

CÓMO APRENDÍ A ODIAR (Y A AMAR) LA DISCUSIÓN SOBRE CONTROL JUDICIAL

Juan F. González Bertomeu*

Miremos este espejo bruñido y reluciente
sin el engrupe falso de una mentira más...
Y vamos a encontrarnos con toda nuestra gente
mirándonos de frente sin ropa y sin disfraz...
Con toda nuestra carga pesada de problemas hagamos un teorema de nuestra
realidad...

–Eladia Blázquez (*Somos como somos*)

I. –¿Leíste la sentencia? –pregunté a mi interlocutor, profesor de derecho constitucional. Me refería a una decisión reciente de la Corte Suprema argentina, en la que se avanzaba de manera inusualmente atrevida en la protección de un derecho constitucional, al menos en los papeles—. Nada mal, ¿no? –insinué, mostrando un cauto optimismo. Percibí un gesto que denotaba cierta desilusión.

–La situación me deja con un gusto amargo –sostuvo mi colega—. Tengo que admitir que no está mal que los jueces hayan decidido así. Pero de alguna manera esto es aceptar que se puedan lograr buenos fines empleando malos medios. Después de todo, la decisión de la justicia no es democrática.

–Pero entonces, ¿estás a favor o en contra? –insistí.

–Bueno, no sé qué pensar –contestó—. Vivimos hablando de las ventajas que en teoría deberían tener nuestras instituciones políticas, y de los problemas de legitimidad de la justicia. Pero en definitiva, cuando aparece una de estas decisiones, celebramos todos.

* *J.S.D. candidate* (2009); *LL.M.* (2003), New York University. Profesor de derecho constitucional, Universidad de Palermo, Argentina.

La discusión sobre el control judicial de constitucionalidad es muy relevante; el problema es que a veces perdemos de vista exactamente por qué lo es. Este ensayo está motivado por nuestra tendencia (entre colegas constitucionalistas de América Latina) a recrear sin matices discusiones foráneas que no necesariamente tienen relación con el tipo de contexto que enfrentamos en la región. Me refiero, en particular, al debate sobre las objeciones democráticas al control judicial de constitucionalidad; al hecho de que jueces no elegidos directamente por el pueblo puedan invalidar las decisiones que éste adopta.

El diálogo anterior es ejemplo de la desorientación que nos genera advertir que la aplicación de ese debate a nuestro medio es conflictiva. El debate es hoy conocido en la academia, y en todo caso es probable que a usted, que llegó a leer este ensayo, le resulte ya familiar. No lo voy a reproducir con todos sus matices. Pero sí voy a centrarme en el corazón del debate: la llamada ‘dificultad contramayoritaria’ (en adelante, DC). Hacerlo nos permitirá reflexionar sobre el control constitucional en América Latina, y en todo caso nos abrirá puertas para reenfocar nuestras inquietudes.

El fin principal de este ensayo es mostrar que la objeción democrática al control judicial en la región no es especialmente fuerte. Esto está lejos de ser una justificación completa del control judicial, lo que quedará para otra oportunidad. El trabajo es además preliminar, y como tal tiene fallas. Generaliza y carece de evidencia empírica. Los países de la región son distintos entre sí, y sus experiencias en materia de control constitucional también lo son, como sugeriré hacia el final. Mis comentarios no serán pertinentes para analizar *todas* las situaciones que se presenten en *todos* los países. Pero incluso sin ofrecer evidencia empírica, confío que mi análisis cubrirá en conjunto una mayoría de casos.

II. Pese a tratarse de una preocupación más antigua, el término DC fue acuñado en 1962 por Alexander Bickel.¹ Aunque Bickel finalmente defendía el control judicial, con el término se refería a la tensión que se producía cuando funcionarios no elegidos por el pueblo –y que por eso carecían de legitimidad democrática– podían invalidar sus decisiones.

Pero, ¿cuál es el caso paradigmático que despierta la DC? Intentaré enumerar los elementos que considero centrales. El lector podría reaccionar con escepticismo a mi descripción. Podría pensar que estoy acomodando estos elementos de la manera que me resulta más conveniente para los fines de mi ensayo. No es mi objetivo sostener que lo que queda fuera de esos elementos (adelanto: mucho, casi todo) sea irrelevante para el debate sobre el control judicial. Pero como diré, ello debería configurar un debate *distinto*.

a. El caso presenta a un grupo mayoritario en la sociedad que decide implementar cierta política pública a través de la sanción de una ley en el Congreso. El grupo no es indiferente respecto de esta política: la adoptó porque genuinamente la prefiere frente a sus alternativas. Dado que alguien sostiene que esta ley viola la Constitución, la medida es impugnada ante la justicia. Los jueces, no elegidos mediante el voto popular, deben resolver. La decisión adversa de la justicia es definitiva: la norma pierde validez o vigencia. Ella queda expulsada del sistema jurídico (tal lo que sucede en tribunales cuyas decisiones tienen efectos *erga omnes*, como en varios países europeos) u otros elementos del sistema hacen que pierda vigencia en la práctica (como sucede en los Estados Unidos a nivel federal, por la operatividad de la regla de precedente). La decisión de la justicia es contemporánea a la mayoría apuntada. La justicia ha de decidir si el grupo que adoptó la norma, que sigue siendo mayoría, tenía derecho a hacerlo.

