramente, una acción civil, entendida como una disputa privada: se estaba pidiendo el uso de los tribunales estatales para restringir ciertas expresiones, y ello comportaba una cuestión constitucional. Como dice Cass Sunstein, la idea que puede derivarse del caso «Sullivan» es que «la protección de los derechos de propiedad [como lo es el derecho a la propia reputación] debe evaluarse siempre de modo pragmático de acuerdo con sus efectos sobre la [libertad de expresión]. En un régimen [en donde se acepta la] propiedad privada, no existe tal cosa como la no regulación de las expresiones; la pregunta es qué regulación sirve mejor al propósito de garantizar la libertad de expresión».[254] Desde una concepción (genuinamente) radical, tal actitud del órgano de control debe evaluarse como valiosa, en la medida en que contribuye a esclarecer del mejor modo las pautas que han de guiar la producción legislativa, y el tipo de objeciones que pueden presentársele válidamente.

El caso «Sullivan» nos habla de la importancia de que la —siempre existente— regulación en materia de libertad de expresión se oriente en una dirección particular: la ampliación de la deliberación colectiva. En principio, las leyes deben asegurar que ningún punto de vista sea indebidamente discriminado o dejado de lado. Pero, si tomamos como punto de partida una concepción (genuinamente) radical, el alcance de tales normas debe examinarse de un modo todavía más estricto: no resulta suficiente el mero hecho de que una diversidad de opiniones pueda expresarse públicamente

253 La cursiva es mía.
254 Sunstein, Cass. *The Partial Constitution*, p. 206.

—como parecería bastarle a las concepciones «pluralistas» de la democracia—, sino que es necesario que tales disímiles cosmovisiones se enfrenten y debatan entre sí, respecto del modo en que han de resolverse las cuestiones de interés público. Ahora bien, una vez enunciados estos criterios, uno bien puede preguntarse de qué modo llevarlos a la práctica. ¿Cuál es la forma en que el órgano de control de las leyes puede actuar, para favorecer esta particular visión deliberativa de la democracia?

Un buen ejemplo para examinar el modo de acción que puede caracterizar a los tribunales lo constituye el caso «Red Lion Broadcasting Co. *v.* FCC», que se presentó en Estados Unidos a finales de la década de los sesenta.[255] En dicha oportunidad estaba en juego la aplicación de lo que se llamaba la «doctrina de la equidad». Esta doctrina, que regulaba los medios de comunicación, se orientaba a conseguir dos objetivos fundamentales. Por un lado, exigía a las emisoras de radio y televisión la inclusión en su programación de discusiones acerca de cuestiones de interés público; y por otro, requería que tales discusiones se condujeran de modo que se pudieran conocer, al respecto, puntos de vista opuestos.

En el citado caso «Red Lion», la Corte norteamericana tuvo la oportunidad de analizar la constitucionalidad de la doctrina de la equidad. En su decisión, la Corte recurrió a argumentos perfectamente consonantes con los que sostendría un defensor de lo que en este trabajo he descrito como la tradición (genuinamente) radical. Entre otras observaciones notables, la Corte sostuvo que quien obtenía una licencia para operar en un cierto medio no tenía el derecho de ejercerlo excluyendo a los demás ciudadanos. Más severamente aún, afirmó que no había nada en la Constitución norteamericana que «impidiese al Gobierno requerir al poseedor de la licencia que comparta su frecuencia con otros, y que se comporte como un delegado o fiduciario, con la obligación de presentar los puntos de vista y las voces que resultan representativas de su comunidad y que de otro modo, necesariamente, resultarían excluidas». Ello, debido a que el valor supremo estaba dado por «el derecho de los espectadores y oyentes, y no el derecho de los [poseedores de las licencias]». En opinión del Tribunal, la libertad de expresión debía entenderse a fin de «preservar un ilimitado mercado de ideas, en el que la verdad pueda

255 395 U.S. 367 (1969).

prevalecer, en lugar de aprobar la monopolización de ese mercado, ya sea por el mismo Gobierno o por algún agente privado».[256] Por otra parte, y reconociendo la posible falibilidad de legisladores y jueces, acentuó el hecho de que la defensa de la legislación —aquí bajo examen— era condicional: iba a mantenerse en tanto en cuanto no tuviera «el efecto neto de disminuir en lugar de incrementar el volumen y la calidad de la cobertura [de cuestiones de interés público]».[257]

En el ámbito español, y en líneas generales, la actuación del Tribunal Constitucional ha parecido estar guiada por principios acordes con los aquí definidos como propios de la tradición (genuinamente) radical. En efecto, el Tribunal ha mostrado su compromiso con una discusión amplia y pluralista en una diversidad de casos. Entre los numerosos criterios que, con acierto, ha defendido el Tribunal, señalaría los siguientes. Por una parte, el Tribunal Constitucional sostuvo que el artículo 20 de la Constitución española —referido a la libre expresión de las ideas, en general—: «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2. de la Constitución [que se refiere al pueblo español como soberano, y fuente de los poderes del Estado], y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981,[258] fundamento jurídico 3.º).[259] El Tribunal destacó además, muy especialmente, la importancia del valor del derecho a la información, como elemento básico para «la formación de una opinión pública libre y plural» (STC 15/1993, FJ 1.º). Sin tal

256 Con respecto a los periódicos, de todos modos, el Tribunal no reconoció principios similares a los que señalaba en materia de telecomunicaciones.

257 Así, por ejemplo, según lo expuso en «Miami Herald Publishing C. *v.* Tomillo», 418 U.S. 241 (1974). Esta particular preocupación por la amplitud y profundidad del debate público, en cambio, no resulta característica de la visión «pluralista» de la democracia. Para los defensores de esta última concepción, por ejemplo, una ley que negara los valores de (algo así como) la doctrina de la equidad no resultaría motivo de objeciones, en tanto en cuanto así lo hubieran dispuesto las fuerzas mayoritarias dentro del Parlamento, y no intentaran, por tales medios, mantenerse indebidamente en el poder. La preocupación por un debate robusto y diversificado no figura en la agenda «pluralista».

258 Desde ahora, STC.

259 Desde ahora, FJ.

información remarcó, el ciudadano no podría «formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos» (STC 159/1986, FJ 6.°; y STC 20/1990, FJ 4.°).

Correctamente también, el Tribunal afirmó que para que cada uno pueda ejercer adecuadamente su responsabilidad democrática, no solo es fundamental recibir información, sino que además se requiere que dicha información recoja opiniones de distinto tipo, ya que el objetivo último es que cada persona pueda «ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas» (*ibíd.*) y pueda intervenir, así, de un modo significativo, en la discusión de cuestiones de interés colectivo (STC 220/1991, FJ 4.°).

Coherentemente con tales afirmaciones, el Tribunal ha adoptado una posición deferente hacia el legislador en aquellos casos en los cuales las regulaciones diseñadas por este tienen por objeto facilitar la discusión social, pero al mismo tiempo ha señalado que tal poder regulador solo puede ejercerse en tanto en cuanto lo dispuesto por los representantes no afecte el derecho subjetivo de «comunicar libremente el pensamiento y la información» (STC 206/1990, FJ 6.°). Los criterios que ha utilizado el Tribunal en la formulación de distinciones como las citadas —regulaciones permisibles y no permisibles— han sido también destacables y nuevos. En particular, podría mencionarse la predisposición del Tribunal a reconocer que la discusión pluralista requiere de un «acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información» (STC 127/1994, FJ 6.°).

De todos modos, en los últimos años, el Tribunal ha acompañado estos criterios favorables al debate público con un muy lento, gradual, pero también insistente embate contra una (asentada) doctrina favorable a la retención estatal de las telecomunicaciones.[260] Aunque no resulta claro cuál es la dirección hacia la que va a evolucionar la jurisprudencia, desde aquí en adelante, vale la pena dejar asentados algunos criterios que podrían resultar valiosos, en esta área, desde una visión (genuinamente) radical.

260 La legislatura española se había pronunciado reiteradas veces en apoyo de un sistema que organizaba la radiotelevisión como un servicio público esencial, cuya titularidad pertenecía al Estado. Así. en particular, desde la promulgación de la ley 4/1980, que estableció el «Estatuto de la radio y la televisión» En dicha ocasión, el legislador sostuvo que la radiodifusión y la televisión «son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado». Este criterio fue prontamente ratificado por una multiplicidad de normas legales. Por ejemplo, en la ley 46/1983, reguladora del tercer canal de televisión; en la ley 31/1987, de ordenación de las telecomunicaciones; en la ley 10/1988,

En primer lugar, convendría decir que, desde la óptica (genuinamente) radical, el monopolio estatal en materia de comunicaciones no es algo necesariamente bueno, ni obviamente malo. Lo que resulta indeseable, antes que nada, es que no exista una pluralidad de voces para la discusión de los asuntos públicos. Y, en este sentido, debe aclararse, *el monopolio estatal en materia de comunicaciones no tiene por qué equiparse con la existencia de una única voz*; esto es, con una situación de (lo que podríamos llamar) totalitarismo en materia de comunicaciones. En todo caso, el monopolio estatal tendrá que ser evaluado negativamente si ello significa la presencia de una única voz —o una voz prácticamente excluyente— en el tratamiento de las cuestiones públicas. No obstante, vale la pena reiterarlo: dicho resultado no es obvio, ya que bien puede ocurrir que el

sobre la televisión privada; en la ley 35/1992, acerca de la televisión por satélite, o en la ley 25/1994, orientada a incorporar al sistema jurídico español la directiva 89/552 de la Unión Europea, sobre las actividades de la radiodifusión televisada. Frente a tales criterios, promovidos de modo insistente por los poderes políticos, el Tribunal Supremo tuvo varias oportunidades para pronunciarse. Una temprana y relevante opinión del Tribunal apareció en el año 1982, en donde debió resolver un recurso de amparo interpuesto por Antena 3, S. A., frente a la negativa que había encontrado para ejercer su pretendido derecho a la transmisión televisiva. La petición de Antena 3 procuraba que se pusiera fin al monopolio público de la televisión, para pasar a un sistema completamente desregulado. Frente a tal petición, el Tribunal afirmó que «la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador». Y continuó diciendo que la televisión privada «no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del artículo 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una ley orgánica» (STC 12/1982, FJ 4.° y FJ 6.°). Durante un tiempo, la doctrina del Tribunal evolucionó, simplemente, dentro de las líneas marcadas por el fallo anterior. Así, por ejemplo, en las sentencias 44/1982; 79/1982; 106/1986, y 21/1988. Sin embargo, desde el comienzo de la década de los noventa, la jurisprudencia del Tribunal comenzó a tomar otro color. En STC 206/1990, el Tribunal debió pronunciarse sobre una serie de amparos solicitando la atribución de frecuencias de bajo alcance, para la instalación de estaciones de televisión por cable. Fue allí cuando admitió que «los cambios en los condicionamientos técnicos [...] y también los valores sociales puedan suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la [publicación]»: podía ocurrir que, dada la baja frecuencia de las emisoras, ya no existiesen limitaciones respecto del número de frecuencias disponibles —hecho este siempre relevante entre las consideraciones tomadas en cuenta por el Tribunal para mantener el régimen de restricciones establecido por el legislador—. En STC 189/1991, el Tribunal se mantuvo básicamente en esta línea: ratificó la constitucionalidad de considerar a la televisión como servicio público pero aclarando que «las razones que legitiman la configuración de la televisión de ámbito nacional como un servicio público sirvan también para justificar dicha calificación cuando la actividad de la difusión televisiva tiene simple alcance local y se transmite mediante cable». Sin

Estado distribuya licencias con criterios razonablemente pluralistas y de este modo no solo no permita así una reducción, sino que, por el contrario, propicie una ampliación de los márgenes de deliberación colectiva.

En segundo lugar, cabe rechazar otro criterio común, siempre presente a la hora de evaluar el área de las telecomunicaciones. Me refiero a la idea según la cual una multiplicidad de medios de comunicación equivale a una multiplicidad de voces. En líneas generales, me arriesgaría a decir que una situación no va de la mano de la otra. Parece que la (completa o

embargo, y respecto del particular caso bajo examen, el Tribunal se apoyó en la idea del uso de un dominio público para sostener que la empresa demandante no constituía una empresa de vídeos comunitarios. Este último criterio fue rechazado por el magistrado Rubio Llorente, quien sostuvo la irrazonabilidad del análisis de la mayoría, en su distinción entre servicios comunitarios y no meramente comunitarios. En STC 127/1994, el Tribunal hizo referencia, entre otras cuestiones, al impacto que «los condicionamientos técnicos» pueden causar en la validez de la titularidad estatal de la televisión, y en los límites imponibles sobre la gestión privada por el legislador. Sostuvo entonces que «la calificación de la televisión como un servicio público […] no significa [que] se habilite a los poderes públicos a poder legitimar un injustificado sacrificio de tales derechos de libertad y, en concreto, la ausencia de regulación de procedimientos legales que permitan el lícito acceso a la creación de medios por particulares en los distintos soportes tecnológicos hasta la medida en que lo permitan las condiciones técnicas y económicas de cada momento» (FJ 6.º). En su voto particular, Gabaldón López fue más allá en su crítica a la concepción de la televisión como servicio público retenido por el Estado. Afirmó entonces que «el derecho de difundir la información se corresponde con el de crear el medio material», y que aquel estaba en peligro si el derecho de crear el medio material quedaba sujeto a la voluntad del Estado. En STC 31/1994, el Tribunal debió resolver sobre un recurso interpuesto por empresarios de la televisión por cable, que estaban administrando su negocio —con autorización de las legislaturas locales—, pero que vieron interrumpida su labor por la decisión del Estado nacional. En esta ocasión, sostuvo que las emisiones de las televisiones por cable, «dado el soporte tecnológico utilizado, no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación», y que, al respecto, la ausencia de regulación legal conllevaba la «prohibición pura y simple de la gestión por particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance local y mediante transmisión por cable» (FJ 6.º). Esta prohibición de hecho —afirmó— implicaba imponer un sacrificio [...] desproporcionado respecto de los posibles derechos, bienes o intereses a tener presentes (FJ 7.º). Cerró así una argumentación que vendría a confirmarse prontamente en posteriores sentencias (véase, por ejemplo, en 1994, las decisiones de las STC n.os 47, 98 o 370, o STC 12/1995). En su presión, paulatina pero insistente, el Tribunal finalmente motivó al legislador a tratar y discutir proyectos destinados a estatuir la televisión por cable. En este sentido, uno puede reconocer la eficiencia del diálogo debido entre legisladores y jueces. De todos modos, la pertinencia del diálogo interpoderes no se equivale necesariamente con la pertinencia de lo discutido. La pregunta es: ¿acertó el Tribunal en la dirección que le imprimió al análisis sobre la materia? La cronología de lo ocurrido en materia de telecomunicaciones la tomo fundamentalmente de «Del servicio público al servicio a la comunidad», de Pablo Salvador Coderch; Marc-Roger Lloveras i Ferrer, y Joan Carles Seuba i Torreblanca, *Revista de Administración Pública*, n.º 36 (enero-abril 1995). Véase, también, Salvador Coderch, Pablo. *El derecho de la libertad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

casi completa) desregulación del mercado de las telecomunicaciones no suele seguirse de un extraordinario robustecimiento del debate público. La razón de lo dicho es sencilla: por más que los costos económicos y organizativos de la teledifusión no sean prohibitivos, suelen resultar lo suficientemente altos como para que queden completamente al margen de la escena pública una gran cantidad de puntos de vista relevantes. La idea es la siguiente: *el pluralismo de propietarios no equivale, como muchos parecen pensar, a un pluralismo de puntos de vista*. Bien puede darse el caso (como, de hecho, parece darse en algunos países latinoamericanos, como Argentina) de que el pluralismo de propietarios equivalga a un abanico relativamente estrecho de voces diversas.

Las consideraciones antes mencionadas nos alertan frente a un riesgo tan grave como el de que las únicas personas que accedan a los medios de comunicación sean aquellas que cuenten con recursos económicos y organizativos suficientes. Este riesgo es muy grave porque suele implicar el empobrecimiento de la discusión pública, y lo que es peor, en tales casos se empobrece la discusión en nombre del pluralismo. Del modo señalado, entonces, la expresión de ciertos puntos de vista puede llegar a depender de la buena voluntad de quien controla el medio, o del hallazgo de un auspiciante capaz de apoyar el punto de vista en cuestión. Peor aún, puede darse el caso de que ciertos auspiciantes económicos amenacen con retirar su apoyo a una determinada emisora si esta, simplemente, permite la difusión de ciertos puntos de vista. Solo para tomar un ejemplo, considérese el caso de un grupo de poderosos empresarios católicos que decidan retirar su dinero de una emisora que ha comenzado a emitir un documental que discute algunas de las verdades aceptadas por la Iglesia: en tal caso, la respuesta de los empresarios puede, aun, parecer razonable, pero la situación en la que queda el ideal de la discusión pública resulta más que preocupante.

La situación que se presenta en Estados Unidos, en este sentido, es muy ilustrativa: una enorme diversidad de propietarios, pero un debate político débil y poco difundido. Como dice Sunstein, puede ocurrir que «la mayoría de los teledifusores traten poco o nada de cuestiones de importancia pública [para dedicarse, en cambio, al relato de] historias de estrellas de cine o de escándalos sexuales [o que] no exista una diversidad de puntos de vista en las distintas emisoras, sino, en cambio, una descolorida versión

de la moralidad convencional». En tales casos —afirma Sunstein— tiene que verse como un problema para la libertad de expresión el hecho de que «el Gobierno garantice protección legal —derechos de uso exclusivo— a enormes instituciones que cuentan con una cantidad extraordinaria de recursos con los cuales dominan las comunicaciones».[261]

En mi opinión, criterios como los señalados pueden ayudar a esclarecer, desde un punto de vista (genuinamente) radical, la solución de problemas que cada día nos son más cercanos.

Procedimientos políticos, representación y participación

De acuerdo con las pautas que fijamos en los capítulos anteriores, pocas áreas requieren de tanta atención y cuidado como la vinculada con los procedimientos políticos de toma de decisiones. Por ejemplo, si de algún modo se impidiese la participación de algún sector en el proceso electoral, si los partidos políticos —que suelen monopolizar la presentación de candidaturas— autorizaran internamente prácticas discriminatorias, si en las cámaras legislativas se falsearan las votaciones relativas a algún proyecto de ley, el sistema democrático se vería seriamente agraviado. En casos como los citados resulta necesaria la presencia de controles «externos» al mismo sistema político, capaces de reparar «desde afuera» los males que aquejan a dicho sistema: parece claro que no puede esperarse que quienes se aprovechan de un procedimiento político «viciado» (o, aún peor, quienes han provocado tales distorsiones o «vicios») reparen por sí mismos el sistema de toma de decisiones que ahora los beneficia. A partir de consideraciones como las citadas anteriormente llegamos a la conclusión de —y contra una doctrina aparentemente mayoritaria— que, en casos como los ejemplificados, el control extrapolítico debe ser más intenso —y no más tenue— del que aplicaría en otras circunstancias.

El Tribunal Constitucional español, en este sentido, no se ha mostrado particularmente severo. En STC 10/1983, FJ 1.°, por ejemplo, el Tribunal mostró su negativa a aparecer como la «sede idónea para atacar la corrección estatutaria de los acuerdos de expulsión adoptados [por un

261 Sunstein, Cass. *The Partial Constitution*, pp. 206-207.

partido político]». Tiempo más tarde, en una relevante decisión —STC 85/1986, FJ 2.°, que tuvo como origen la negativa de registro al partido comunista de Aragón por la existencia de otro partido con nombre idéntico—, el Tribunal ratificó sus criterios favorables a la abstención judicial en este tipo de «cuestiones políticas». Mantuvo entonces una interpretación conforme a la cual «la Constitución en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones, que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos». Frente a tal línea doctrinaria, tal vez hubiera podido esperarse una tarea de supervisión más estricta por parte del máximo organismo judicial. Ello, al menos, por respeto a la consideración que hace de los partidos políticos la propia Constitución, la cual, en su artículo 6, los considera un «instrumento fundamental para la participación política». Al equiparar los partidos políticos con simples asociaciones, el Tribunal Constitucional ha minusvalorado el papel que puede corresponderle, con el objeto de favorecer un buen funcionamiento del proceso político.