Este último punto puede sonar problemático. Usted podrá replicar, con razón, que la cuestión de la legitimidad democrática no es binaria sino de grados. Manteniendo constantes otras

¹ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press, 2da edición, 1986), páginas 16-22.

variables, actuar (judicialmente) contra una política preferida por una mayoría actual puede ser más problemático que actuar contra una política apoyada por el grupo mayoritario que la precedió. Pero a la vez, actuar contra esta última es más controversial que actuar contra otra adoptada anteriormente, y así sucesivamente. Como una relación de pareja, la legitimidad democrática es un bien que se va desgastando con el tiempo.

Pero veamos con más cuidado este punto. Para simplificar la discusión, imagine que existen dos grupos políticos mayoritarios. La manera más fácil de hacerlo es pensar a los grupos como divididos en torno a políticas determinadas: eso es lo que, en definitiva, separa mayorías de minorías. Pero esto sólo arrojará resultados binarios. Un grupo será mayoría respecto de una política, y el otro lo será respecto de otra. Pensemos en un supuesto más realista, y a la vez más ventajoso para los defensores de la DC, ya que implica una mayor estabilidad de las coaliciones mayoritarias. Los ciudadanos votan por candidatos o partidos mínimamente alineados ideológicamente. De acuerdo con las reglas del sistema electoral, un grupo de ellos se transforma durante un período en mayoritario. Uno de los grupos mayoritarios de nuestro ejemplo sucede entonces al otro.

El primer grupo (M1) adopta una política, P1, respecto de la cual tiene un interés mínimamente intenso. Con el tiempo, M1 es reemplazado por otro grupo, M2. M2 tiene la opción de repudiar o no P1. Desde luego, tiene muchas otras cosas que hacer (los recursos legislativos son escasos). Existen cuatro supuestos, de acuerdo con la intensidad y la dirección de las preferencias de M2. Éste puede estar de acuerdo o en desacuerdo con P1, intensa o no intensamente. Cabe pensar que M2 optará por mantener P1 cuando a pesar de estar en desacuerdo su preferencia sea débil, y cuando esté de acuerdo, sea fuerte o débilmente. Optará en cambio por reemplazar P1 cuando esté en desacuerdo con suficiente intensidad.

En el último supuesto, la cuestión de la DC es simple. O no existirán casos judiciales alrededor de P1 (su reemplazo llegará antes) o los existentes serán influidos de alguna manera por una nueva política, P2. La legitimidad democrática de P1 queda reemplazada por la de P2. En el primer supuesto, en los casos en que la política es fuertemente preferida por M2, la DC es la que conocemos. Quedan los dos casos en que M2 no tiene una preferencia fuerte. Si la preferencia débil es por rechazar P1, la DC no se configura. Nada indica que, en este supuesto, debamos preferir la preferencia fuerte de una mayoría que ya no existe. Si lo es por tolerarla, tampoco se configura, al menos desde el punto de vista de M2. Los casos que conocemos como ejemplos paradigmáticos de DC (muchos de ellos del contexto estadounidense) se refieren a elecciones claras de la ciudadanía o sus representantes en temas mínimamente sensibles. Más adelante menciono algunos.

Podría pensarse que en este último supuesto (apoyo relativamente indiferente de M2 a P1) igualmente existe un problema, porque se estaría yendo en contra de M1. Estoy dispuesto a extender el paraguas de la DC a este caso. Pero no creo que sea problemático evitar tal extensión. Como diré, la discusión alrededor de la DC nació como una reacción a un problema tangible, vinculado con la invalidación judicial de políticas favorecidas por un grupo mayoritario en un momento concreto. El objeto de esa intervención eran temas (por caso, la igualdad racial, el aborto, el alcance del poder regulador del Estado) sobre los que los grupos políticos no podían ser indiferentes. Desde luego, ateniéndonos a las *formas* del argumento, podemos criticar que un juez invalide un artículo de una ley olvidada de pesca, sobre la cual la mayoría nunca se detuvo a reflexionar. Técnicamente, el juez estaría actuando contra una política democrática. Pero la discusión sobre la DC suele ser bien distinta: suele involucrar drama y pasión, no sólo formas.

b. El caso no termina aquí. Pues la dificultad mayor es que estos órganos públicos (jueces y legisladores) discrepan entre sí respecto de la interpretación correcta del texto constitucional.