Otro ejemplo interesante, para analizar este tipo de cuestiones políticas, lo constituye el caso de las regulaciones del uso del dinero durante las campañas políticas. ¿Cuál debería ser, en este asunto, la posición a tomar respecto de aquellos individuos que —por alguna razón— cuentan con una desproporcionada capacidad económica para manifestar sus opiniones políticas? ¿Debe entenderse que es inatacable el uso que hagan tales individuos del dinero o, por el contrario, deben admitirse limitaciones sobre tales diferencias económicas? Nuevamente, la jurisprudencia norteamericana nos ofrece un extraordinario ejemplo para examinar el problema planteado.

En efecto, en el caso «Buckley *v.* Valeo»,[262] resuelto por la Corte Suprema en el año 1976, se examinaba una ley federal relativa a las campañas electorales en donde se establecían: *a)* limitaciones en las contribuciones relativas a un candidato concreto; *b)* limitaciones en los gastos electorales (durante campañas electorales para cargos públicos a nivel nacional); *c)* obligaciones de hacer públicos las contribuciones y gastos que

262 427 U.S. 1 (1976).

sobrepasen un cierto umbral; *d)* fondos públicos a ser utilizados durante las campañas presidenciales, y *e)* una comisión electoral destinada a supervisar la aplicación de la ley. En su fallo, la Corte consideró constitucionales las limitaciones en las contribuciones a un cierto candidato individual, las exigencias de publicidad mencionadas y el esquema de financiación pública. Sin embargo, invalidó la composición de la comisión electoral y las limitaciones en los gastos electorales. Fueron estas últimas decisiones, fundamentalmente, las que generaron animosidades y polémicas, en particular debido al tipo de argumentos a los que recurrió la Corte. En su fallo, el tribunal máximo sostuvo que «las restricciones establecidas por el Gobierno en el discurso de algunos en pos de favorecer la voz relativa de otros resultan totalmente ajenas al [espíritu de la Constitución]».

La opinión de la mayoría del tribunal en el caso «Buckley» resulta discutible, desde el punto de vista de la «democracia deliberativa». La idea es que una decisión no puede ser considerada adecuadamente imparcial si, dentro del grupo que de algún modo lleva adelante la discusión política —la clase de los políticos profesionales—, quienes hablan son fundamentalmente aquellos que tienen el dinero para hacerlo. La difusión y aceptación de las opiniones políticas debieran basarse en su propia virtud intrínseca y no en la prosperidad económica o en el poder de quienes deciden apoyarlas. En sociedades poco igualitarias, en particular, esta última posibilidad solo puede tener unos resultados previsiblemente inequitativos. Frente a este tipo de situaciones, los intentos legislativos que estamos considerando en el caso «Buckley» procuraban, razonablemente, impedir que las desigualdades económicas se transformasen en posibles desigualdades políticas. En este sentido, el juez T. Marshall sostuvo, en su voto parcialmente disidente, que «la percepción de que la riqueza personal gana las elecciones no sólo puede desalentar a los potenciales candidatos que carezcan de una riqueza personal significativa de ingresar en la arena política, sino que, además, puede socavar la confianza pública en la integridad del proceso electoral». La decisión de la mayoría resultó criticable, además, en su presunción de que el estado de cosas reinante fuera de por sí suficientemente «neutral», y, por tanto, legalmente inobjetable. No se trata de que el Estado pretendiera intervenir en una situación «natural», en la que cada uno tuviera aquello que era suyo de modo irreprochable,

sino que el Estado intervenía para tratar de remediar una situación profundamente inequitativa que él mismo había contribuido a crear. Asumiendo la justificabilidad del statu quo, el tribunal tomaba una decisión cuestionable, precisamente en un área de las más delicadas de las que le toca atender.

De todos modos, la tradición (genuinamente) radical no debe limitar su análisis de los debates políticos a aquellos debates que se producen en el momento de las campañas electorales. *La política no se acaba en las campañas electorales, ni se agota en la clase política*. Por lo dicho, dentro de la tradición radical no populista se considera que deben alentarse las prácticas de la política *extraparlamentaria* que permitan trasladar la toma de decisiones públicas del ámbito parlamentario a los ciudadanos. Pero ello, nuevamente, con una salvedad importante: el radicalismo no populista reconoce que el valor de una decisión tomada directamente por la ciudadanía es mayor que el de una decisión adoptada por sus representantes, pero dicho reconocimiento no es un reconocimiento «ciego», capaz de avalar cualquier resolución popular. La decisión mayoritaria es alentada en tanto en cuanto esté precedida por un equitativo debate en el que todos los potencialmente afectados puedan expresar y confrontar sus puntos de vista con otros ciudadanos.[263]

Al respecto, el Tribunal Constitucional español señaló algunos principios importantes, en una sentencia del 4 de febrero de 1983. En dicha sentencia subrayó el papel de los partidos políticos dentro de las sociedades modernas, haciendo referencia también al derecho de participación que corresponde a los ciudadanos, al hecho de que los representantes lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y al principio según el cual la permanencia de los representantes en el cargo no debe depender de la voluntad de los partidos, sino de la voluntad de los electores. Mediante este tipo de consideraciones, el Tribunal marcó adecuadamente la dependencia de las

263 Ello no es lo que ocurre, normalmente al menos, con los meros procesos (conocidos como) de «democracia directa» (referendos, plebiscitos, etc.). Tales formas de democracia directa, en todo caso, merecerán ser respaldadas en tanto garanticen un adecuado proceso previo de deliberación colectiva. En este sentido, además, y según lo que dijimos más atrás, esta concepción radical tiende a alentar no solo las ocasiones de consulta a la ciudadanía, sino también la creación de foros e instituciones intermedias, que permitan que la ciudadanía se encuentre, se informe y discuta sobre los problemas que debe confrontar.

organizaciones políticas a los ciudadanos. De todos modos, en cuanto a las cuestiones vinculadas con la participación y representación políticas, es interesante examinar la forma como el Tribunal Constitucional español interpretó el artículo 23 de la Constitución —que sostiene que los ciudadanos «tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente, o por medio de representantes libremente elegidos». En dicho caso, el Tribunal presentó una posición más restrictiva de la que, en principio, podría haberse considerado deseable. Dicha interpretación, por ejemplo, puede detectarse en STC 51/1984, FJ 2.º, donde el Tribunal afirmó que «la participación en los asuntos públicos a que se refiere el artículo 23 es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las cortes generales, que son los representantes del pueblo».[264] Este punto de vista más bien restrictivo pudo advertirse, también, en otros fallos, concernientes a los límites posibles de las demandas en pos de la participación directa. Con motivo de examinar una ley sobre la iniciativa legislativa, el Tribunal consideró que era legítimo negar la participación directa cuando tal iniciativa versase sobre determinadas materias que «por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan» deben quedar reservadas a la «mediación de los representantes políticos».[265] Al consagrar una excepción tan amplia, y de límites tan poco claros, el Tribunal pareció ratificar su desconfianza hacia los mecanismos destinados a involucrar más directamente a los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones.

Por otro lado, es interesante mostrar que a fin de defender su propia lectura restrictiva del artículo 23, el Tribunal no presentó del mejor modo posible a los defensores de (lo que podría considerarse) una postura opuesta a la suya. Así, en la citada STC 51/1984, FJ 2.º sostuvo que el derecho a participar «no se trata, como es manifiesto, de un derecho a que

264 En un fallo decidido tiempo después —relativo a una propuesta de iniciativa legislativa popular— el Tribunal volvió a hacer referencia al derecho de participar en los asuntos públicos, para sostener que la Constitución española «diseña un sistema de participación política en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (STC 76/1994, FJ 3.º).

265 Así, en STC 76/1994, en donde manifestó que la reclamada vía de participación directa podía rechazarse, dado que ella pretendía poner en discusión los mismos procedimientos legislativos, un ítem que resultaba incluido entre las causas de inadmisión fijadas por la Ley vasca 8/1986.

los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de entidades o sujetos de derecho privado, que la ley puede, en todo caso, organizar». Frente a tal consideración, correspondería señalar que los defensores de una visión del derecho a participar más fuerte que la del tribunal no necesitan proponer la participación popular en «todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y condición», lo cual no solo ridiculizaría, en buena medida, su demanda, sino que los defensores de dicha postura podrían reclamar en cambio, muy razonablemente, que el Estado no limite el deber cívico que les corresponde como ciudadanos a la mera emisión del voto: el buen ejercicio de la democracia puede requerir que se consulte más habitualmente a la población, puede exigir la apertura de nuevos foros para la confrontación de ideas y puede necesitar a ciudadanos más activamente involucrados en las cuestiones de interés público. Las pautas que definimos en los capítulos anteriores podrían apoyar esta concepción más robusta del derecho de participación. Si nos decidiéramos a aceptar tales pautas, entonces, correspondería propiciar un progresivo abandono de una interpretación del artículo 23 como la enunciada en STC 51/1984. Más todavía, tales pautas exigirían al propio Tribunal un papel más activo en la tarea de «abrir» cada vez más los canales de la participación política.

Política y diálogo: ámbitos de discusión

En la medida en que reconocemos que la discusión política se extiende —más allá de las discusiones de las campañas electorales— hasta abarcar indudablemente las discusiones políticas cotidianas (de los políticos profesionales y de los «legos»), conviene detenerse en el examen de los *ámbitos* en los que pueden expresarse tales opiniones y en los límites que pueden llegar a imponérsele a las mismas.

1. El examen de los ámbitos de expresión ciudadana lo iniciamos con el análisis de casos como «Red Lion», en los cuales se procuraba regular la

discusión política dentro de la esfera de las telecomunicaciones. No añadiré nada más acerca del tipo de consideraciones que rodearon a ese caso, aunque, de todos modos, siguiendo con estas consideraciones —y tomando como guía un análisis presentado por Cass Sunstein—[266] me detendré a comentar las siguientes situaciones:

La expresión de una cierta opinión puede verse afectada, por ejemplo, y según he dicho antes, en aquellos casos en los que dependa de la voluntad de ciertos apoyos económicos no vinculados directamente con la opinión en juego. El apoyo económico de determinados «auspiciantes» puede ser decisivo, ya sea *a)* porque se necesita el dinero para pagar por un espacio de expresión al que no se accede de otro modo, o *b)* por el riesgo de que tales auspiciantes afecten la continuidad de ciertas expresiones en un espacio ya obtenido. Así, el amenazar con retirar sus inversiones (por ejemplo, en el canal de televisión en cuestión) en caso de que se sigan difundiendo los mensajes que ellos rechazan.[267] La gravedad de situaciones como las referidas puede llevarnos a pensar en la necesidad de que legisladores y jueces, prioritariamente, comiencen a delinear las formas de un *derecho de acceso* a los foros sociales de expresión.

Podría ser pertinente, además, posibilitar la expresión de ciertas voces en ámbitos en los que la discusión pública resulta habitualmente restringida, por tratarse de la *propiedad privada* de ciertos individuos. Algunos de los casos tratados («Red Lion», típicamente) tienen que ver con medios orientados más directamente a la difusión de ideas. Pero ¿qué decir, en cambio, de aquellos ámbitos que no están destinados directamente a la transmisión de ideas pero que, sin embargo, parecen constituir auténticos «foros» modernos, en donde los ciudadanos circulan habitualmente y se encuentran con sus representantes? Pensemos, por ejemplo, en el caso que menciona Sunstein, referido a los *shopping centers*, o pensemos también en los estadios de fútbol. ¿Qué pasaría si en tales ámbitos fueran prohibidas ciertas expresiones, tendentes a llamar la atención sobre cuestiones de interés público? La Corte Suprema norteamericana, en «Food Employees

266 Sunstein, Cass. *The Partial Constitution*, cap. 7.

267 El Estado también puede estar involucrado en tal tipo de hechos, como ocurrió por ejemplo en el caso «Rust *v.* Sullivan» (111 S. Ct, 1759), cuando prohibió que los asistentes de planificación familiar apoyados económicamente con fondos públicos dieran consejos concernientes al aborto.

Local 590 *v.* Logan Plaza Valley»,[268] sostuvo que «un piquete de huelga pacífico, contra una empresa de negocios situada dentro de un *shopping center*», no podía ser constitucionalmente prohibido. Sin embargo, al menos en dos ocasiones posteriores,[269] se desdijo de tal consideración. Seguramente, una concepción de la democracia más fuerte, «deliberativa», hubiera aconsejado profundizar en la dirección marcada por el caso «Logan Plaza».

Algo similar a lo dicho respecto de la propiedad privada debe decirse de la *propiedad pública:* es cierto que muchas demostraciones, *meetings*, o arengas políticas siguen teniendo a los parques, las plazas y las calles como espacios privilegiados. Sin embargo, también es cierto que existen una gran variedad de nuevos espacios públicos, como las estaciones de metro o autobús, o los aeropuertos, en donde la gente se aglomera, y en los que puede resultar provechoso expresar las propias ideas. La Corte Suprema norteamericana, en este sentido, se mostró atenta a considerar la posibilidad de que, a fin de difundir ideas, se utilicen lugares habitualmente dedicados a esos objetivos, como los primeramente nombrados (parques, calles, y algunos otros espacios normalmente abiertos a tales expresiones). De todos modos, directamente negó la utilización de otros espacios menos «tradicionales» para la comunicación de las propias ideas.[270]

Desde el punto de vista (genuinamente) radical, la sugerencia ante ese tipo de casos debiera ser, más bien, la inversa: la prioridad de la discusión pública es tal, que en principio todos los espacios públicos merecerían ser considerados valiosos para la expresión razonable de los puntos de vista. Es evidente que distintos espacios pueden requerir diferentes regulaciones, pero ello difícilmente puede llevar a que se prohiba por completo la utilización de espacios en los que la ciudadanía circula libremente de modo habitual.

2. En ocasiones, puede ocurrir que la expresión de ciertas opiniones resulte restringida, de un modo indirecto y menos visible. Por ejemplo, puede suceder que el Gobierno establezca impedimentos *neutrales en cuanto al contenido* respecto de la expresión. Así, por ejemplo, el Gobierno

268 391 U.S. 308 (1968).

269 «Lloyd Corp. *v.* Tanner», 407 U.S. 551 (1972); y «Hudgens *v.* NLRB», 424 U.S. 507 (1976).

270 Véase, por ejemplo, en «Ikscon *v.* Lee», 112 S. Ct. 2701, 2718 (1992).

puede decir que veda la expresión de propaganda política de cualquier tipo de ideología en las avenidas principales de la ciudad, o que prohibe todas las pintadas callejeras o los grafitis políticos. Ese tipo de restricciones, en líneas generales, son tratadas con cierta benevolencia por la justicia, dada la imagen de neutralidad que revisten, a primera vista. Sin embargo, bien puede ocurrir que esas restricciones, que en principio afectan «a todos por igual», resulten especialmente gravosas para sujetos o grupos con pocos recursos que encuentran en tales medios (por ejemplo, la pintada de grafitis callejeros) una de las pocas formas con las que cuentan para manifestarse. En ese caso, la validez de este tipo de limitaciones pasa a depender de cuestiones tales como la equidad del contexto dentro del cual se insertan: no puede asumirse, sin más, que las restricciones neutrales en cuanto el contenido lo sean también en cuanto a sus efectos.[271]

B) Cuestiones de moral privada

Según señalara, en aquellos temas vinculados con la moral privada de cada individuo, es el propio sujeto y no los legisladores, los jueces o alguna mayoría ocasional, quien debe decidir lo que prefiere hacer.

En este sentido, la Corte Suprema norteamericana tomó una actitud más bien sorprendente cuando en el caso «Bowers *v.* Hardwick»[272] consideró constitucional una ley del estado de Georgia en la que se condenaban los actos de sodomía que incluían, entre otros aspectos, las relaciones sexuales entre personas de un mismo sexo. En el voto mayoritario, el juez White afirmó que no existía un derecho fundamental que protegiese la homosexualidad y que la Corte debía ser muy restrictiva en la creación de nuevos derechos. Yendo aún más lejos, el juez Burger, en un voto concurrente, afirmó que la condena respecto de este tipo de prácticas se encontraba enraizada en la moral judeocristiana. Citando a Blackstone, se refirió a la homosexualidad como un «infame crimen contra la naturaleza», y

271 Véase, por ejemplo, «U.S. Postal Service *v.* Council of Greenborough», 453 U.S. 114 (1981); o «Heffron *v.* International Society», 452 U.S. 640 (1981).

272 487 U.S. 186 (1986).

una ofensa de «maldad más profunda» que la violación, «cuya sola mención constitu[ye] una desgracia para la naturaleza humana». Según el enfoque aquí defendido, y frente a una ley como la del estado de Georgia, el órgano de control de las leyes tendría que haber señalado a los legisladores su incapacidad para dictar normas de tipo perfeccionista. Sin embargo, en lugar de seguir esta orientación, el Tribunal se sumó al Legislativo para intervenir en un área donde el propio sujeto debería ser el principal y único decisor.

La decisión de la Corte resultó más adecuada, en cambio, en el famoso caso «Griswold *v.* Connecticut»,[273] en donde consideró inconstitucional una ley de Connecticut que consideraba un delito el uso de anticonceptivos por parte de personas casadas. En tal ocasión, la Corte se preguntó: «¿Aceptaríamos que la policía investigue [...] en los dormitorios de personas casadas [en busca de signos que demuestren el uso de anticonceptivos]?» Tal idea —sostuvo— era «repulsiva respecto de la idea de privacidad que rodea las relaciones matrimoniales».

En materia de consumo de estupefacientes, distintas cortes estatales, dentro de Estados Unidos, tomaron diferentes posiciones. Aquí destacaría, por ejemplo, una sentencia de la Suprema Corte de Michigan que, en «People *v.* Sinclair»,[274] afirmó la inconstitucionalidad de una ley que penaba la posesión de marihuana diciendo que «el Hermano Mayor no puede dictar a los demás qué es lo que pueden fumar o beber en el ámbito privado de su propia casa, en nombre de la salud pública».

Ahora bien, tanto respecto del fallo de la Corte de Michigan, como respecto del fallo «Griswold», conviene destacar un dato adicional: en ambas situaciones, los jueces se orientaron del modo correcto —al menos, según el punto de vista defendido en este trabajo—, pero lo hicieron a partir de argumentos relativamente implausibles. En ambos casos, *erróneamente, equipararon la noción de lo privado con la noción de «intimidad» en el hogar*. En cambio, en este trabajo he defendido otra noción de lo privado, vinculando esta última con aquellas acciones que no producen daños sobre terceros. La diferencia es muy destacable, y la falta de percepción de la misma ha dado lugar a importantes y certeras críticas feministas sobre el

273 381 U.S. 479 (1965).
274 387 Mich. 91 (1972).

pensamiento liberal en general.[275] Por ejemplo, considérese el caso —adecuadamente alegado por las feministas— en que un marido violente a golpes a su mujer dentro del dormitorio que comparten: dicha situación no solo no debe aparecer protegida, de ningún modo, por el derecho, incluso aunque se produzca en un ámbito privado, sino que debe afirmarse que los actos en juego no constituyen (lo que aquí denominé) actos privados, sino actos concernientes a la moral pública, ya que con ellos se está afectando a un tercero (en este caso, a la mujer golpeada).

¿Cómo ha reaccionado el Tribunal Constitucional español frente a casos que afectan la moral privada de los individuos? En líneas generales, la orientación del Tribunal ha sido la adecuada —al menos, conforme a los criterios defendidos en el marco de este trabajo—. Así, entre otros muchos ejemplos, en la defensa que ha hecho de la libertad ideológica y la libertad de expresión (STC 20/1990, FJ 3.°; STC 120/1990, FJ 10.°); de la libertad de conciencia (STC 19/1985, FJ 2.°); o del derecho a la intimidad (STC 143/1994, FJ 6.°).[276]

Ahora bien, en algunos otros casos, las decisiones llevadas adelante por el Tribunal, o los criterios empleados por el mismo, resultaron algo más cuestionables, conforme a las pautas defendidas en este trabajo. A modo de ilustración, me detendré en los siguientes casos:

En STC 24/1982, el Tribunal manifestó una postura poco plausible respecto de los significados de la *neutralidad estatal en materia religiosa* (y también, en cuanto a la visión que propone en torno a la inconstitucionalidad por omisión). En el caso mencionado, se encontraba en juego un recurso de inconstitucionalidad, promovido por Gregorio Peces-Barba, como comisionado de 69 diputados, contra el punto 4.° del artículo 9 de la ley 48/1981, sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de tierra. El punto en cuestión concernía a la prestación de asistencia religiosa católica —por parte del Estado— a los miembros de las Fuerzas Armadas. En sus

275 Véase, por ejemplo, MacKinnon, Catherine. «Reflections on Sex Equality Under Law», 100, *Yale Law Journal*, 1281 (1991), o su trabajo *Feminism Unmodified*. También, Moller Okin, Susan. *Justice, Gender, and the Family*. Nueva York, Basic Books, 1989.

276 Vale la pena anotar, también, una sentencia del Tribunal Constitucional, referida a las operaciones para un cambio de sexo. Así, en STS del 2 de julio de 1987.

considerandos, el Tribunal señaló que «el mero hecho de la prestación a favor de los católicos» no excluye la «asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas que éstos puedan reclamar fundadamente, de suerte que sólo el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido incidiría en la eventual violación» (FJ 4.°). En el FJ 3.°, además, el Tribunal agregó —refiriéndose a la posibilidad de que, por omisión, se estuvieran violando los derechos de las personas pertenecientes a otros cultos diferentes del católico— que «no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión que los recurrentes intentan articular [...] pues [ella] solo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo y el legislador no lo hace».

Ahora bien, no resulta claro que la argumentación presentada por el Tribunal Constitucional haya sido la más apropiada, respecto de lo que debe ser una visión correcta de la neutralidad religiosa. Las dudas sobre la plausibilidad de lo decidido por el Tribunal aparecen, en primer lugar, cuando se advierte lo que es más obvio: en este caso, el Estado otorga a algunos lo que a otros no, poniendo a los primeros en situación de ventaja respecto de los demás. Tampoco parece correcto afirmar que la inconstitucionalidad solo podría producirse, en tal caso, si el Estado «desoyera» las fundadas peticiones de quienes no reciben el beneficio en cuestión: si el Estado solo otorgara pensiones a los afiliados al partido mayoritario, estaría actuando de un modo indebidamente parcial, aun cuando estuviera bien dispuesto a escuchar las demandas de los afiliados a otros partidos. Pero, sobre todo, el razonamiento del Tribunal parece reprochable dado el peculiar ámbito en donde había surgido la petición: el de las Fuerzas Armadas. Dicho ámbito no solo no se ha distinguido en su defensa del pluralismo ideológico —y mucho menos del religioso—, sino que más bien se ha caracterizado por ser relativamente hostil a las creencias opuestas a las oficiales. De ahí que no parezca plausible afirmar que los adheridos a otras religiones estén en condiciones de reclamar un tratamiento igual para ellos: muy posiblemente la formulación de dicha demanda no resulte sencilla en el contexto de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta las particulares características y la particular historia de la institución.

Otro caso de interés tiene que ver con el modo como el Tribunal ha examinado las *uniones de hecho.* En STC 184/1990, FJ 3.º, el Tribunal reconoció que «la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10, numeral 1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil».[277] Sin embargo, en el mismo fallo, pareció desdecirse de tal criterio para justificar un tratamiento normativo diferente entre el matrimonio y la convivencia matrimonial. Según el Tribunal, el simple enunciado constitucional conforme al cual «[e]l hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» (art. 32, inc. 1), basta para inferir que «[e]s claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes». Tal inferencia no resultaría preocupante si no fuese por las consecuencias normativas que el Tribunal defiende a partir de ella: por ejemplo, que no son arbitrarias ni carentes de fundamento las distinciones que establece el legislador en materia de pensiones de supervivencia, negándole al conviviente de hecho la pensión de viudedad que reconoce al cónyuge del fallecido.

Podría decirse que fallos como los citados ejemplifican los casos difíciles que han de ser resueltos por el Tribunal, y en los cuales puede llegarse a cuestionar la validez de las discriminaciones establecidas por el poder legislativo. Como hemos dicho, la justicia debe mostrar deferencia respecto de los actos del legislador en cuestiones de moral pública, pero debe estar muy atenta y vigilante frente a decisiones políticas que puedan afectar la vida privada de los individuos, y, en particular, su opción por ciertos planes de vida. Respecto del caso de las pensiones de viudedad y las uniones de hecho, la respuesta que le correspondía dar al Tribunal no era nada obvia. Sin embargo, la especial gravedad de la decisión tomada —negarle al conviviente de hecho la pensión de viudedad—, y sus negativas implicaciones para aquellos que opten por no casarse —un posible desaliento sobre la posibilidad de optar por la convivencia sin matrimonio previo— podían haber merecido una reflexión diferente por parte del Tribunal: no está nada claro que con la decisión tomada por el legislador,

277 Tiempo después, el Tribunal volvió a sostener que «el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad» (STC 66/1994, FJ 3.º).

y apoyada por el Tribunal Constitucional, «no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio*» (STC 184/1990, FJ 3.°).

Las dudas suscitadas por la grave resolución del Tribunal se incrementan cuando las comparamos con otras reflexiones, más adecuadas, producidas por el mismo organismo, sobre cuestiones relativamente análogas. Así, por ejemplo, conviene citar el fallo STC 222/1992, FJ 5.°, en donde el Tribunal declaró inconstitucional el artículo 58, numeral 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que atribuía al cónyuge del arrendatario fallecido, y no al miembro supérstite de una unión de hecho, la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento. En tal ocasión, el Tribunal sostuvo que «[n]uestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio», para agregar luego que «la unión de carácter matrimonial proporciona a los terceros una certeza jurídica nada irrelevante [pero] la mera procuración de una mayor certeza no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad» (*ibíd.*, FJ 6.°). La decisión aquí definida, podría decirse, resulta a primera vista más compatible con los criterios defendidos en este trabajo, que la tomada en STC 184/1990, y suscita dudas, al menos, acerca de por qué el Tribunal decidió dos casos análogos —tan cruciales respecto de la libre elección de planes de vida— de modo tan diferente y sin mayores clarificaciones al respecto.[278]

También motiva a la reflexión un fallo relativo al tratamiento de drogodependientes, y decidido —en este caso— por el Tribunal Supremo, el 16 de febrero de 1988. La sentencia fue motivada por un recurso interpuesto por la Asociación de Padres de Alumnos de un colegio de Madrid, que protestaban ante la futura instalación de un centro de recuperación de toxicómanos en las proximidades del establecimiento educacional. Los padres presentaban su queja, fundamentalmente, debido a que temían por los posibles efectos provenientes de la instalación de dicho centro, respecto de la integridad física y moral de los más de 30 000 niños y adolescentes que circulaban por la zona (una zona, según se afirmaba, poblada por 34 colegios).

278 Un excelente análisis del tema en Víctor Ferreres Comella, «El principio de igualdad y el "derecho a no casarse"» (a propósito de la STC 222/1992), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14. 42 (septiembre-diciembre 1994).

La respuesta del Tribunal fue favorable a la petición de los padres, pero lo que resultó preocupante, antes que nada, fue el tipo de argumentos que se utilizaron para llegar a tal veredicto. En particular, llama la atención el modo como se interpretó el artículo 15 CE.[279] De acuerdo con la opinión del Tribunal, «de una lectura apresurada del artículo 15 CE podría deducirse que lo que ésta intenta proteger [...] es el derecho a la vida y a la integridad física y moral desde el punto de vista exclusivamente de la tortura, la pena a aplicar o el trato inhumano o degradante». Sin embargo —agregó—, en su opinión resultaba «indiscutible que también la integridad moral, en su verdadero sentido, se encuentra protegida por el referido precepto». Esta visión parece contradecir el tipo de consideraciones defendidas en este trabajo, tanto en lo atinente a la definición de la idea de moral, como en cuanto a las posibilidades de la actuación estatal en esta área: lo que el Estado debe hacer es proteger a los individuos (y muy en especial a los niños) frente a posibles daños provocados por las acciones u omisiones de terceros, pero en cambio, el Estado no debe emplear su fuerza tras de la defensa de un cierto modelo de virtud personal.

Más polémicas, aún, fueron las apreciaciones del Tribunal Supremo conforme a las cuales debía protegerse a los «jóvenes y niños», especialmente frente a quienes pudieran «incitarles a adoptar conductas antisociales o pueden depravarles y corromperles». El fallo del Tribunal —así como la previa decisión de la autoridad política— podía haber buscado el fundamento adecuado, simplemente, en la eventual conexión empírica entre la «presencia de toxicómanos en la zona» y los posibles riesgos de agresiones físicas a los menores. Pero, en cambio, lo que resulta objetable es este implícito enjuiciamiento *moral* a los toxicómanos: no es esta la tarea que corresponde a los órganos de gobierno.

C) Cuando la moral pública y la privada se entremezclan: la cuestión lingüística

En más de una oportunidad, el Tribunal debió enfrentarse con un problema de extraordinaria repercusión en España, como lo es el suscitado por

279 «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

el tema lingüístico. Este problema impacta sobre las dos áreas de la moral que hemos revisado: la moral pública y la privada. Este doble impacto se debe a que, por un lado, el Estado debe tratar de respetar y hacer respetar el ámbito de la autonomía personal, pero, a la vez, y por otro lado, necesita tomar medidas para regular el modo como sus distintos miembros se comunican entre sí: la falta de una regulación adecuada, en este ámbito, amenaza con erosionar una de las condiciones más elementales para el ejercicio democrático.

Ahora bien, el problema lingüístico suscita enconadas controversias en España, por la cantidad de «nervios vitales» que toca: por un lado, y para algunos, hablar una cierta lengua implica la misma posibilidad de poder comunicarse fluidamente con sus familiares y allegados. El respeto por una cierta lengua puede implicar también una forma plausible de honrar determinadas tradiciones y prácticas comunitarias. De modo adicional, es importante señalar que, en España, el tema lingüístico se vincula con cuestiones políticas muy serias, dado que el régimen militar franquista, en su momento, adoptó una política de extrema hostilidad hacia la posibilidad de un pluralismo lingüístico. De ahí que, para muchos, volver a hablar (en la escuela; frente a la administración pública) y difundir una lengua específica se vincule con una cierta reivindicación política valiosa, en favor de derechos alguna vez cercenados por las peores razones. Los críticos del pluralismo lingüístico, por su parte, pueden aducir también algunos argumentos de peso, como el valor de una mejor comunicación entre todos los españoles, o la importancia de que ahora —ya finalizado el régimen franquista— no se imponga una política revanchista, que simplemente invierta los términos de la antigua opresión (así, en la posibilidad de que se imponga la obligación de hablar la lengua antes censurada, aun a quienes no quieren hablarla, o no la hablan por provenir de otras comunidades o participar de otras tradiciones).

Todos los argumentos enumerados —así como, seguramente, muchos otros posibles— gozan de cierto peso, aunque, naturalmente, no todos merecen el mismo apoyo. Frente a ellos es muy difícil determinar cuál debe ser la política a seguir y quién debe determinarla. Un primer paso para resolver dicha situación lo aporta el mismo texto constitucional, el cual se refiere en su artículo 3 al problema en cuestión. En dicho artículo

se señala que el castellano es la lengua oficial del Estado, y que todos los españoles tienen el «deber de conocerla y el derecho de usarla», se rescata el valor del pluralismo lingüístico, y se advierte también sobre la oficialidad de las demás lenguas españolas en sus respectivas comunidades. El Tribunal Constitucional, por otra parte, ha tenido reiteradas oportunidades de referirse —en particular— a dichos artículos (así como a otros íntimamente vinculados con los mismos, por ejemplo, los relativos a la igualdad o a la educación).

En líneas generales, las afirmaciones del Tribunal parecen haber sido las más acertadas, conforme con las pautas defendidas en este trabajo. En lo que hace a la vinculación de la cuestión lingüística y la moral privada, ha puesto el acento en los lugares correctos, procurando que nadie se vea impedido de expresarse en su forma más habitual de hacerlo tal como pudo ocurrir durante la dictadura franquista. Este criterio se vio reflejado en numerosas ocasiones. Así, el Tribunal dejó constancia de que «sólo del castellano se establece constitucionalmente un deber institucionalizado de conocimiento, y con él, la presunción de que todos los españoles lo conocen» (STC 82/1986, FJ 3.º), a la vez que afirmó que «el Estado en su conjunto [...] tiene el deber constitucional de asegurar el conocimiento tanto del castellano como de las lenguas propias de aquellas Comunidades que tengan otra lengua oficial» (STC 87/1983, FJ 4.º). Como modo de tornar operativo este último precepto, el Tribunal especificó, por ejemplo, la posibilidad de que «los poderes públicos prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias», el conocimiento de la lengua oficial del Estado español, además de la lengua oficial propia de la comunidad en cuestión. Dicha posibilidad —señaló— resulta legítima «como modo de garantizar el derecho a [usar la lengua intracomunitaria] por parte de los ciudadanos de la respectiva Comunidad» (STC 82/1986, FJ 14.º); pero no lo sería, por ejemplo, cuando se exigiese el conocimiento de una lengua para poder acceder a una cierta posición, y el conocimiento de la misma no tuviese «relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar [la ocupación en juego]» (STC 46/1991, FJ 4.º).

Tal vez el pronunciamiento más relevante a que se vio obligado el Tribunal fue el que quedó reflejado en la sentencia 337/1994. En dicho fallo se analizó la constitucionalidad de cuatro artículos de la ley 7/1983

de normalización lingüística, ley con la cual se reguló el régimen lingüístico propio de Cataluña.[280] Por intermedio de dicha ley, el Parlamento catalán había decidido implementar una serie de medidas destinadas a reparar el desplazamiento que había sufrido la lengua catalana durante el gobierno franquista (que había obstaculizado seriamente la enseñanza y divulgación del catalán, e impuesto la enseñanza obligatoria del castellano a todos los niveles).

En este sentido, la decisión tomada por el Tribunal resultó a primera vista adecuada, en la lectura atenta y respetuosa formulada por el Tribunal ante la decisión del máximo organismo legislativo de Cataluña, así como en su preocupación para procurar el respeto de los derechos de todos los posibles afectados por la decisión. Esta actitud se verificó, por ejemplo, en criterios como los que cito a continuación. Entre múltiples consideraciones de importancia, el Tribunal Constitucional reconoció la enorme trascendencia de la cuestión del lenguaje en relación con los valores de la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y señaló que el modelo de conjunción lingüística propiciado por el Parlamento catalán resultaba constitucionalmente legítimo, en su objetivo de «fomentar la utilización del catalán como lengua de enseñanza en todos los niveles educativos», dado que ninguna disposición de la misma excluía el empleo del castellano como lengua docente, pero en tanto su aplicación «no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma». Agregaba el Tribunal que si, al término de los estudios básicos,

280 La mencionada ley fue puesta en cuestión por un particular, quien planteó un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Barcelona contra un decreto de la Generalitat que desarrollaba la ley de normalización. Este tribunal encontró inválidos ciertos aspectos de dicho decreto; la Generalitat de Cataluña apeló a la misma, ante el Tribunal Supremo; y luego —ante la sentencia de este Tribunal (que declaró la inadmisibilidad del recurso inicial planteado por el actor, a partir de un defecto procesal en su presentación)— se presentó un recurso de amparo que terminó resolviendo la Sala primera del Tribunal Constitucional. Esta, a su vez, decidió que el Tribunal debía pronunciarse sobre el fondo del recurso en cuestión. Una vez retrotraído el procedimiento a fin de dictar sentencia de fondo, el Tribunal Supremo decidió elevar una cuestión de inconstitucionalidad contra ciertos criterios de la propia ley de normalización. Por tal razón, en el caso bajo examen se presentaron alegaciones del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña, el Parlament de Cataluña, el abogado del Estado, y el fiscal general del Estado.

los estudiantes conocían suficientemente y podían usar de modo correcto las dos lenguas cooficiales en Cataluña, entonces quedaba garantizado el cumplimiento de los propósitos constitucionales (FJ 10.º). El Tribunal se preocupó por aclarar, además, la necesidad de proteger los derechos de «quienes se incorporan al sistema educativo en una Comunidad Autónoma donde existe un régimen de cooficialidad lingüística», señalando que ellos «han de recibir la educación en una lengua en la que puedan comprender y asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten; ya que en otro caso podrían quedar desvirtuados los objetivos propios del sistema educativo y afectada la plenitud del derecho a la educación que la Constitución reconoce» (FJ 9.º y FJ 11.º).

Por intermedio de consideraciones como las citadas, el Tribunal contribuyó, adecuadamente, a marcar los límites y alcances posibles de la política lingüística. En dicha demarcación procuró asegurar el respeto por la diversidad de lenguas, como forma de respetar uno de los rasgos más esenciales de la autonomía de cada individuo. De todos modos, cabe mencionarlo también, el Tribunal recurrió a un cierto tipo de argumentos que suelen presentarse en estos casos, y que resultan bastante menos plausibles que los mencionados. Me refiero, por ejemplo, al argumento del «equilibrio lingüístico». Así, por ejemplo, en el FJ 10.º de la sentencia, en donde dijo —apoyando la política de normalización— que era necesario corregir «situaciones de desequilibrio heredadas históricamente [impidiendo así que el catalán] ocupe una posición marginal o secundaria». Dicho argumento resulta poco atractivo, en mi opinión, en cuanto parece otorgar un valor indebido a consideraciones meramente fácticas. Antes que nada, no es obvio que se deba volver siempre, en lo posible, al estado de cosas prefranquista. Como suele ocurrir en estas situaciones, el «estado de cosas» pasado debe ser valorado, en todo caso, por razones independientes de las de su misma vigencia previa. Para dar un ejemplo más claro: en las repúblicas soviéticas no debió resultar obvio que, para anular lo realizado por los regímenes autoritarios comunistas, lo que correspondía era volver a la época precomunista, a la época zarista. El pasado, repito, debe valorarse por razones independientes de las que provee la misma historia. Volviendo al caso catalán, diría que no es obvio que a una cierta lengua le corresponda un cierto grado de difusión, o que una

lengua sea merecedora, de por sí, de una cantidad *x* de hablantes; no debe «reificarse» el valor de la lengua. Más razonablemente, en cambio, creo que puede defenderse el valor del catalán, haciendo alusión al derecho de los catalanoparlantes a expresarse en su propia lengua —a ser entendidos, en definitiva—, al derecho de las generaciones futuras, por ejemplo, a conocer la lengua de sus antepasados, o al derecho, aun, de preservar unas determinadas prácticas comunitarias pasadas, si es que la preservación de tales prácticas contribuyen a expandir (y no a reducir) los márgenes de autonomía de todos.