Están en desacuerdo respecto de si la norma viola o no la Constitución, de la misma manera que los propios legisladores (mayorías y minorías) podrían estarlo entre sí. Dado que podría no existir objetividad en la interpretación de los alcances de la cláusula constitucional que se presume violada, y que podría existir más de una lectura admisible, la decisión final habría de corresponderle a los legisladores. Ello por varias razones, pero especialmente en procura de respetar el principio democrático de autogobierno colectivo.

En este ensayo no voy a argumentar sobre la justificación del control constitucional en casos que cumplan estos supuestos. No porque crea que no haya nada para decir (pienso más bien lo contrario) sino justamente porque mi argumento principal es que la mayoría de los casos con los que nos encontraremos en la región *no* cumplen con estos elementos. Y porque, en consecuencia, quisiera decir algo sobre esto último.

III. Describí, en esencia, el tipo de caso sobre el que giró la discusión sobre la DC. Pero, ¿primero fue el caso, o primero la discusión? En los Estados Unidos, el país con mayor tradición de control judicial, y en donde se acuñó el término DC, los debates surgieron alrededor de problemas concretos. Desde el período post-colonial existieron dudas en torno a los peligros que podía representar una justicia no elegida democráticamente y armada con el poder de invalidar decisiones políticas. En una sociedad dividida ideológicamente en torno a cuestiones acuciantes, el transcurso del tiempo implicó que *todos*, en algún momento y por turnos, defendieran y criticaran a los jueces. Cuando el poder político estuvo en manos de fuerzas más progresistas que los jueces (como, por caso, a principios del siglo veinte con la vigencia de la doctrina “Lochner”), la crítica al control judicial provino de los sectores más progresistas. A la inversa, cuando el progresismo se atrincheró en los estrados judiciales (como durante las décadas de los

cincuenta y sesenta del siglo pasado, de la mano de la Corte Warren), fueron los conservadores quienes embistieron contra los tribunales.²

Pero, ¿por qué tanta ansiedad en torno a posibles decisiones judiciales? La ansiedad se explica por una serie de factores peculiares, algunos ya anticipados, que confluyeron en la práctica política e institucional estadounidense. Estos factores moldearon el debate en los términos singulares que conocemos. En primer lugar, los jueces a nivel federal, y en última instancia la Corte Suprema, cuentan formalmente con independencia funcional. Son inamovibles mientras dure su buen desempeño, pero además cumplen su función sin plazo.³

A comienzos de la experiencia institucional estadounidense, estas condiciones formales no estaban del todo aseguradas en la práctica. Con el tiempo, sin embargo, se consolidaron. Los jueces federales, incluyendo a los miembros de la Corte, desempeñan sus funciones durante un largo período. Esta tendencia ha sido reforzada en tiempos recientes por dos circunstancias. Primero, una extensión en las expectativas de vida. Segundo, la práctica de designar jueces jóvenes, que puedan durar en el cargo. Esto no quiere decir que la política no influya sobre el accionar de los jueces. Lo hace y es deseable que lo haga bajo ciertos supuestos. Pero esos métodos, más o menos sutiles, no llegan a ataques directos e indiscriminados en contra del poder judicial.

Como los jueces cumplen funciones durante un lapso largo de tiempo, la importancia estratégica de su designación —o del momento que aquellos más políticamente alineados escogen para renunciar— es enorme. Pero esto es así especialmente porque la sociedad estadounidense está dividida en torno a cuestiones éticas y políticas centrales: desde el aborto, la pena de muerte y la protección de los individuos frente al poder punitivo estatal, a las políticas de acción afirmativa

² Para una visión crítica de este punto, como parte de una estrategia general de censura del control judicial, véase Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Harvard University Press, 1997), páginas 299 y siguientes.

³ Un juez puede ser inamovible mientras dure su plazo limitado en el ejercicio de la función.

en beneficio de grupos desaventajados. Sucede usualmente que quien adopta una posición determinada respecto de uno de estos temas adopta una posición similar respecto de los otros, lo que ilustra la existencia de contornos político-ideológicos bien diferenciados en la discusión pública. En una sociedad dividida en torno a una serie de temas que suscitan actitudes intensas, es entendible que una decisión judicial zanjando la cuestión sea tomada de mal modo por quienes pertenezcan a la mayoría política en el momento.