En este punto es donde la política lingüística produce un encuentro entre cuestiones de moral privada y pública. Ello, debido a que el respeto al derecho de cada uno a expresarse en su propia lengua debe acompañarse con alguna política que ayude a la comunicación en términos más generales. Sin esta última política, sin la posibilidad de que todos se expresen, puedan entender y discutir las demandas de los demás, se debilitaría la misma posibilidad de que la comunidad se autogobierne. Aquí es donde resulta especialmente importante un fuerte acuerdo comunitario, destinado a marcar el mejor rumbo a seguir. En este sentido, resulta más que notable que el Tribunal en su decisión no haya resaltado lo que constituía, tal vez, el dato más destacado del caso que tenía ante sí: se trataba de una ley que había sido aprobada por el Parlamento catalán de modo unánime. Este hecho resulta enormemente significativo en relación con las pautas defendidas en este trabajo, ya que muestra que tanto los grupos mayoritarios como los minoritarios han dado su consentimiento al proyecto en estudio. La existencia de este consenso general no podía pasar desapercibida al órgano judicial, sobre todo, si asumimos que cuando mayor es el consenso alcanzado por grupos mayoritarios y minoritarios en el Parlamento, mayor es la presunción, *prima facie,* en favor de la validez de la ley. Notablemente, tanto en la alegación ante el Tribunal de los abogados del gabinete jurídico de la Generalitat de Catalunya, como en el dictamen presentado ante dicho gabinete jurídico por el profesor Miguel Ángel Aparicio, figuran explícitas referencias al valor especial que cabía asignarle a la mencionada unanimidad parlamentaria. Así, el profesor Aparicio sostuvo —no sin razón— que el hecho de que la ley de normalización hubiese recibido «el apoyo unánime de los grupos parlamentarios»

la convertía en una ley «no sólo constitucional, sino también [...] intensamente constitucional». Siguiendo este criterio, el gabinete de abogados de la Generalitat de Catalunya afirmó que «[s]i admitimos que la Constitución es también la plasmación de los valores que expresan el sentir común de nuestro pueblo, habrá de admitirse que, difícilmente, una Ley que ha concitado ese nivel de consenso entre las diversas fuerzas políticas presentes en el Parlamento de Cataluña, puede resultar contraria a la Norma Fundamental, al menos en su planteamiento esencial [hecho este que] refuerza la presunción de constitucionalidad de la [ley de normalización lingüística]».[281]

Dos últimas aclaraciones sobre este tema: primero, y tal como ya lo he señalado en repetidas oportunidades, este tipo de consenso general resulta valioso, en tanto en cuanto —como parece ocurrir en este caso— sea respetuoso con el ámbito de la autonomía individual. El acuerdo mayoritario no hubiera sido valioso en caso de implicar, por ejemplo, la prohibición de que ciertos grupos se expresaran en determinada lengua. Y una última consideración: entiendo que el acuerdo parlamentario unánime es merecedor de nuestro mayor respeto, como acuerdo sobre cuestiones que exceden el ámbito de la moral privada. Sin embargo, como he venido reafirmándolo una y otra vez, considero que debe mirarse más allá de las puertas del Parlamento. Esto es, no debe asumirse que un acuerdo parlamentario unánime se identifica con un acuerdo unánime en la sociedad: debemos preocuparnos por si ciertos grupos relevantes, al estar privados de representación parlamentaria por alguna razón, quedaron excluidos de tal acuerdo. Posiblemente, este no haya sido el caso en la situación que estamos revisando, pero, de todos modos, conviene remarcar la idea, a fin de presentar nuestra posición —sea la que sea— del modo más consistente posible.

281 Véase, por ejemplo, *La lengua de enseñanza en la legislación de Cataluña*. Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1994.

Capítulo 9

La justicia dependiente de la política. El caso argentino

La justicia dependiente de la política. El caso argentino

Justicia dependiente respecto del gobierno

Introducción

En este capítulo concentraré mi estudio en el análisis de un caso práctico, como es el de la Argentina. La razón principal para llevar adelante este examen tiene que ver con una de las peculiaridades que distinguen el caso argentino: la fuerte dependencia del poder judicial respecto del poder ejecutivo. Entiendo que es muy importante reflexionar sobre la cuestión de la «justicia dependiente», primero, porque dicho fenómeno (que toma dimensiones exageradas en Argentina) se repite muy frecuentemente en otros países, y segundo, porque —según algunos autores— la presencia de esta situación anómala (la «dependencia judicial») debe llevarnos a dejar de lado cualquier otra preocupación adicional en torno a la justicia, como la referida a su carácter contramayoritario. Así pues, en lo que sigue voy a detallar mi análisis del caso argentino.

1. La dependencia del poder judicial argentino en los poderes políticos

Aunque muchos autores prefieren una lectura «benigna» acerca de la historia del poder judicial argentino, lo cierto es que la mayoría acaba por aceptar, al menos, un problema básico y muy evidente, como el de la escasa «independencia» de la justicia argentina. La falta de «independencia» judicial y el constante «acoso» del Ejecutivo sobre los tribunales están vinculados a los nocivos incentivos que (según describiéramos más atrás) distinguen al sistema de «frenos y contrapesos».

Los intentos de los poderes políticos a fin de contar con un poder judicial sumiso pueden verificarse aun en países de larga tradición jurídica, pero se tornan más evidentes y más violentos en países jurídicamente menos asentados. En la Argentina, por ejemplo, es una situación típica que cada nuevo gobierno pretenda quitar «independencia» a la Corte, nombrando otra completamente nueva, o cambiando, al menos, a los jueces que sean necesarios para llegar a contar con una mayoría favorable.

Pasando revista más que sintéticamente a tales procesos característicos de la historia argentina, podríamos mencionar la siguiente cronología: en 1930, y después del primer golpe militar a un gobierno surgido de elecciones libres, la Corte aceptó jugar un papel sumiso y reconoció desde un primer momento a las nuevas autoridades. En 1947, y después de superada la etapa de la «restauración conservadora», un movimiento populista encabezado por el presidente Perón decidió llevar a juicio político a tres de los cinco integrantes de la vieja Corte (un cuarto renunció, y el último permaneció en su cargo). Después del derrocamiento de Perón, en 1955, los cinco ministros de la Corte anterior fueron cesados. El gobierno constitucional de Frondizi, en 1958, no necesitó modificar la Corte, ya que tres de sus anteriores integrantes, directamente, presentaron su renuncia. De todas maneras, Frondizi promovió el aumento de cinco a siete de los miembros del Supremo Tribunal. El siguiente gobierno, el de Arturo Illia, promovió un nuevo aumento en el número de jueces, pero un nuevo golpe militar llegó antes de que se tratase el proyecto del ejecutivo. Apenas llegados al poder, los militares dispusieron la destitución de todos los integrantes del Tribunal. Todos estos jueces, sin embargo, renunciaron antes de la llegada del nuevo gobierno constitucional, en 1973. Cuando llegó el infausto «Proceso de Reorganización Nacional», en 1976, se dispuso la desafectación de todos los jueces que habían sido nombrados tres años antes. Raúl Alfonsín, en 1983, tuvo la oportunidad de designar, partiendo de cero, a los miembros del tribunal. Quien lo sucedió en 1989 perdió la oportunidad de propiciar la continuidad de la labor de una Corte proba, y llevó adelante una poco feliz tarea de acoso al Tribunal. El punto más alto de esta escalada se produjo en 1989, cuando se amplió a nueve el número de sus integrantes.[282]

282 Una interesante investigación sobre el tema puede encontrarse en Oteiza, Eduardo. *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*.

Diferentes formas de la falta de independencia judicial

Casi unánimemente, la doctrina parece reconocer y rechazar la posibilidad de un poder judicial «dependiente». Ahora bien, para saber qué dice la doctrina en tales casos convendría precisar qué «dependencia» judicial se ataca. Entiendo que, al menos, deben mencionarse cuatro formas posibles de «dependencia» judicial.

a) Dependencia de los poderes políticos

En primer lugar, quisiera mencionar la posibilidad de contar con un poder judicial dependiente del poder ejecutivo o del poder legislativo. Esta dependencia suele aparecer cuando los poderes políticos no nombran para los cargos judiciales a los miembros más idóneos, sino a funcionarios cercanos a ellos, o cuando a través de «llamadas telefónicas», conversaciones «informales», promesas de recompensas o de castigos, ejercen presión sobre la tarea judicial.

En general, me atrevería a decir que la mayor parte de la doctrina, cuando se refiere a la «falta de independencia» de la justicia, hace alusión a este tipo de «dependencia» judicial. Agregaría, además, que la generalidad de la doctrina se muestra unánime en sus críticas a este tipo de situaciones. Y digo la «generalidad» de la doctrina, porque también se registran excepciones notables, que tratan de encontrar ciertas virtudes en la existencia de contactos estrechos —y no necesariamente públicos— entre los poderes políticos y el poder judicial.[283]

283 En un interesante trabajo sobre el poder judicial. Catalina Smulovitz destaca uno de los pocos estudios históricos que existen sobre la Corte, escrito por el influyente Julio Oyhanarte, en donde se reconoce y se provee justificación a la subordinación política de la misma. Sostiene Oyhanarte que «no ha habido discordancias sino paralelismo o adecuación entre las etapas de la Corte Suprema y las de la vida política nacional [...] y está bien que haya existido esta adecuación». El texto, originalmente publicado en *Todo es historia*, n.º 61, de mayo de 1972, lo tomo del artículo «El poder judicial en la Nueva Democracia Argentina. El trabajoso parto de un nuevo actor», producido por Catalina Smulovitz (*CEDES-CONICET*), 1994. La idea es que los jueces del máximo tribunal deben reconocer y adecuarse a las políticas de los nuevos hombres en el poder; deben mostrar un «pensamiento afín con el de los que gobiernan», antes que entregarse a «choques dañosos»; deben «aceptar los valores del nuevo régimen» triunfante, antes que favorecer una «empecinada y frustratoria defensa del antiguo régimen» (*ibíd.*).

b) Dependencia del «clamor popular»

En otros casos, cuando se habla de los riesgos de un poder judicial «dependiente», se quiere hacer referencia al peligro de contar con una justicia subordinada a la «voluntad de las mayorías». Dado que una de las principales funciones de la magistratura debe ser la de proteger a las minorías frente a los eventuales desbordamientos o «apasionamientos» mayoritarios —se afirma—, debe garantizarse del modo más efectivo posible una suficiente separación entre la ciudadanía y la justicia. Ésta era, sin ninguna duda, la principal preocupación de los «padres fundadores» de la democracia norteamericana cuando aludían a la necesidad de contar con un poder judicial independiente.

c) Dependencia propia de la estructura judicial

Algunos juristas han señalado que el poder judicial no solo se ve afectado por una dependencia respecto de órganos «externos» a él (así, la dependencia frente a los poderes legislativo o ejecutivo), sino también, y fundamentalmente, por una dependencia «interna» respecto de la propia organización judicial. Zaffaroni, por ejemplo, señala que «[q]uizá el juez argentino esté más amenazado en su independencia interna que en la externa, pese a las disposiciones constitucionales».[284] Roberto Bergalli también parece suscribir, en principio, dicha afirmación. Según este último, «[e]l verdadero "poder" judicial, que debería estar distribuido en la cabeza de cada magistrado, se ha cristalizado en los diferentes tribunales de rango más elevado de las diferentes jurisdicciones o, finalmente, en la Corte Suprema de Justicia, a su vez aprisionada por los vaivenes de los regímenes de gobierno que [...] han procedido al condicionamiento de sus integrantes».[285]

284 Zaffaroni, Eugenio. *El poder judicial y el poder*, p. 48.

285 Bergalli, Roberto. «Gobierno de la justicia y formas de selección de los jueces». *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales* (Buenos Aires), 13. 49-52 (enero-diciembre 1990): 41.

d) Dependencia de la «burocracia interna»

En épocas más recientes otros autores han comenzado a señalar los evidentes riesgos de una nueva fuente de «dependencia interna» de la justicia: la burocracia interna de los mismos juzgados. Por ejemplo, Alberto Binder afirma que «el eje central que afecta a la independencia judicial está dado por la dependencia de los jueces respecto de la estructura burocrática en la cual están inmersos, y que, a su vez, produce una rutina de trabajo en la cual los casos individuales son tratados de modo genérico, como si se trataran de distintos expedientes de una misma demanda».[286]

Con sus propios énfasis y temores, la mayoría de la doctrina tiende a coincidir con nuestras observaciones de sentido común, afirmando los indeseables aspectos de cada una de estas diferentes modalidades de «dependencia» judicial, todas ellas, de un modo u otro, presentes en el contexto de nuestra sociedad.

La falta de independencia de la justicia y la «dificultad contramayoritaria»

Llegados a este punto, muchos pueden considerar que, en verdad, en países como la Argentina no corresponde hacer referencia al problema de la «dificultad contramayoritaria» del poder judicial.[287] Aquí, podría decirse, el problema es otro, y tiene que ver con la falta de independencia de la justicia, y, sobre todo, con la falta de independencia de ésta respecto de los órganos políticos (en particular, el Ejecutivo). De modo más radical aún, sería dable sostener que la cuestión de la falta de independencia judicial directamente reemplaza o elimina el problema del

286 En su trabajo, Binder cita la delegación de funciones como la principal fuente de esta dependencia en la burocracia. Los mecanismos que pueden distinguir a la delegación son muy variados. Así, por ejemplo, el empleado del juez realiza el acto delegado (toma declaración, decide una resolución) y el magistrado simplemente la firma; o el magistrado toma una mera decisión, y sus subalternos la desarrollan, etc. Alberto Binder «Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde», *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. 12. 46-47, (1989): 305.

287 Agradezco a Hernán Gullco por sus esclarecedores comentarios sobre este punto.

«carácter contramayoritario» de la justicia. La idea, en este caso, sería la siguiente: en nuestra sociedad el problema no es que la justicia tenga la capacidad de actuar *en contra* de los órganos políticos, sino justamente, y por el contrario, que acostumbra a actuar *en coincidencia* con ellos. En mi opinión, criterios como los mencionados son equivocados, y — lo que es más grave— dan lugar a consecuencias muy poco atractivas, según intentaré probar.

El mencionado error tiene un origen claro: la impropia identificación entre la voluntad de la ciudadanía y la voluntad de los órganos políticos. Y esta identificación es errónea porque no toma en cuenta la principal nota distintiva de las instituciones contemporáneas, que está dada por la llamada «crisis de representación». Es decir, no toman en cuenta la desconexión o falta de correspondencia que suele darse entre la voluntad de los ciudadanos y las decisiones de sus representantes.[288] Ahora bien, solo cuando aceptemos esta escisión entre electores y elegidos podremos distinguir con claridad una situación que cualquier ciudadano común reconoce: que el poder judicial puede contradecir la voluntad de la mayoría y al mismo tiempo estar a favor de lo que deciden los órganos políticos.[289] Solo por citar un caso, piénsese en la situación provisional en la Argentina, entre mediados de los años ochenta y noventa. La mayoría de la población podía ver como justo el pago de las sumas adeudadas a la clase pasiva, aunque el poder ejecutivo decidiese no pagarlas (debido a coyunturales desequilibrios presupuestarios), y el poder judicial lo respaldase (recuérdese la suspensión del caso «Benito», en 1994), cerrando los ojos a la legitimidad y a la urgencia de la petición a la que nos enfrentamos de aquellos.

La situación, en definitiva, parece ser la siguiente: el poder judicial tiende a apoyar las decisiones de los órganos políticos, conservando su principal arma, la capacidad de decir la «última palabra» en cuestiones constitucionales, más allá de cuál sea la posición de los ciudadanos al

288 Sobre este punto he realizado algunas observaciones más atrás (en el momento de tratar las posibles modificaciones al funcionamiento del proceso de toma de decisiones). Me extiendo sobre la cuestión en Gargarella, Roberto. *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo.*

289 En este punto, a mi entender, se muestra la raíz de la «dificultad contramayoritaria», a pesar de que algunos prefieran hacer de este problema una cuestión terminológica, y no hablar de dicha dificultad en estos casos (ya que el poder judicial no disiente con los órganos mayoritarios, aunque sí disienta con la opinión de la mayoría).

respecto. Este escenario (que suma los defectos propios de la dependencia judicial y los de su carácter «contramayoritario») tiene, casi ineludiblemente, consecuencias gravísimas. Por un lado, cuando existen coincidencias entre la voluntad de los órganos políticos, la del poder judicial (dependiente de aquellos) y también (aunque esto sea menos habitual) la de las mayorías, la situación se vuelve dramática para las minorías. Ello, debido a que estas quedan en total desprotección, pudiendo ser directamente «arrasadas» por la coalición dominante. Por otro lado (la situación que a mi criterio es la más común), cuando la voluntad de los órganos políticos coincide (como en el caso anterior) con la de la justicia, pero no con la de las mayorías, la situación se torna dramática para el mismo sistema democrático. Ello, debido a que dicho sistema aparece «vaciado» de contenido: los órganos políticos actúan en beneficio de sus propios intereses (y no en beneficio de los intereses generales), y el poder judicial les transfiere su principal arma, que es la capacidad para laudar, con carácter definitivo, toda decisión constitucional (cualquiera que sea quien se le oponga). Una situación de este tipo, por ejemplo, podría darse cuando el gobierno de turno aplica de modo inconsulto (o en contradicción con sus promesas electorales) una política X, que las mayorías rechazan, y sus víctimas reciben persistentes negativas de la justicia cada vez que reclaman los derechos que (a su entender) les corresponden.

Los riesgos de no distinguir la «dificultad contramayoritaria»

A pesar de la persistencia de casos como los mencionados, la mayor parte de la doctrina no da muestras de advertir el peso de la «dificultad contramayoritaria». En efecto, parece generalizada la opinión de que en la Argentina el problema radica en la falta de independencia de la justicia. Este es el problema a resolver —se dice—, por lo que, una vez resuelto, las preocupaciones respecto de la esfera judicial deben quedar disipadas. Pero asumir este punto implica cometer una seria equivocación. En primer lugar, porque las dificultades de un poder judicial «contramayoritario» son, al menos, tan graves como las otras. En este sentido, por ejemplo, el tribunal que durante años frenó una propuesta económica como la del *New Deal* (que tanto el presidente Roosevelt como buena parte de la

sociedad avalaban) no era un tribunal que careciera de independencia, sino todo lo contrario. Pero, en segundo lugar, la «independencia» que normalmente se aconseja no solo es descriptivamente imposible, sino —lo que es más importante— valorativamente indeseable.

La posibilidad de la «independencia» de los jueces, descriptivamente, y según hemos visto, reconoce límites muy claros. Se puede hablar de «independencia» frente a poderes externos o poderes internos (propios de la estructura judicial), pero no puede reclamarse la «independencia» de los jueces respecto de la política, o respecto de sus propias orientaciones ideológicas. Enfrentados a la necesidad de aplicar una norma, y a interpretarla de una cierta manera, los jueces no pueden mantener su «neutralidad»: deben tomar, por una u otra razón, una cierta decisión final.[290]

Por la mencionada situación, no resulta valorativamente atractiva la propuesta más habitual de quienes defienden la máxima «independencia» de los jueces. Aislados de la política e «incontaminados» respecto de los debates públicos, los jueces terminan decidiendo, exclusivamente, conforme a sus propios criterios. Madison, por ejemplo, suscribía un modelo como el descrito cuando afirmaba, en *El Federalista,* n.° 49, que

290 Buena parte del «realismo» jurídico, a principios de este siglo, tuvo que ver con esta tendencia a desmitificar la pretendida «neutralidad» jurídica frente a las normas. Así, los primeros realistas identificaban las normas con «juguetes vistosos» frente a las cuales, en definitiva, los jueces hacían lo que querían. El derecho, para autoridades como el juez Holmes, no era más que «las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto». (Un examen de este tipo de posiciones en Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*, cap. 1.) Lo que llevaba a los «realistas» a pronunciarse en tal sentido era la convicción de que el «lenguaje» de las directivas que debían aplicar los jueces era «naturalmente» impreciso, vago, lleno de ambigüedades. Resultaba descabellada, entonces, la pretensión de neutralidad judicial. Más contemporáneamente aún, la corriente conocida como de «crítica del derecho» («neorrealistas» para algunos) ha sugerido idénticas hipótesis que los viejos «realistas», pero han puesto un especial acento en las inseparables vinculaciones entre decisiones judiciales, el poder, y política. Los críticos han reafirmado la «indeterminación radical» propia del lenguaje jurídico; tratando de «deconstruir» el discurso jurídico habitual, para mostrar las tensiones que encierra, «desvelar» el mensaje político escondido en tal discurso de la justicia, «revelar» la posibilidad de interpretaciones alternativas perfectamente coherentes con las premisas declaradas por los jueces (mostrando así la falta de neutralidad valorativa que distingue a los mismos), etc. Véase, por ejemplo, Kennedy, Duncan. «The Structure of Blackstone's Commentaries», 28, *Buffalo Law Review*, 205, 1979; Tushnet, Mark. *Red, White, and Blue*. Cambridge, Harvard U.P., 1988; Unger, Roberto M. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Harvard U.P., 1986; etc. Las mencionadas, junto con otras observaciones menos atendibles, representan certeras observaciones de los «críticos» sobre la práctica habitual del derecho.

la independencia de los jueces estaba garantizada «tanto por la manera como son nombrados [sin participación directa de la ciudadanía], como por la naturaleza y duración de su destino [funciones "técnicas", en cargos que se ejercen de por vida]». Para estar de acuerdo con Madison haría falta suscribir la idea de que la imparcialidad de las decisiones tiene que ver con el modo de actuar ilustrado de ciertos individuos, especialmente capacitados o situados, reflexionando monológicamente.

Según hemos defendido en el presente trabajo, las decisiones imparciales tienen que ver, más bien, con los acuerdos que resultan del debate colectivo. Es la propia sociedad, y no un cuerpo aislado de juristas, la que debe decidir de qué modo prefiere organizarse. Y esto es lo que no parecen enfatizar quienes concentran su atención, exclusivamente, en los problemas de la «dependencia» judicial. Claro está que es importante un poder judicial independiente de presiones políticas y trabas burocráticas, pero también lo es que ese poder no decida, con carácter último, en todo tipo de cuestiones.[291] Su función debe ser restringida a una serie limitada de casos (defensa de las minorías, protección de las condiciones del diálogo democrático, etc.), y debe estar orientada conforme ciertos criterios, también específicos (impedir —y no ampliar— las discriminaciones ilegítimas, etc.), lo cual también importa, seguramente, modificaciones en su composición o modo de organización (dando mayor cabida a

291 Por ello, no basta decir simplemente «queremos la independencia, pero no el aislamiento social de los jueces». Estas afirmaciones son correctas, pero también fundamentalmente incompletas. Por ejemplo, es posible coincidir con Bielsa y Lozano cuando sostienen el principio de «independencia del juez frente a los otros poderes del Estado, y frente a los demás componentes de la organización judicial, pero no al margen de las directrices que por diversas vías imparta la sociedad civil, no de cualquier acentuación de los controles democráticos (Rafael Antonio Bielsa y Luis Francisco Lozano. «Independencia de los jueces y gobierno del Poder Judicial», *La Ley*, 1994-B, p. 1033); o con Roberto Bergalli, cuando sostiene (de idéntico modo) que «la independencia del Poder Judicial tiene que ser entendida como independencia frente a los otros poderes del Estado y los centros de decisión de la propia organización judicial, pero no como separación de la sociedad civil ni como cuerpo separado de toda forma de control democrático y popular» (Roberto Bergalli, *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, De Palma, 1984, p. 101). Sin embargo, ello no debe impedir que objetemos tales criterios, en tanto se reduzca el «problema judicial» a asegurar su «adecuada» independencia. Un poder judicial en contacto con las instituciones democráticas, y cercano a la «voluntad popular», puede resultar igualmente impugnable si interviene en cuestiones que deben ser resueltas por la discusión democrática, exclusivamente (según las distinciones que he elaborado más atrás).

puntos de vista minoritarios, etc.). Con objeto de hacer menos abstractas estas afirmaciones, a continuación examinaré de qué modo debería responder (o debería haber respondido) el poder judicial ante una serie de casos concretos.

2. El control judicial en la práctica

En esta sección voy a analizar cómo funciona el control judicial en la práctica argentina. Mi examen será crítico y tomará como presupuestas las pautas de un control de constitucionalidad alternativo, hasta aquí defendidas.

Con objeto de analizar el «caso argentino» voy a presentar una serie de ejemplos reales, mostrar cómo se han resuelto, y sugerir cómo podrían —o deberían— haber sido resueltos, si las pautas del control de las leyes hubiesen sido otras más cercanas a las anteriormente sugeridas. Los casos en cuestión estarán agrupados en dos áreas principales (vinculadas con las áreas de mayor interés, conforme con la propuesta aquí elaborada): *a)* casos concernientes a los procedimientos de la discusión democrática, y *b)* casos concernientes a la protección de la autonomía individual.

A) Casos concernientes a los procedimientos de la discusión democrática

Cuestiones políticas

Según el enfoque defendido más atrás, el control de constitucionalidad tendría que concentrarse, muy especialmente, en la protección de las condiciones del debate democrático. Para ello, deberían escrutarse muy cuidadosamente las acciones de los órganos políticos, ya que ellos, en definitiva, se encuentran en condiciones óptimas para distorsionar o corromper el proceso de discusión colectiva. Por ejemplo, el Parlamento podría verse motivado a aprobar ciertas leyes sin el debate previo que ellas requieren; sus miembros podrían tratar de concentrar en ellos mismos todo el poder

político, en desmedro de las demás áreas del gobierno (y, en última instancia, en desmedro de la ciudadanía), etc.

Casos como los citados serán objeto de estudio un poco más adelante. Por ahora, cabe decir que, dada la posibilidad de que se susciten situaciones como las expuestas, debería esperarse un atento control externo sobre la actuación de los órganos políticos. Ahora bien, curiosamente, la llamada doctrina de las «cuestiones políticas» —originada en Estados Unidos y ampliamente receptada en el derecho argentino— parece estar destinada, justamente, a *excluir* el control de constitucionalidad en esta área, una de las que —por las razones antes mencionadas— debieran resultar más vigiladas.

El caso líder en esta materia lo constituyó el de «Cullen c. Llerena»,[292] en donde la Corte sostuvo que «la intervención nacional en las provincias [...] es [...] un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación». En una importante disidencia, el juez Varela afirmó que la mayoría iba más allá de lo que correspondía y mantuvo la capacidad de la justicia para controlar la legalidad de este tipo de decisiones. Notablemente, la invocación de la doctrina de las «cuestiones políticas» permitió extender enormemente la discrecionalidad de los poderes políticos, y, así, excluir del escrutinio judicial actos tan graves como el estado de sitio, la intervención federal, las modificaciones al régimen electoral, o el juicio político.

En los últimos años, la mencionada doctrina comenzó a restringirse, poco a poco, por intermedio de casos como «Rodolfo Botta c. Junta Electoral de la U.C.R.», en donde la Corte sostuvo que «tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos deben ser objeto de protección jurisdiccional en la medida en que están dirigidos a tutelar el partido, esto es, a su constitución, organización, gobierno propio, y libre funcionamiento», o «Granada», en el que admitió la revisión del estado de sitio. Así también, en «Ríos, Antonio c. Distrito Corrientes», «Frente Justicialista de Liberación Nacional» o «U.C.R.-C.F.I., Partido Federal y Frejupo, s. presentaciones sobre la forma de computar los votos de las elecciones del 14/5/1989», sobre cuestiones de naturaleza electoral. O en «Juzgado de

292 Fallos 53: 420.

Instrucción de Goya, s. eleva solicitud de juicio político a la juez de Paz Letrada 2 Dra. María Elisa Maydana», en donde la Corte reconoció que «los enjuiciamientos de magistrados constituyen cuestiones judiciables, en la medida en que se acredite lesión a la garantía del debido proceso, etc.».

De todas maneras, correspondería comprobar la solidez y estabilidad de este cambio de rumbo, para comprobar que no sea el simple resultado de una serie de oscilaciones coyunturales por parte de la Corte. Para Alberto Bianchi, por ejemplo, el poder judicial aún no ha asumido explícitamente su papel en materia de control del proceso de discusión política. En palabras de dicho autor, «si bien la Corte argentina no ha reconocido formalmente este rol que le compete, sí en cambio ha tenido, en muchos de los períodos de su historia, clara conciencia de la necesidad de apoyar tal o cual política instrumentada por el presidente o el Congreso, de tal suerte que más de una vez se ha colocado más cerca de ellos de lo deseable. Por ello, puede decirse que la Corte se ha erigido en tales circunstancias no en guardiana del proceso político democrático, sino de ese particular proceso político que se sentía comprometida a apoyar».[293]

En definitiva, falta todavía mucho por clarificar y rectificar en esta área para poder defender la postura de la Corte y hacerla compatible con pautas como las anteriormente mencionadas.

Debate público y división de poderes

Dentro del esquema de división de poderes establecido por la Constitución, la tarea de discusión legislativa está delegada en el Congreso. Las razones para esta elección resultan más o menos obvias. Por un lado, en el Parlamento se encuentran reunidas (al menos teóricamente) voces representativas de los diferentes puntos de vista existentes en la sociedad. Por otro lado, se asume que la tarea normativa requiere la suficiente reflexión y el intercambio de opiniones. La idea que subyace a tal criterio de división de tareas es la de que los problemas más graves de la sociedad deben ser resueltos con el máximo cuidado, procurando acercar

293 Bianchi, Alberto. «¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?». *La Ley*. 1990-E, pp. 1126-1127.

las distintas posiciones, hasta precisar salidas capaces de ser aceptadas por la mayoría. Sin lugar a dudas, el consenso resulta un elemento primordial en toda decisión democrática.

Al mismo tiempo, parece razonable exigir que las soluciones consensuadas sean debidamente discutidas, sobre todo cuando los problemas en cuestión son especialmente graves: sucede precisamente que, en las situaciones críticas, la ciudadanía puede estar dispuesta a «cerrar los ojos y tragar la píldora más amarga», solo con la esperanza de respirar más aliviada a corto plazo. Por ello, y para evitar que «el remedio sea peor que la enfermedad», debe tratarse que los acuerdos logrados sean el resultado de un meditado proceso de reflexión.

Lo expuesto —que no es más que un consejo más o menos obvio a favor de la racionalidad política— resultó contradicho por la Corte en más de una oportunidad. Seguramente uno de los casos más notables, en esta línea, lo constituyó el caso «Peralta»,[294] en el cual la Corte (nombrada en su mayoría por el presidente Menem) declaró constitucional el decreto de necesidad y urgencia 36/1990, mediante el cual el poder ejecutivo limitaba la devolución de los depósitos bancarios (se fijaba un tope de 1 000 000 de australes), entendiéndose que los excedentes iban a pagarse a través de bonos externos. Más allá de lo discutible de la medida económica, y de la (complaciente) actitud de la Corte al respecto, lo que interesa aquí son los fundamentos que presentó la Corte para defender su postura. En dicho asunto (y contradiciendo directamente pautas como las que hemos señalado en los párrafos anteriores), la Corte desconoció la importancia del proceso deliberativo como condición previa a la toma de una decisión. Sostuvo entonces que «[i]nmersos en la realidad no solo argentina sino universal, debe reconocerse que por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales».[295]

En el caso «Peralta», con prístina claridad, se enfrentan dos concepciones opuestas respecto de la imparcialidad y los modos más adecuados de decidir dentro de una sociedad democrática. Para la tradición radical defendida más atrás, era necesario poner a consideración pública las distintas

294 Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), del 27/12/1990.

295 Un buen comentario crítico a este fallo, por Saba, Roberto, en *No hay derecho*, n.º 5, 1992.

alternativas o soluciones, antes de tomar una determinación: ninguna persona, ni ningún cuerpo de técnicos podía arrogarse el conocimiento de los distintos intereses presentes en la sociedad, ni aún menos debía creer en su capacidad para sopesar neutralmente tales intereses. En cambio, la vertiente defendida por la mayoría de la Corte parece suscribir una postura opuesta, poco plausible. Ello se vislumbra, por ejemplo, en el hecho de ver como un problema la presencia de cuerpos pluripersonales, o en el de asociar la «rapidez» o «ejecutividad» del presidente con valores como los de eficiencia o imparcialidad. El Congreso, en este caso, parece más bien un estorbo que debe ser sacado de en medio, para poder decidir con dinamismo y justeza. Rodolfo Barra, después de abandonar su cargo en la Corte, defendió la doctrina del tribunal, apoyándose fundamentalmente en fallos anteriores[296] y en la extrema gravedad de la situación económica. Sin embargo, frente a tales problemas, bien podría decirse que parte de la no resolución de las diferentes crisis se debe, justamente, a políticas erráticas y no consensuadas más que a las «demoras» que produce la búsqueda del consenso. Cabe decir, por último, que el hecho de criticar la jurisprudencia de la Corte no debe ser visto como una actitud de ciega defensa del Parlamento, ya que, evidentemente, el Parlamento puede estar funcionando de modo ineficiente o puede estar indebidamente sujeto a presiones de grupos privados. Sin embargo, el objetivo debiera ser, en todo caso, el de tornarlo más permeable a la discusión pública o convertirlo en un órgano más expeditivo. En cambio, la solución aportada por la Corte parece haber elegido el peor camino: para resolver los problemas que presenta el Congreso lo anula en la práctica, reemplazándolo por un Ejecutivo tanto o más susceptible que aquel a las presiones de grupos privados.

El poder ejecutivo y su capacidad reglamentaria

Casos como el «Peralta» no representan situaciones aisladas dentro de la jurisprudencia constitucional argentina. En todo caso, simplemente,

296 Fallos 171: 21; o el fallo «Porcelli, Luis c. Banco de la Nación Argentina», del 20 de abril de 1989. Véase su artículo «La Corte Suprema de Justicia y la toma de decisión constitucional», *Doctrina Judicial*, t. 1992-1, *La Ley*, p. 785.

señalan la «punta del iceberg» dentro de una doctrina consecuente según la cual la Corte ha aceptado paulatinamente un continuo proceso de concentración de poder en el presidente.

En efecto, con los años, la Corte ha ido ampliando las facultades reglamentarias del Ejecutivo hasta superponer su poder, en buena medida, con el del Legislativo. La posición de la Corte puede verificarse en casos como «Delfino»,[297] donde reconoce en el presidente la facultad de reglamentar «leyes marco», o «Gabino»,[298] a través del cual el presidente consolidó su poder de establecer precios máximos, originado en una delegación del Congreso.

En mi opinión, en cambio, el ánimo de la Corte tendría que haber estado guiado por premisas diferentes a las que empleó en la práctica. Por ejemplo, la magistratura debió haber dejado en claro desde un comienzo los límites de las delegaciones legislativas y las razones de tales límites. La Corte debería haber reconocido, por ejemplo, que el poder ejecutivo no puede garantizar el grado de reflexión y el consenso que la tarea normativa requiere. No obstante, la conclusión de lo dicho no debe ser, necesariamente, impedir todo tipo de delegaciones legislativas, sino obstaculizarlas, al menos en las situaciones de mayor gravedad institucional.

En esta cuestión —como en muchas otras— la Corte no pareció estar orientada por pautas normativas claras. O, en todo caso, siguió la peor de las orientaciones posibles, depositando un poder extraordinario en el Ejecutivo. De este modo, implícitamente tendió a aceptar que en las situaciones de mayor gravedad política era en donde más debía facilitarse la discrecionalidad del Ejecutivo.

Controles sobre la estructura de gobierno

En casos como los citados, hemos visto una de las posibles formas utilizadas por los órganos políticos para incrementar indebidamente su propio poder, que consistía en la asunción de funciones o tareas que no le correspondían. Pero existe otra manera, tal vez menos directa, de lograr

297 Fallos 148: 430.
298 Fallos 243: 276.

finalidades parecidas. Básicamente, esta consistiría en debilitar a los demás poderes hasta convertirlos en órganos prácticamente inermes. La Corte Suprema ha tenido muchas oportunidades de enfrentarse a situaciones de ese tipo. En dichos casos, era razonable esperar una reacción enérgica por su parte, ya fuera para rechazar las acciones del Ejecutivo (principalmente), ya fuera para llamar la atención de la ciudadanía y provocar así una discusión colectiva al respecto. Ocurrió, en cambio, que la Corte tendió a responder en tales situaciones con una notable tolerancia frente al modo de actuar de los otros poderes, aceptando así una situación nuevamente gravosa para la estabilidad y consolidación institucional.

Por ejemplo, la Corte tomó una decisión cuestionable el 22 de marzo de 1990, cuando en un fallo de superintendencia aceptó que el juez Miguel del Castillo fuese relevado de su cargo, sin la existencia de un nuevo acuerdo del Senado. Como sostuvo Nino, «[e]s obvio que el acuerdo del Senado no es para que una persona sea juez en general, sino para que desempeñe ciertas funciones judiciales específicas, por lo que se desvirtúa, como bien lo argumentó el juez disidente [Bacqué], el papel que la Cámara Alta debe desempeñar en la integración de las designaciones judiciales. Por otra parte, también es claro que la admisión de estos traslados sin el necesario control del Senado abre las puertas a presiones del poder político que los jueces no pueden resistir por sí solos».[299] Un ejemplo todavía más escandaloso en cuanto al funcionamiento de la Corte pudo verse en un fallo del 24 de septiembre de 1991, en el llamado caso «Molinas». Mediante dicho fallo, la más alta magistratura avaló la remoción del fiscal general de investigaciones administrativas Ricardo Molinas, quien parecía obstinado en cumplir con su función, persiguiendo una diversidad de casos de dudosa legitimidad en los que el poder ejecutivo parecía involucrado. Lo cierto es que, en la citada ocasión, Molinas fue separado de sus funciones «sin juicio político, sin sumario previo y sin causa válida».[300] Más grave aún, la Corte se atrevió a apuntar que el poder ejecutivo tenía autoridad discrecional para elegir el procedimiento de remoción de un funcionario como Molinas, a la vez que proclamó la

299 Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* p. 474.
300 Courtis, Christian. *No hay derecho*, n.º 5, 1992.

importancia de que los jueces sepan «mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado».

Casos como los citados constituían unas excelentes oportunidades para que la Suprema Corte mostrase su apego al ordenamiento legal y a los procedimientos propios de una democracia. En cambio, con sus sentencias, la magistratura no hizo sino mostrar la fragilidad de tal ordenamiento y la misma debilidad de la democracia.

Peor aún, en otros fallos fue la propia Corte la que tomó la iniciativa en este continuo proceso de distorsión de los procedimientos constitucionales. Recordemos, por ejemplo, el caso en el que se disputaba la privatización de Aerolíneas Argentinas. En dicha oportunidad se encontraba en disputa el amparo interpuesto por un diputado para detener la voluntad privatizadora del ejecutivo y la mayoría del Congreso. Lo curioso del caso fue que, por primera vez en su historia, la Corte decidió avocarse *per saltum* en la cuestión del amparo, desvirtuando así los debidos procesos judiciales que le impedían tal intervención, con prioridad a la intervención de los jueces inferiores.

Notablemente, Rodolfo Barra defendió esta inusual intervención de la Corte con argumentos basados en la legitimidad procedimental. En sus palabras, lo que estaba en juego era el «intento de desnaturalizar los principios democráticos: un solo diputado podía lograr por esta vía lo opuesto a la mayoría de los integrantes del Congreso, es decir, de los representantes del pueblo».[301] Según parece desprenderse de la opinión del exministro de la Corte, el Supremo Tribunal se encontraría autorizado para pasar por encima de los procedimientos establecidos en la Constitución, con el objeto de hacer respetar la pureza de los procedimientos democráticos. La conclusión del exministro, al menos, resulta paradójica (aunque seguramente inteligible, desde el punto de vista descriptivo, dado que él mismo —en calidad de funcionario del Gobierno— había protagonizado la redacción del pliego cuestionado, y luego —en calidad de miembro de la Corte— había analizado la pertinencia de los cuestionamientos del diputado Fontenla).

301 Barra, Rodolfo. «Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial». *El Derecho*, t. 146, Buenos Aires, 1992, p. 842.

Situaciones críticas: intervención federal, estado de sitio, etc.

La ligereza con que la Corte abordó las cuestiones institucionales se vio reflejada, del modo más dramático, en temas como los de la intervención federal o el estado de sitio. Si aludo al dramatismo de estos casos, ello se debe a que, por medio de acciones como las citadas, el Ejecutivo suele extender su poder hasta puntos extremos, llegando a violentar directamente los derechos individuales.

Como en casos anteriores, cabría proponer aquí que justamente en los momentos de mayor violencia política es cuando cabe esperar una actuación también decidida y enérgica por parte de la Corte. En tales situaciones, en efecto, todos los ojos debieran mirar al máximo tribunal para exigirle el control disciplinario de los impulsos del poder político. Al órgano de control, en definitiva, pueden disculpársele muchos errores, pero nunca los que se producen en dichas situaciones de erupción social y reacción estatal.

Sin embargo, la Corte argentina, enfrentada a situaciones como las descritas, actuó del peor modo posible. Esto es, la Corte tendió a dar «vía libre» al Ejecutivo, principalmente para que actuara según su saber y entender. El criterio utilizado fue el de que «[l]a facultad del Estado de reglamentar los derechos de acuerdo con los fines públicos que la justifican puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego y normalidad, en momentos excepcionales de perturbación social o en otras situaciones análogas de emergencia y urgencia».[302]

Así, por ejemplo, en materia de intervenciones federales, y desde los fallos «Cullen c. Llerena»[303] y «Orfila»,[304] la Corte comenzó a ampliar sin mayores miramientos las facultades del poder ejecutivo.[305] De modo todavía más arriesgado, la Corte se mostró flexible frente al Ejecutivo en situaciones de estado de sitio. En tales casos, por ejemplo, incluso llegó a reconocer la posibilidad de que el Ejecutivo restringiera la libertad de imprenta;[306] o limitar la posibilidad de los ciudadanos de salir del país.[307]

302 Fallos 00: 450.
303 Fallos 53: 520.
304 Fallos 154: 192.
305 Véanse, por ejemplo, fallos 54: 557; 127: 92; 173: 272; 208: 497.
306 Como en el caso Bertotto, que veremos luego (fallos 168: 30); o en fallos 250: 832; o 276: 72.
307 Fallos 296: 285.

En coherencia con precedentes tan alarmantes como los citados, no sorprende que la Corte haya mostrado una absoluta renuencia a admitir los miles de hábeas corpus que le fueron presentados durante la vigencia de la última dictadura militar inaugurada en 1976.[308] En todas las situaciones mencionadas, podríamos concluir, la Corte se distinguió por asumir una actuación simplemente inversa a la que le correspondía.[309]

Derecho de reunión

Según sostiene John Ely, entre las tareas centrales del órgano de control constitucional debiera figurar la de «clarificar los canales del cambio político». En este sentido, resulta fundamental que la Corte, o el órgano de fiscalización que exista, se erija en inamovible pilar en defensa de los derechos básicos, como los de reunión, asociación, o libertad de prensa. Sin ellos, difícilmente será concebible, por ejemplo, que nazcan nuevas ideas o que se cuestionen las dominantes. Sin embargo, lo cierto es que la justicia argentina ha dado pocas muestras de fiabilidad al respecto. Peor aún, a lo largo de su historia se ha pronunciado numerosas veces en dirección opuesta al que debiera ser, más bien, su debido rumbo. En lo que hace al derecho de reunión, la Corte argentina registra en su haber un destacado y vergonzoso antecedente, en el fallo «María Elena Álvarez de Schuster»,[310] en el que se condenó a la mencionada actora por haber participado en una reunión que (a juicio de la Corte) tenía «propósitos comunistas bien definidos». En dicha oportunidad, el Tribunal sostuvo que «el derecho de reunión presupone la existencia de una causa lícita como requisito indispensable para su ejercicio», que en la programada reunión, aparentemente, no se verificaba. Para llegar a esta conclusión, obviamente, la Corte necesitó ir todavía más lejos y pronunciarse aun acerca de la plausibilidad, o no, de

308 Véase el citado trabajo de Bergalli, Roberto. «Gobierno de la justicia y formas de selección de los jueces».

309 En sentido similar, debe destacarse el hecho de que la Corte también respaldó la ley de «obediencia debida» que, impropiamente, permitía a funcionarios políticos arrogarse prerrogativas propias de la justicia, y crear presunciones irrevocables en torno a la existencia de ciertos eximentes de pena. Así, en el caso «Camps», fallos 310-311: 1162.

310 Fallos 191: 390.

ciertas ideologías partidarias. Tomando una posición maccartista, como la que en su momento adoptó la Corte norteamericana,[311] sostuvo que el propósito del comunismo era «arrasar con las instituciones que reposan en el respeto a la propiedad, a la familia y a la libertad, para reemplazarlas por la dictadura del proletariado», por lo cual no podía considerarse que sus fines fueran legalmente aceptables, y sus reuniones, lícitas.[312]

La tendencia marcada por fallos como los citados, apenas moderada en pronunciamientos posteriores,[313] recibió un duro recrudecimiento en «Antonio Sofía y otro»,[314] ya que en esa ocasión se impidió una reunión que debía celebrarse en un local privado. El mitin en cuestión iba a ser celebrado por la «Liga argentina por los derechos del hombre», con el fin de analizar la situación vigente en Paraguay, en materia de derechos humanos. Para la Corte no resultó reprochable, entonces, que el jefe de la policía federal prohibiera la celebración de dicho acto, dado que la organización tenía antecedentes de ser «de extrema izquierda». Más razonablemente, y discrepando con el voto de la mayoría, el juez Orgaz sostuvo que «no cabe hacer discriminaciones entre ideologías no prohibidas por nuestra ley para negar a los partidarios de unas lo mismo que se concede a las de otros».

Derecho de asociación

Los insatisfactorios antecedentes citados parecen repetirse, también, en lo que hace al mencionado derecho de asociación. En este punto, también sería deseable contar con una Corte activista, orientada justamente a facilitar la agrupación y libre discusión entre individuos de ideologías diversas. Sin embargo, el caso parece nuevamente ser lo contrario de lo que cabría esperar. Así, por ejemplo, en el fallo «Partido Obrero»,[315] la Corte confirmó la denegación de personería al mencionado partido político, por

311 Recuérdese, por ejemplo, la línea doctrinaria marcada por fallos como «Dennis *v.* U.S.», 341 U.S., 494, 1951.

312 Ya en el fallo «Comité Radical Acción», la Corte había mostrado su posición poco firme respecto de la necesidad de preservar el derecho de reunión, al aceptar la constitucionalidad de un edicto policial que prohibía, por razones de tráfico, un acto público de un partido político. Fallos 156: 81.

313 Véase, por ejemplo, fallos 191: 197 y 207: 251.

314 Fallos 243: 504.

315 Fallos 253: 133.

entender que presentaba un «programa [doctrinario] ficticio» con el mero objetivo de obtener su reconocimiento, cuando, en su opinión, era evidente que «el programa real y verdadero, aunque oculto», demostraba que se trataba de una organización subversiva. Luego —sostuvo la Corte—, el sistema de gobierno debía contar con medios para poder garantizar su subsistencia, entre los cuales no podía estar ausente el de rechazar la personería de este tipo de agrupaciones «antisistema».[316]

La citada posición restrictiva tuvo un remarcable refuerzo en un fallo mucho más cercano en el tiempo, y que más adelante comentaremos: el fallo «Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución de la Inspección General de Justicia» del 22 de noviembre de 1991. En dicha ocasión, directamente se denegó la posibilidad de que la comunidad homosexual argentina adquiriera personería jurídica como institución, en virtud de que sus objetivos contradecían los fines del bien común que debían caracterizar a toda institución.

Por lo visto, en casos como los citados, la postura de la Corte no solo parece estar en contradicción con la que debiera haber adoptado si se orientara en pro de la defensa del proceso de discusión pública (e integración de las minorías), sino que, además, resulta de un intrusismo intolerable en el peor de los sentidos, al ponerse a juzgar la validez o invalidez moral de las ideologías de diversas agrupaciones. Esto es, en muchos de sus fallos más importantes, el Tribunal no intervino donde debía intervenir, y lo hizo donde no debía, apelando, además, a algunos de los peores criterios que podía utilizar.

Libertad de prensa

En materia de libertad de prensa, la tradicional jurisprudencia de la Corte ha sido un tanto menos alarmante, aunque también —en líneas generales— vacilante y poco clara. Por ejemplo, en 1933, se registró un muy importante caso, el caso «Bertotto»,[317] en el que se consintió la decisión del jefe de correos de Rosario, que se negó a distribuir postalmente el diario

316 Esta línea doctrinaria, por ejemplo, es ratificada en fallos 246: 237 y 248: 800.
317 Fallos 168: 30.

Democracia por entender que las ideas en él incluidas no eran valiosas (más aún, se sostuvo que en dicha publicación se incurría en apologías de delitos). La Corte reconoció, entonces, que la libertad de prensa no era absoluta, y que no podía utilizarse con «fines contrarios a la organización política argentina, a la moral pública y a las buenas costumbres». Esto es, la Corte avalaba las más severas restricciones posibles a la libertad de expresión y discusión. No obstante, en tiempos más recientes, la Corte ha intentado mostrar otra cara, más benigna, e inclusive en algunos fallos ha representado su función más adecuadamente, al colocarse como necesaria custodia de la libertad de prensa y situar a esta libertad en un lugar especialmente privilegiado. La intención era la de dotar a la libertad de prensa de una inmunidad singular, dada su central importancia para el proceso de discusión pública. Esta valiosa postura, por ejemplo, fue presentada por el juez Petracchi en el caso «Ponzetti de Balbín», de 1984 (en el que se analizaba el modo como un medio periodístico se había inmiscuido en la intimidad de la agonía del político Ricardo Balbín, internado de gravedad).[318]

Por otra parte, la Corte se mostró reticente a toda posible censura previa, según lo afirmado en los casos «Sánchez Sorondo»[319] y «Verbitsky»,[320] y poco firme en el respeto a una explícita cláusula de la Constitución argentina, que prohibe el establecimiento de la «jurisdicción federal» en materia de libertad de imprenta.[321]

En líneas generales, el análisis de Carlos Nino al respecto propone una adecuada síntesis y evaluación de la tarea de la Corte en esta área. Según Nino, la Corte «ha prácticamente frustrado [...] la prohibición de legislación y jurisdicción federal en materia de expresión [...] ha admitido limitaciones *ex post facto* de la expresión en la protección de derechos de los individuos, como son el honor o la intimidad [...] aunque no ha desarrollado claros criterios para distinguir los daños cometidos por el ejercicio de la libertad de expresión que pueden ser objeto de interferencia estatal *ex post facto* de los que son inmunes aun a tal interferencia posterior, y [...]

318 CSJN, 11/12/1984.
319 Fallos 270: 291.
320 CSJN, 13/6/1989.
321 Véanse, por ejemplo, fallos 278: 73 o 167: 136.

no ha avanzado prácticamente nada, salvo en lo que hace a la publicación de sentencias condenatorias por delitos contra el honor, en el campo del aspecto activo de la libertad de expresión, que implica [...] dar oportunidades efectivas y ecuánimes a los ciudadanos —como el derecho de rectificación, el acceso igualitario a medios masivos, etcétera—, para que la libre expresión de ideas y actitudes no sea, de hecho, un privilegio de alcance restringido».[322]

Minorías y no discriminación

Un adecuado órgano de control no solo debería alentar la organización y discusión ciudadana, sino que también debería ser activo en la protección e integración de las minorías más débiles en el sistema político. Si esta actividad no se cumpliese del mejor modo, se correría el obvio riesgo de desvirtuar la democracia, reemplazando el autogobierno de todos por la imposición de la voluntad de un grupo más poderoso por encima de la de otro que lo es menos.

En su activismo contra toda discriminación, y en favor de la integración de las minorías en la vida pública, la Corte argentina tuvo algunos pronunciamientos importantes. Por ejemplo, en el caso «Arenson»,[323] en el que admitió un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano que había sido descalificado como profesor por no contar con la altura mínima exigida por una resolución administrativa.

Sin embargo, en años más recientes ha mostrado otra de sus caras en el citado caso de la CHA (comunidad homosexual argentina). En esta ocasión, y mostrando cuál era la concepción mayoritaria de la Corte en materia de protección de minorías, el juez Boggiano dijo que «[u]na minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual fueran tantas las minorías que reclamasen tolerancia que ya no podría haber mayoría alguna. La democracia requiere un sustento de valores comunes. Y la desintegración de

322 Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* p. 280.
323 Fallos 306: 400.

estos valores puede conducir a erosionar la cohesión de la sociedad, indispensable para su gobierno mismo». Esta postura resulta notablemente implausible, en su asunción de que existe una sola mayoría (seguramente identificada con los valores que el juez Boggiano prefiere), que debe ser preservada del riesgo de abrirse a formas de pensar o actuar diferentes. Y todavía más inconcebible resulta el que la Corte pretenda erigirse en el custodio de tales supuestos valores mayoritarios.

Otro de los firmantes en dicho voto mayoritario (voto que, como hemos visto, denegaba la personería jurídica a tal agrupación), Rodolfo Barra, se cita a sí mismo en un todavía más reciente artículo, como queriendo destacar o poner de relieve aquella actitud discriminatoria de la Corte, que como poco resulta asombrosa. En su opinión, Barra afirma que «la apelante de ninguna manera puede pretender que la Inspección General de Justicia coincida con ella acerca de la defensa de la condición homosexual, ni que asuma como propios los valores de la CHA, ni pretender que los jueces sustituyan a la Inspección en la valoración en cuestión».[324]

Lo cierto es que, en el modelo de control de constitucionalidad aquí propuesto, resultaría obvio que «la apelante» podía pretender que «los jueces sustituyan a la Inspección» en éste y en todos los casos que fuesen necesarios para favorecer la integración social de las minorías. «La apelante» no necesitaba, por otro lado, que la Inspección coincidiese con su moralidad o con sus ideas. Necesitaba, sencillamente, que las respetase.

B) Casos concernientes a la defensa de la autonomía individual. El respeto a la libre elección de planes de vida

Derecho a la privacidad (I). El caso de las distintas preferencias en materia de orientación sexual

Según he sostenido más atrás, es innecesario e incorrecto recurrir al sistema democrático para conocer cuál es el estilo de vida que cada uno debe llevar. La discusión pública, en todo caso, puede ayudar a conocer otras

324 Barra, Rodolfo. «Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial», p. 843.

alternativas de vida a quienes quieran conocerlas,[325] o puede ayudar a que una sociedad se ponga de acuerdo acerca de cuáles podrían ser los modelos culturales preferibles, sin embargo (para quienes coincidan con el modelo normativo delineado más atrás), debiera quedar en claro que no corresponde recurrir a la discusión pública como una forma de determinar qué planes de vida debe seguir cada uno. Este tipo de elecciones, en conclusión, debe quedar exclusivamente reservada a cada ciudadano.

Ahora bien, la Corte Suprema argentina ha sido muy poco sensible a este tipo de argumentaciones, según se desprende, de modo muy especial, de algunos fallos más o menos recientes. Sin lugar a dudas, el ya varias veces citado caso de la comunidad homosexual argentina (caso «CHA») representa uno de los puntos más notables en esta tendencia. En dicha ocasión, el voto del juez Barra resultó seguramente el más preocupante y temible. En él se establece, por ejemplo, que «[s]i el fin emergente de los estatutos de la CHA es bregar por la equiparación jurídica y social de las personas homosexuales (falta de equiparación cuya real existencia, por lo demás, no fue demostrada en la causa) resulta claro que la búsqueda de la citada equiparación *presupone una cierta defensa pública de la condición de homosexual, en tanto que aquella configura una forma de vida merecedora de la misma valoración que las restantes*».[326] En sentido similar, más adelante sostiene que la aprobación de la personería de la entidad es dependiente de que se la encuentre coincidente o útil «con relación al fin del Bien Común estatal y que, en consecuencia, cuando tal decisión supone una previa valoración de materias vinculadas con la moral pública (un aspecto del Bien Común) el Estado no puede ser forzado a admitir como bueno lo que así no lo considera, es decir, no puede ser forzado a compartir públicamente con la CHA su valoración de la condición de homosexual, admitiendo por esta vía que tal valoración coincide con el bien común».

La argumentación de Barra carece de mayor sentido y plausibilidad, desde cualquier ángulo de donde se mire. Por un lado, es obvio que el

325 El caso, obviamente, es diferente para los menores de edad. En tal sentido, véase mi trabajo «Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad». *Doxa* (Alicante), 19 (1996): 357-372.

326 La cursiva es mía.

Estado no se encuentra «forzado a compartir públicamente» la valoración de la homosexualidad, como no está forzado a defender el conservadurismo o el protestantismo, para admitir dichos ideales o concepciones como susceptibles de ser practicados por quien se identifique con ellos. Por otra parte, el solo hecho de que el Estado comience a escrutar con semejante severidad el valor de las distintas concepciones del bien de sus habitantes, resulta un signo por lo menos alarmante, y mucho peor, aun cuando dicho análisis puede llegar a implicar la prohibición o clausura de ciertos modelos de virtud personal. El modelo que defendimos más atrás se opone a posturas como las defendidas por Barra en este aspecto, puesto que propone, por ejemplo, una postura de máxima «neutralidad estatal», en la que el aparato de gobierno sea «ciego» ante las más diversas concepciones acerca de lo que es bueno.[327] O, en todo caso, puede llegar a aceptar un estado comprometido con ciertas concepciones mínimas acerca de lo bueno (por ejemplo, comprometido con el bien de la autonomía), que aliente algunas de dichas concepciones más que otras.[328] Lo que es siempre inaceptable es que directamente se excluyan algunas vías de autorrealización, a causa del disgusto o rechazo que puedan provocar en otros.

Obviamente, la cuestión se torna aún más grave cuando el intervencionismo estatal en materias de moralidad personal se fundamenta en la idea del «Bien Común» con mayúsculas. Quiero decir, si es inaceptable el imponer a alguien ciertos valores en nombre de la democracia, muchísimo más es el hacerlo en nombre del «bien común». La primera de estas posturas puede ser, al menos, entendida como producto de la confusión (más o menos corriente) de querer extender la influencia de la democracia en todos los ámbitos. Pero la segunda posición, más bien, parece el simple producto de un dogmatismo religioso o un autoritarismo elitista.[329] Y lo cierto es, como he venido argumentando hasta aquí, que la justicia no tiene autoridad para hablar en nombre de la democracia cuando

327 Argumentando a favor de esta posibilidad, típicamente y por ejemplo, Ackerman, Bruce. *Social Justice in the Liberal State.* New Haven, Yale U.P. Conn., 1980.

328 Véase en este sentido, por ejemplo, Raz, Joseph. *The Morality of Freedom.*

329 De hecho, en la fundamentación usada por la Cámara Nacional en lo civil de la capital federal del 12 de julio de 1990, para la denegación de la personería a la CHA, se sostenía que la homosexualidad no promueve el bien común por ir en contra de la «ética cristiana».

la ciudadanía no se ha expresado, y mucho menos para hablar en nombre de un incierto «bien común», en el que cada persona incluiría distintos valores en caso de ser consultada.

Derecho a la privacidad (II). El caso del consumo de estupefacientes

De todos modos, la postura de la Corte en el caso de los homosexuales no fue el resultado de una reacción inesperada del máximo tribunal, sino que dicha posición era de esperar a partir de lo que el mismo tribunal sostuvo en otro tipo de casos. Por ejemplo, y también de modo destacado, en la cuestión del consumo personal de estupefacientes. En este tema, las soluciones que pueden aplicarse no son obvias, y existen largos e irresueltos debates en torno a qué es lo que debe hacerse en estos casos. De todos modos (y a partir de pautas como las que hemos defendido), es posible sostener algunas intuiciones iniciales.

En primer lugar, debe decirse que es el Congreso y no el poder judicial el que tiene la misión de ocuparse de definir una política en materia de drogas. En segundo lugar, debe agregarse que el Congreso no puede usar cualquier tipo de criterios en la fijación de tales políticas:[330] en este caso sí puede abrirse una vía para la intervención de un órgano de control. Por ejemplo, dicho control resultaría necesario si la política de la mayoría se fundamentara en la implausibilidad de los valores elegidos por el drogadicto. Este tipo de razones son inaceptables, sea quien sea quien las aduzca. La elección de alguien de convertirse en un drogadicto, un anarquista, un suicida o un vagabundo puede resultarnos chocante o indeseable, pero no tenemos ningún derecho a interferir sobre ella. Del

330 El Congreso o la mayoría de la sociedad pueden llegar a la conclusión de que el consumo personal de estupefacientes u otras actividades de índole semejante (digamos, por caso, la lectura de material pornográfico) se encuentran directamente asociados con el aumento de ciertos delitos o crímenes (así, asaltos a mano armada, o violencia sexual), y por ello, entonces, decidirse a restringir tales opciones. Estas afirmaciones, seguramente, resultarían de muy difícil comprobación para el Congreso. Sin embargo, si la mayoría en cuestión fuese capaz de aportar pruebas suficientes al respecto, resultarían al menos entendibles los intentos por seguir una política semejante. Muchos de nosotros no compartiríamos tales políticas, diciendo, por ejemplo, que lo que se debe hacer es penar el crimen y no reprimir sus posibles causas (del mismo modo que penamos a un asesino por su asesinato y nos desentendemos de sus más directas causas motivacionales, por ejemplo, una mala relación con sus padres).

mismo modo, rechazaríamos que en una sociedad con una mayoría de «haraganes» se nos reprochase nuestro modo de vida más «productivo». Por lo dicho, la Corte u otro órgano de control, en su caso, debiera estar dispuesta a rechazar cualquier legislación en materia de drogas, si ésta se encuentra fundamentada de modo perfeccionista. Ahora bien, en Argentina la situación parece revestir una de sus peores formas posibles: no solo no se da el caso de que la Corte no rechace la legislación perfeccionista del Congreso, sino que, por el contrario, es ella la que fundamenta sus decisiones a partir de la adhesión dogmática a ciertos ideales de virtud personal.

Así, en el caso «Montalvo»,[331] la postura mayoritaria de la Corte fue la de que debía ocuparse de la «protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, [de] la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda». Con esta decisión, la Corte retrocedió en su jurisprudencia (como tantas otras veces) hasta épocas en las que condenaba la acción de consumir drogas por su «proyección comunitaria» y calificaba la acción de drogarse de «viciosa».[332]

La posición que considero más aceptable aquí coincidiría casi absolutamente con la expuesta, por ejemplo, por otro juez de la Corte, Enrique Petracchi, en el fallo «Bazterrica» (anterior a la nueva integración de la Corte de 1989 y por lo tanto al caso «Montalvo»),[333] y en un voto que contó con adhesión mayoritaria del tribunal. En aquel entonces, Petracchi distinguió entre las nociones de moral pública y privada de un modo muy adecuado, para pronunciarse a favor del «reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y sólo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, consagrara desde el principio nuestra Constitución». Según Petracchi, dicho reconocimiento resultaba indispensable para la protección de la autonomía individual. O con sus propias palabras, «esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de la organización de la sociedad a que pertenecen. La existencia

331 CSJN, 11 de diciembre de 1990.
332 Véanse, por ejemplo, fallos 296: 15 o 300: 254.
333 CSHJ, del 29 de agosto de 1986.

o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos en los que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida, según lo determine la autonomía de su propia conciencia y solo dentro de los límites en los que no afecte el igual derecho de los demás, y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria». En su opinión «no es función del Estado establecer modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacífica, que brinde una igual protección a todos los miembros de una comunidad, creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales desviaciones morales a los demás».[334]

Derecho a la intimidad

Carlos Nino distingue entre las ideas de «privacidad» e «intimidad». Así, habla de un derecho a la «privacidad», referido a las acciones relativas a la moral «autorreferente», que no afectan a terceros, y de un derecho a la «intimidad», referido al resguardo de las acciones íntimas de cada uno del «conocimiento generalizado por parte de los demás».[335]

Tanto uno como otro derecho, de cualquier modo, se vinculan con la autonomía de cada individuo y con su libertad de obrar sin sufrir interferencias por parte del resto de la comunidad.

En cuanto al mencionado sentido estricto de la noción de intimidad, la Corte tuvo algunos fallos interesantes como el de «Ponzetti de Balbín»,[336] antes citado. El fallo tiene importancia, en la medida en que cada vez es más habitual la violación de la intimidad de los individuos por parte de la prensa. Es evidente que aún quedan por resolver muchas

334 La valiosa postura de Petracchi había sido reproducida en otros fallos por la mayoría de la Corte que ejerció entre los años 1983 y 1989. Así, por ejemplo, en el caso «Portillo» (CSJN, del 18 de abril de 1989), en el que se reconoció la facultad de un individuo de negarse a realizar el servicio militar por razones de conciencia, o en el caso «Sejean» (fallos 308: 2287), en el que la Corte hizo referencia al respeto de la libertad religiosa ligándolo al respeto de la libertad de conciencia de cada uno (ello, más allá de la más polémica cuestión sustantiva, referida al tema del divorcio y a la capacidad de la Corte de pronunciarse al respecto).

335 Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* p. 327.

336 Fallos 206: 1892.

otras cuestiones sobre este tema (notablemente especificadas por la jurisprudencia norteamericana, por ejemplo), en cuanto a posibles distinciones respecto de la protegible privacidad de un ciudadano común y de un funcionario público, etc. De todos modos, la decisión de la Corte argentina, al menos en principio, no pareció desacertada.

En cambio, la resolución debe ser distinta en otros casos, como en «Muller»,[337] en donde la Corte sostuvo que no se podía imponer que un niño fuera sometido a un examen médico destinado a determinar su filiación real (ya que se suponía que el joven en cuestión era hijo de una pareja de «desaparecidos» durante la última dictadura militar). Como bien dice Nino, aquí la Corte privilegió indebidamente el derecho a la intimidad del menor. En coincidencia con el voto que en dicha oportunidad firmara el juez Petracchi, Nino sostiene que tal derecho debe ceder «frente a consideraciones que tienen relación con la necesidad de que un individuo conozca la verdad sobre su identidad personal, para elegir libremente su plan de vida».[338]

Garantías procesales y respeto de los derechos humanos

Para respetar la autonomía de un individuo deben hacerse por lo menos dos cosas. Por un lado, debe tolerarse que aquel elija el plan de vida que prefiera, aunque nos desagrade, y por otro, debe asegurarse que otros no interfieran indebidamente en las acciones del mencionado sujeto. Estas dos actividades son diferentes entre sí, aunque, en última instancia, constituyan las dos caras de una misma moneda. En este apartado, mi atención va a fijarse específicamente en este segundo tipo de actividades, en la medida en que estén vinculadas, sobre todo, con ciertas garantías procesales básicas. Sin embargo, estas cuestiones y las revisadas más atrás guardan una muy estrecha relación. Así, por ejemplo, la protección del domicilio y la intimidad de un individuo requiere de estrictas garantías procesales que impidan los allanamientos o procedimientos policiales irregulares. El caso «Fiorentino»,[339] en este sentido, constituye una muestra valiosa del

337 CSJN, del 13 de noviembre de 1990.
338 Nino, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional,* p. 334.
339 Fallos 306: 1761.

comportamiento que le corresponde adoptar a la Corte en esta materia. Allí (el fallo es de 1984), el Supremo Tribunal decidió rechazar la prueba obtenida a través de un procedimiento policial realizado sin la autorización judicial correspondiente. El caso tuvo una enorme trascendencia, dada la frecuencia de tales procedimientos irregulares en la práctica policial de la Argentina. En una oportunidad previa, también con justeza, la Corte había considerado inválida una confesión obtenida por la policía, después de haber sometido a la víctima a apremios ilegales.[340]

Como ha ocurrido en la mayoría de los casos mencionados con anterioridad, las buenas posturas sentadas por la Corte (sobre todo en el período 1983-1989) resultan contradichas por la nueva mayoría que domina al tribunal desde la llegada al poder del presidente Menem. Así comprobamos cómo, en el caso «Ferrer»,[341] comenzó a variarse la tendencia anterior, al sostenerse que es válido el consentimiento que da un individuo, va detenido, para autorizar a la policía a un allanamiento de su domicilio.

Las más básicas garantías procesales resultan diariamente vulneradas en Argentina, también, cuando la justicia se demora indefinidamente en pronunciar su sentencia definitiva, con el resultado de mantener en la cárcel durante largos períodos a sujetos tal vez inocentes.[342]

Es evidente, también, que tales garantías se vieron debilitadas hasta su mínima expresión durante la última dictadura militar, con una Corte renuente a dar lugar a los hábeas corpus que se le presentaban, o capaz de reconocer la ampliación extralegal de los poderes del presidente en casos como los de intervención federal o estado de sitio.

340 Caso «Montenegro», fallos 303: 1938.

341 CSJN del 10 de julio de 1990.

342 Hay un interesante fallo, en este sentido, en el caso «Estévez» (fallos 289: 183), en donde la Corte reconoce que la garantía de defensa en juicio resulta violentada cuando tal juicio se «dilat[a] sin término, o más allá de lo razonable».

Conclusiones

Síntesis de los fundamentos y pautas del modelo de control constitucional propuesto

Hasta aquí, he analizado diferentes aspectos del control de constitucionalidad de las leyes, y pasado revista a las razones que dieron origen a dicho control, así como las pautas que guiaron su desarrollo hasta darle la forma que tiene en la actualidad. En particular, he examinado la plausibilidad del muy difundido sistema de control judicial de las leyes y los problemas presentados por el llamado «carácter contramayoritario» de la magistratura.

Mi trabajo se ha basado en consideraciones como las siguientes: *a)* la idea de que cada persona debe ser la última autoridad en cuanto al modelo de vida que prefiere desarrollar; *b)* la idea de que, en materias que trascienden el ámbito de la moral privada, la última decisión tiene que surgir de un adecuado proceso de reflexión colectiva. Para que esto último sea factible, se debe procurar que el proceso de toma de decisiones nos asegure la mayor *imparcialidad* posible —esto es, se debe procurar que las decisiones públicas reflejen efectivamente los puntos de vista de todos los posibles afectados por ellas—. Para el análisis de estos criterios y sus posibles derivaciones he partido, además, de *c)* la idea de que la discusión pública resulta una herramienta privilegiada para acercarnos a dicho ideal de imparcialidad; *d)* la certeza de que el actual sistema institucional no favorece la discusión colectiva, ni promueve (más bien desalienta) la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas; *e)* la intuición de que, aunque sea importante contar con alguna forma de control sobre este tipo de decisiones colectivas, no resulta obvio que tal control

deba recaer en manos de la justicia, o que deba ejercerse del modo como hoy es ejercido —esto es, con jueces que tienen la «última palabra» en todo tipo de cuestiones fundamentales—; *f)* la convicción de que cualquier mecanismo institucional que diseñemos, tanto para la producción como para el control de las leyes, será falible (por más autoridad que pierdan los jueces y por más que ganen los ciudadanos), convicción que me lleva a sugerir, ante todo, mecanismos alternativos flexibles, atentos a tales previsibles carencias.

En particular, y respecto del control de las leyes, pautas como las mencionadas influyeron en mis sugerencias finales de organizar un sistema de control de las leyes concentrado en dos tareas principales:

a) Por un lado, durante este trabajo he propuesto que el control de las leyes esté enfocado a asegurar las condiciones del debate democrático. Ello implicaría, antes que nada, autorizar que los jueces intervengan frente a aquella legislación dirigida a: discriminar irracionalmente a cualquier grupo minoritario; impedir la reunión o la discusión entre distintos individuos; cerrar las vías de expresión ciudadana (censura a los medios de prensa, reducir al silencio a las voces opositoras, etc.); distorsionar la voluntad de las mayorías (piénsese, por ejemplo, en las llamadas estrategias de *gerrymandering* sobre el diseño de las circunscripciones electorales, o en los frecuentes intentos de concentración del poder); distorsionar el proceso decisorio (ello ocurriría, por ejemplo, si los políticos tratasen de perpetuarse indebidamente en el poder, o declarasen una medida como el «estado de sitio» en casos en que no es necesario hacerlo), y desvirtuar los controles destinados a fiscalizar sus acciones, o los medios orientados a evaluarlas o perfeccionarlas, etc.

b) Por otro lado, el control de constitucionalidad debería orientarse a asegurar una esfera de inviolable autonomía en los individuos, de modo tal que ellos puedan ser «soberanos» en cuanto al modelo de vida que prefieren para sí mismos. En este sentido, la justicia debería impedir que los poderes públicos interfieran en cuestiones de moral privada mediante el dictado de leyes «perfeccionistas», esto es, leyes que pretenden imponer a los distintos sujetos pautas acerca de la «buena vida». Y, del mismo modo, el poder judicial podría contribuir con los órganos políticos a erigir una

«muralla» de protección en derredor de los individuos, dotándolos de garantías adecuadas para la elección y el desarrollo de los diferentes ideales de virtud personal.

De todas formas, cabe resaltar que el papel que se le confiere al órgano de control en la propuesta aquí defendida no es el de determinar, como última instancia, qué medidas legislativas son válidas y cuáles no. Si así fuera, se volvería a correr el riesgo de que el poder judicial se inmiscuyera excesivamente —indebidamente— en el proceso de creación normativa. Por ello, he sugerido posibles reformas al mecanismo del control constitucional —que acompañarían a la reforma sobre los criterios con que debería ejercerse dicho control— con el objeto de despojarle de la capacidad para decir la «última palabra» en materia constitucional, capacidad que hoy mantiene.

Una última aclaración que, según creo, resulta válida para toda tarea de control: un órgano de revisión de las leyes cuya composición fuera como la actual, cuando menos seguiría siendo tan poco permeable como lo es hoy en día a las demandas de justicia de los grupos con menor poder de influencia dentro de la sociedad. Ello, a pesar de las buenas intenciones que puedan animar actualmente a algunos jueces. Por tanto, y como modo de remediar tales dificultades «epistémicas», he sugerido distintos medios capaces de vincular más estrechamente al órgano de control con las «voces» más vulnerables de la sociedad. En este sentido, por ejemplo, podría pensarse en el diseño de mecanismos institucionales exclusivamente dedicados a recoger, cuando sea necesario, la opinión de los sectores minoritarios afectados, y también podría pensarse en abrir canales más directos para que los grupos que se sientan perjudicados injustamente por una determinada norma puedan ser escuchados a pesar de su escaso número o poder de presión.

Propuestas como las que aquí se sugieren, obviamente, dependen de presupuestos como los explicitados a lo largo del trabajo. Difícilmente, por tanto, tales propuestas serán compartidas por quienes no comparten también dichos presupuestos. Por ejemplo, habrá quienes sigan convencidos de que la «dificultad contramayoritaria» es un invento propio de juristas de otras tierras, que nada tienen que ver con la realidad propia de sus propios países. Habrá quienes sigan convencidos de que la discusión

pública no ayuda a la imparcialidad, sino que solo aporta confusión y apasionamiento. Y habrá, también, quienes nieguen cualquier razonabilidad en distinciones como las de «moral pública» y «moral privada» que en este trabajo he intentado establecer. Frente a quienes no compartan presupuestos como los que aquí se defienden, solo caben dos cosas: por un lado, seguir trabajando para convencerlos de que están en un error, y por otro, rogarles que nos persuadan de la plausibilidad de las ideas —contrarias a las nuestras— que ellos sostienen.

Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata, sigan decidiendo cuestiones sustantivas (por ejemplo, diciendo cómo se regula el aborto, diciendo si está bien o mal consumir estupefacientes, diciendo cómo se pueden distribuir los recursos sociales, y cómo no, etc.). Nuestros oponentes deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la «última palabra» en materia constitucional, cuando sabemos (particularmente en Latinoamérica) lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder. Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y aislada de los jueces nos garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva. Nuestros oponentes tendrán que hacernos entender que es deseable que el buen ejercicio judicial siga dependiendo del azar de contar con «buenos jueces». Nuestros oponentes deberán aclararnos estas dudas a menos que —como tantas veces— prefieran simplemente negarse o imponernos sus razones.

Bibliografía

Ackerman, Bruce. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven, Conn., Yale U.P., 1980.

_____. «The Storrs Lectures: Discovering the Constitution». *The Yale Law Journal*, 93. (1984): 1013.

_____. *We the People: Foundations*. Cambridge, Mass., Harvard U.P.

Ackerman, Bruce, y Rosenkrantz, Carlos. «Tres concepciones de la democracia constitucional». *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Agresto, John. *The Supreme Court and Constitutional Democracy*. Cornell University Press, 1987.

Alonso, Hugo. «Sobre el control judicial oficioso de la constitucionalidad de las leyes». *El Derecho*, 1982.

American Constitutional Law. Mineola, Nueva York, The Foundation Press, inc., 1978.

Ames, Fisher. *Work of Fisher Ames*, ed. por Seth Ames. Nueva York, 1969.

Bailyn, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard U.P., 1992.

Barber, Benjamin. *Strong Democracy*, U. of California Press, 1984.

Barra, Rodolfo. «Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial». *El Derecho*, t. 146. Buenos Aires, 1992.

_____. «La Corte Suprema de Justicia y la toma de decisión constitucional», Doctrina Judicial, t. 1992-1, *La Ley*.

Baum, Lawrence. *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*. Barcelona, 1987.

Bayón, Juan Carlos. «El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber). *Revista de las Cortes Generales* (Madrid), 4, 1985.

Beard, Charles. *The Supreme Court and the Constitution*. N. J., Prentice-Hall, 1962.

Beer, Samuel. *To Make a Nation*. Harvard U.P., 1993.

Bergalli, Roberto. *Estado democrático y cuestión judicial*. Buenos Aires, De Palma, 1984.

_____. «Gobierno de la justicia y formas de selección de los jueces». *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires, año 13, enero-diciembre, 1990.

Berger, Raoul, *Congress* v. *The Supreme Court*. Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1969.

_____. *Government by Judiciary*. Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1977.

Bianchi, Alberto. «¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad?». *La Ley*, 1990-E.

Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Indianápolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978.

Bidart Campos, Germán. «El control judicial de oficio en sede provincial». *El Derecho*. 1983.

_____. *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, 1984.

Bidegain, Carlos M. *Cuadernos del curso de derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires, 1975.

Bielsa, Rafael. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 1957.

_____. «Examen de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales judiciales». *Revista de ciencias jurídicas y sociales* (Santa Fe), 1961.

Bielsa, Rafael Antonio y Luis Francisco Lozano. «Independencia de los jueces y gobierno del Poder Judicial». *La Ley*. 1994-B.

Binder, Alberto. «Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde». *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, 12.46-47 (1987).

Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1994.

Blaustein, A. y J. Sigler, eds. *Constitutions that Made History*. Nueva York, 1988.

Bolles, Albert. *The Financial History of the United States from 1774 to 1789*. Nueva York, 1969.

Bonomi, Patricia. *A Factious People. Politics and Society in Colonial New Cork*. Columbia U.P., 1971.

Borden, Martin, ed. *The Antifederalist Papers*. Michigan State University Press, 1965.

Bownick, Colin. *English Radicals and the American Revolution*. Chapel Hill, Univ. of North Carolina Press, 1977.

Bridenbaugh, Carl. *Cities in Revolt. Urban Life in America*, 1743-1776. Nueva York, 1955.

Brooke, J. «To the Quiet of the People: Revolutionary Settlements and Civil Unrest in Western Massachusetts, 1774-1789». *William and Mary Quarterly*, XLVI. 3 (julio 1989).

Brown, Robert. *Middle-Class Democracy and the Revolution in Massachussets*. Ithaca, 1955.

_____. *Revolutionary Politics in Massachussets*. Cambridge, Harvard U.P., 1970.

Buchanan, Allen. «Assesing the Communitarian Critique of Liberalism». *Ethics*, 99, 1989.

Burke, Edmund. *Selected Writings*. Nueva York, Modern Library, 1960.

Caballero, R. y E. Hendler. *Justicia y Participación*. Buenos Aires, 1984.

Calabresi, Guido. «Four Types of Constitutions», manuscrito. Yale University, 1988.

Callahan, North. *Henry Knox, Genrela Washington's General*. Nueva York, 1958.

Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

Carrió, Genaro. «Una defensa condicionada de la judicial review». *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Claeys, Gregory. *Thomas Paine. Social and Political Thoughts*. Boston, Unwin Hyman, 1989.

Cohen, Joshua. «The Economic Basis of Deliberative Democracy». *Social Philosophy and Policy*, 2, 1989: 25-51.

_____. «Deliberation and Democratic Legitimacy». *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, ed. por A. Hamlin y P. Pettit. Oxford, 1989.

Cohen, Joshua y Joel Rogers. «Associative Democracy». *Market Socialism. The Current debate*, ed. por Pranab Bardham y John Roemer. Oxford, Oxford U.P., 1993.

Collier, C. y C. Collier. *Decision in Philadelphia*. Nueva York, 1986.

Cone, Carl. *The English Jacobins*. Nueva York, Scribner, 1968.

Corwin, E. «The Progress of Constitutional Theory Between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention». *The Confederation and the Constitution. The Critical Issues*, ed. por G. Wood, Nueva York, 1979.

Courtis, Christian. Comentario en «La corte menemista». *No hay derecho*, n.° 5, 1992.

Chipman, Nathaniel. *Principles of Government*. Burlington, 1833.

Dahl, Robert. *A Preface to Democratic Theory*. University of Chicago, 1956.

Di Leonardi, Piernicola. «Tendenza della giustizia costituzionale». Padua, *CEDAM*, 1985.

Devlin, Lord. *The Enforcement of Morals*. Londres, 1965.

Díaz de Guijarro, Enrique. «El control de constitucionalidad de las leyes en las constituciones modernas». *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 1930.

Dromi, J. *El poder judicial*. Tucumán, 1982.

Dworkin, Ronald. «The Forum of Principle», 56, *New York University Law Review*, 469, 490, 1981.

_____. *Los Derechos en Serio*. Barcelona, Ed. Ariel, 1984.

_____. *A Matter of Principle*. Londres, Harvard U.P., 1985.

_____. *Law's Empire*. Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1986.

Elster, Jon. *Sour Grapes*. Cambridge U.P., 1983.

_____. *Ulysses and the Sirens*. Cambridge U.P., 1984.

_____. «The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory», en Jon Elster y Aanund Hylland, *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge U.P., 1989.

_____. «Arguing and Bargaining». Manuscrito. University of Chicago, 1991.

Elster, Jon, y Rune Slagstad. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Cambridge U.P., 1991.

Ely, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1980.

Estrada, José. *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 1927.

Farrand, Max, ed. *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven. Conn., Yale U.P., 1937.

Fayt, Carlos. *Supremacía Constitucional e Independencia de los Jueces*. Buenos Aires, De Palma, 1994.

Ferguson, Adam. «Remarks on a Pamphlet Lately Published by Dr. Price». *Richard Price and the Ethical Foundations of the American Revolution*, ed. por Bernard Peach, Duke U.P., 1979.

Ferguson, James. *The Power of the Purse*. The University of North Carolina Press, 1961.

Ferreres Comella, Víctor. «El principio de igualdad y el "derecho a no casarse"» (a propósito de la STC 222/1992). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14. 42 (septiembre-diciembre de 1994).

Fiske, John. *The Critical Period of American History*, Cambridge. Mass., Cambridge U.P., 1916.

Fiss, Owen. «Groups and the Equal Protection Clause». *Philosophy and Public Affairs*, 5. 2 (1976): 107-177.

Frank, Joseph. *The Levellers. A History of the Writings of Three Seventeenth-Century Social Democrats*. Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1955.

Freeman, Michael. *Burke and the Critique of Political Radicalism*. Oxford, Blackwell, 1980.

Gargarella, Roberto. *La voluntad de las mayorías frente al control judicial de las leyes. Los casos de la Argentina y los Estados Unidos*. Tesis doctoral. Universidad de Buenos Aires, 1990.

_____. «El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad». Manuscrito. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1993.

_____. «Una rápida mirada a los acuerdos y desacuerdos entre liberales y comunitarios». *La Ciudad Futura*, n.° 41, 1994.

_____. *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995.

_____. «Unarticulated democracies». Manuscrito. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1995.

Garzón Valdés, Ernesto. «Representación y Democracia». *Doxa* (Alicante), 6 (1989).

Gigliani, Alejandro. *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*. Buenos Aires, 1952.

González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires, 1897.

González Calderón, Juan. *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, 1930.

Goodin, Robert. «Laundering Preferences». *Foundations of Social Choice Theory*, ed. por Elster, J. y A. Hylland. Cambridge U.P., 1989.

Goodwin, Albert. *The Friends of Liberty*. Harvard U.P., 1979.

Grey, Thomas. «Do we Have an Unwritten Constitution?», *Stanford Law Review*, 27, 1975: 703.

Guilhou, D. «Primer debate sobre control de constitucionalidad». *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), 10 (1982).

Gutman, Amy. «Communitarian Critics of Liberalism». *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985): 308-322.

_____. «The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics». *Philosophy and Public Affairs*, 22. 3 (1993).

Gutman, Amy, y Thompson, D. «Moral Conflict and Political Consensus». *Ethics*, 101 (octubre de 1990): 64-88.

Habermas, Jürgen. «Further Reflections on the Public Sphere». *Habermas and the Public Sphere*, ed. por C. Calhoun. Cambridge, 1992.

Hamilton, Alexander. *The Papers of Alexander Hamilton*, Columbia U.P., 1962.

Hart, Herbert. «Moral Populism and Democracy». *Law, Liberty, and Morality*. Oxford, Oxford U.P., 1988.

Hay, Carla. *James Burgh, Spokesman for Reform in Hanoverian England*. University Press of America, 1979.

Hitters, Juan C. «Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad». *El Derecho*. 1957.

_____. «Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes». *El Derecho*. 1986.

Hoerder, Dick. *Crowd Action in Revolutionary Massachusetts. The Boston Committee of Correspondence and the Towns*, 1772-1774. Harvard U.P., 1977.

Hoffman, R., J. McCusker, R. Menard y Albert, P., eds. *The Economy of Early America. The Revolutionary Period 1763-1790*. U.P. of Virginia, 1988.

Hoffman, R. y P. Albert. *Sovereign States in an Age of Uncertainty*. U.S. Capitol Historical Society, University Press of Virginia 1981.

Holmes, Stephen. «Precommitment and the paradox of democracy». *Constitutionalism and Democracy*. Elster, Jon y Rune Slagstad. Cambridge, Cambridge U.P., 1991.

Jefferson, Thomas. *Writings*. Nueva York, N.Y. Literary Classics of the U.S. 1984.

Jensen, Merrill. *The New Nation. A History of the Untied Stales during the Confederation*. Nueva York, Alfred Knopf, 1967.

Kaufman, Martin, ed. *Shays' Rebellion: Selected Essays*. Westfield State College, 1987.

Kelsen, Hans. «A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution». *Journal of Politics*, 4 (1952).

Kennedy, Duncan. «The Structure of Blackstone's Commentaries». *Buffalo Law Review*, 28 (1979): 205.

Kenyon, Cecilia. *The Antifederalists*. Boston, Northeastern University Press, 1985.

Kramnick, Isaac. *The Rage of Edmund Burke. Portrait of an Ambivalent Conservative*. Nueva York, Basic Books, Inc., 1977.

Kymlicka, Will. *Liberalism, Community, and Culture*. Oxford U.P., 1989.

_____. *Contemporary Political Philosophy*. Oxford, Clarendon Press, 1990.

_____. *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford, Clarendon Press, 1995.

_____. *La lengua de enseñanza en la legislación de Cataluña*. Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1994.

La Pégola, Antonio. «Note sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale». Padua, *CEDAM*, 1981.

Lambert, Jacques. *Le gouvernement des juges*. París, 1921.

Larmore, Charles. *Patterns of moral complexity*. Columbia U.P., 1987.

Linares Quintana, Segundo V. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, t. 1. Buenos Aires, 1976.

_____. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1985.

Lockridge, Kenneth. *A New England Town. The First Hundred Years*. Dedham, Massachusetts, 1636-1736, Nueva York, 1970.

Lockridge Kenneth y Kreider, A. «The Evolution of Massachusetts Town Government, 1640 to 1740». *William and Mary Quarterly*, v. XXIII, 4 (octubre 1966): 556-562.

Lovejoy, David. *Rhode Island Politics and the American Revolution 1760-1776*. Brown U.P., 1958.

Lutz, Donald. «The First American Constitution». *The Framing and Ratification of the Constitution*. Ed. Leonard Levy y Dennis Mahoney. Nueva York, 1987.

_____. *The Origins of American Constitutionalism*. Louisiana U.P., 1988.

MacIntyte, Alasdair. *After Virtue*. Londres, Duckworth, 1981.

MacKinnon, Catherine. *Feminism Unmodified*. Harvard U.P., 1987.

_____. «Reflections on Sex Equality Under Law». *Yale Law Journal*, 100 (1991): 1281.

McDonald, Forrest. *E Pluribus Unum. The Formation of the American Republic 1776-1790*. Cambridge, 1965.

McLaughlin, Andrew. *The Confederation and the Constitution*. Nueva York, 1962.

Madison, James. *The Papers of James Madison*, ed. por Robert Rutland y W. Rachal. University of Chicago Press, 1975.

Madison, James, Alexander Hamilton, y John Jay. *El Federalista* (México), Fondo de Cultura Económica, 1957.

Manin, Bernard. «On Legitimacy and Political Deliberation». *Political Theory*, 15. 3 (agosto de 1987): 338-368.

_____. «The Principles of Representative Government», manuscrito, Universidad de Chicago, 1993.

_____. «Elections, Elites and Democracy: On the Aristocratic Character of Elections». Manuscrito. Universidad de Chicago, 1993.

Mee, Charles. *The Genius of the People*. Nueva York, 1987.

Michelman, Frank. «Constitutional Welfare Rights». *University of Pennsylvania Law Review*, 121 (1973): 962.

_____. «The Supreme Court. Foreword. Traces of Self-Government». *Harvard Law Review*, 100. (1986): 4.

Mill, John Stuart. «On Liberty». *Three Essays*. Oxford U.P., 1975.

Miller, John. «Hamilton: Democracy and Monarchy». *Alexander Hamilton. A Profile*, ed. por Jacob Cooke. Nueva York, 1967.

Montesquieu. *El espíritu de las leyes*. México, Porrúa, 1990.

Morgan, Edmund. *The Birth of the Republic*, 1763-1789. The U. of Chicago Press, 1977.

Morris, Richard. *The Era of the American Republic*. Columbia U.P., 1971.

Nagel, Thomas. *The View from Nowhere*. Oxford U.P., 1986.

Nedelsky, Jennifer. «The Puzzle and Demands of Modern Constitutionalism». *Ethics*, 104 (abril de 1994): 500-515.

Nelson, William. *On Justifying Democracy*. Londres, 1980.
Newport Herald, varios números. Rhode Island, Newport, 1762-1789.
Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987.
_____, ed. *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
_____. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991.
_____. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992.
Okin, Susan Moller. *Justice, Gender, and the Family*. Nueva York, Basic Books, 1989.
Onuf, Meter. *The Origins of the Federal Republic*. University of Pennsylvania Press, 1983.
Oteiza, Eduardo. *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*. E. Platense, 1994.
Paine, Thomas. *Political Writings*, ed. por Bernard Kuklick. Cambridge, Cambridge U.P., 1989.
Pateman, Carole. *Participation and Democratic Theory*. Cambridge U.P., 1970.
Patterson, Stephen. «The Roots of Massachusetts Federalism. Conservative Politics and Political Culture Before 1787». *Sovereign States in an Age of Uncertainty*. eds. R. Hoffman y P. J. Albert. The U.S. Capitol Historical Society, Univ. Press of Virginia, 1981.
Peach, Bernard. *Richard Price and the Ethical Foundations of the American Revolution*. Durham, N.C., Duke U.P, 1979.
Pennsylvania Packet, varios números. Filadelfia, Pennsylvania, 1777-1778.
Petracchi, Enrique. «Control judicial en la Argentina». *La Ley*, 1987-E., 731, sec. doctrina.
Pitkin, Hanna. *The Concept of Representation*. California, University of California Press, California, 1967.
Pole, J.R. *Political Representation in England and the Origins of the American Republic*. Nueva York, 1966.
Polishook, Irwin. *1774-1795 Rhode Island and the Union*. Evanston, Northwestern U.P., 1969.
Priestley, Joseph. *Lectures on History, and General Policy*. Dublín, 1791.
Quiroga Lavié, Humberto. *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires, 1985.

Ramella, Pablo. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 1960.
Rawls, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1971.
Raz, Joseph. «Principles of Equality», Mind, LXXXVII. 347 (julio de 1978).
_____. «Liberalism, Skepticism, and Democracy». *Iowa Law Review*. 1989: 761-786.
Ress, George. *El control constitucional de las leyes en la R.F.A*. Buenos Aires, 1988.
Riker, William. *Liberalism against Populism*. W.H. Freeman and Company, San Francisco, 1982.
Risjord, Norman. *Chesapeake Politics*, 1781-1800. Columbia U.P., 1978.
Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. México, 1984.
Saba, Roberto. Comentario en «La corte menemista», incluido en *No hay derecho*, 5, 1992.
Sabsay, Daniel. «Vers un nouveau ius commune? Tendances convergentes dans un monde qui est en train de se reduire». Manuscrito. Buenos Aires, 1995.
Sagüés, Néstor. *Recurso extraordinario*. Ed. Astrea, 1989.
Salvador Coderch, Pablo. *El derecho de la libertad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
Salvador Coderch, Pablo *et al.*, «Del servicio público al servicio a la comunidad». *Revista de Administración Pública*, 36 (enero-abril 1995).
Sánchez Viamonte, Carlos. *El Constitucionalismo. Sus problemas*. Buenos Aires, 1957.
Sandalow, Terrance. «Constitutional Interpretation». *Michigan Law Review*, 79 (abril 1981): 1033.
Sandel, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge U.P., 1982.
_____. «Morality and the Liberal Ideal». *New Republic*, 7 (mayo 1984).
Schmitt, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge, The MIT Press, 1992.
Schuckers, J. *A Brief Account of the Finances and Paper Money of the Revolutionary War*. Nueva York, 1978.
Schumpeter, Joseph. *Democracy, Capitalism, and Socialism*. Nueva York, 1976.

Shaeffer, John. «Public Consideration of the 1776 Pennsylvania Constitution». *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, XCVIII. 4 (octubre 1974).

Sherman, M., ed. *A More Perfect Union: Vermont becomes a State, 1777-1816*. Ed. Vermont, 1991.

Sieyès, Emmanuel. *Escritos y discursos de la revolución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Simon, Dieter. *La independencia del juez*. Barcelona, 1985.

Smulovitz, Catalina. «El poder judicial en la Nueva Democracia Argentina. El trabajoso parto de un nuevo actor». CEDES-CONICET, 1994.

Sparks, J. *Correspondence of the American Revolution*. Boston, 1853.

Storing, Herbert. *The Complete anti-Federalists*. Chicago, University of Chicago Press, 1981.

Strawson, P. F. «Social Morality and Individual Ideals». *Freedom and Resentment and Other Essays*. Londres, 1974.

Sunstein, Cass. «Pornography and the First Amendment». *Duke Law Journal*, 1986: 589, 612.

_____. *The Partial Constitution*. Harvard University Press, 1993.

_____. «Democracy and Shifting Preferences». *The Idea of Democracy*. ed. D. Copp, J. Hampton, y J. Roemer. Cambridge U.P., 1993.

Taylor, Charles. *Hegel and Modern Society*. Cambridge U.P., 1979.

The New Haven Gazette, varios números. New Haven, Connecticut, 1784-1786.

The New Jersey Gazette, varios números. Burlington, Nueva Jersey, 1777-1786.

The Providence Gazette and Country Journal, varios números. Providence, Rhode Island, 1762-1789.

The Wolfenden Report: «Home Office Report on Homosexual Offenses and Prostitution». Londres, 1957.

Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. Madrid, 1969.

Trassari, Francesco. «Dieci anni di attivita della Corte Costituzionale». *Il Politico*, 2, Univ. de Pavía, 1980.

Tushnet, Mark. *Red, White and Blue*. Harvard U.P., 1988.

Unger, Roberto M. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Harvard U.P., 1986.

Vanossi, Jorge. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires, 1976.

Varnum, James. *The Case, Trevett against Weeden*. Providence, 1787.

Vile, Maurice. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford, 1967.

_____. «The Separation of Powers», *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. ed. Jack Greene y J.R. Pole. Basil Blackwell, 1991.

Walker, Francis. *The Making of a Nation 1783-1817*. Nueva York, 1912.

Walzer, Michael. «Philosophy and Democracy». *Political Theory*, 9. 3 (1981).

Warden, G. «Inequality and Instability in Eighteenth-Century Boston: A Reappraisal». *Interdisciplinary Studies of the American Revolution*, ed. por Jack Greene y Pauline Maier (esp. p. 81), B. Hills, 1976.

Wechsler, Herbert. «Toward Neutral Principles of Constitutional Law». *Harvard Law Review*, 73. 1 (1959).

White, Morton. *The Philosophy of the American Revolution*. Oxford, Oxford U.P., 1978.

_____. *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*. Oxford U.P., 1987.

Wood, Gordon. «A note on mobs in the American Revolution». *William and Mary Quarterly*, XXIII. 4 (octubre de 1966): 635-642.

_____. *The Creation of the American Republic*, 1776-1787. Nueva York, 1969.

Young, Alfred. *The Democratic Republicans of New York. The Origins*. The U. of N. Carolina Press, 1967.

Zaffaroni, Eugenio. «El poder judicial y el poder». *El sistema penal argentino*, ed. por Zaffaroni, Eugenio *et al*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.

_____. «Dimensión política de un poder judicial democrático». *El Derecho*, 149 (1992).

ISBN: 978-9942-07-025-8

9 789942 070258

Corte Constitucional del Ecuador
Para el período de transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

www.corteconstitucional.gob.ec