No debemos olvidar, por otro lado, que la Constitución estadounidense es presa de su historia. Aunque la frase parezca tautológica –entre las funciones que las constituciones tienen está la de preservar un núcleo de valores hacia el futuro—, ella tiene un significado especial en este contexto. Parte de los problemas de indeterminación interpretativa en los Estados Unidos se deben a la relativa parquedad de la carta de derechos incluida en la Constitución, y a la dificultad de ampliarla debido a la rigidez de su texto. De esto dan cuenta los intentos infructuosos de F. D. Roosevelt en 1944 por insertar derechos sociales, o del movimiento feminista durante los setenta para ampliar la protección de las mujeres a través de la *Equal Rights Amendment*. En el período fundacional, lograr reunir el consenso de tres cuartas partes de los estados, necesario para ratificar una reforma, implicaba convencer a la mayoría del electorado en *diez* estados. Hoy implica hacerlo en *treinta y ocho*, algo muy difícil de lograr en las condiciones de fuerte pluralismo apuntadas. Dada la rigidez del texto, toda la ansiedad queda atrapada en torno a la potencialidad de ciertas lecturas y relecturas judiciales. Pero justamente su parquedad potencia la brecha interpretativa, lo que en un contexto de desacuerdo radical genera las condiciones para extender la discusión a la propia existencia del control judicial.

En un sistema político estable, en el que los jueces gozan en la práctica de independencia funcional, y en el que modificar la Constitución es un proceso tortuoso, es difícil ignorar las decisiones judiciales. Esto no quiere decir que la implementación de estas decisiones sea siempre sencilla. De hecho, los jueces aspiran a que sus fallos sean cumplidos, y por eso saben

que deberán ser genuinamente aceptados por las agencias del gobierno. Por eso saben qué batallas pelear y en qué momento. Y a veces la implementación sencillamente fracasa. Pero como regla, las decisiones judiciales no son irrelevantes. Por ello, quienes buscan avanzar en la protección de cierto valor que no puede ser afianzado en otros ámbitos reivindican el accionar de los jueces. Quienes, en cambio, temen una decisión adversa a la solución escogida por el poder político para zanjar provisoriamente el desacuerdo, apuntan sus armas contra ellos.

Para añadir dramatismo, entra a escena otro hecho peculiar de la experiencia estadounidense. La función del control de constitucionalidad no está (en el mejor de los casos) atribuida explícitamente en el texto o (en el peor) no lo está siquiera implícitamente. No todos los países del mundo comparten este rasgo. En algunos países en los que la institución nació primero en la práctica, ella quedó luego incorporada al texto constitucional. Tal vez no sea casual que el debate alrededor de la existencia del control judicial haya sido más agudo en sociedades en que éste no estaba explícitamente habilitado por la Constitución, al menos de la manera en que terminó siendo empleado. Esto es lo que sucedió en los Estados Unidos y Francia.⁴ En casi todos los países con una tradición significativa de control judicial se discute, incluso agriamente, sobre las decisiones judiciales. Como dije, esto es saludable. Pero no en todos estos casos la discusión cuestiona la propia existencia del control judicial.

III. Uno de los rasgos principales que dieron pie a la DC en los Estados Unidos es la existencia de un desfase entre jueces y mayorías políticas. A partir de ciertos casos que generaron resquemor en la clase política, la academia de ese país comenzó a ocuparse del tema, desatando una ‘obsesión’ que insumió décadas y que aún no se apaga.⁵ Ello a pesar de que, como varios

⁴ Oí esta idea de Pasquale Pasquino.

⁵ Sobre la obsesión alrededor de la DC, véanse dos trabajos de un mismo autor; Barry Friedman, “The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship” (95 Nw. U.L. Rev. 933); y Barry Friedman, “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five”, 112 Yale L.J. 153 (November, 2002).

autores han demostrado, tal supuesto desfase no se observa tan a menudo.⁶ En el mediano plazo, jueces y mayorías tienden a confluír en una posición. El sistema institucional alienta esta confluencia, sea porque los jueces finalmente se ‘rinden’ a la presión política, o porque la comunidad o el sistema político termina siendo genuinamente influido por las decisiones de los jueces. Esto no resta toda relevancia a la discusión. Al final de cuentas, aunque así fuera, seguiría siendo cierto que los jueces tienen en sus manos invalidar hoy una política adoptada ayer. La confluencia en el mediano plazo no borra esta circunstancia. Pero le quita dramatismo al tema, y con ello debería tal vez quitarle algo de su énfasis.

Si esto es así en los Estados Unidos, un sistema político cuyo potencial mayoritario podría incluso ponerse en cuestión, ¿qué decir de la discusión sobre la DC *fuera* de ese país? A continuación esbozo algunos comentarios sobre la situación en América Latina. Con las prevenciones metodológicas mencionadas al inicio, mi conclusión es fuerte: *en el caso paradigmático que da lugar al control judicial en la región, la DC no existe*. No, al menos, de la manera en que quedó descripta. O no con la frecuencia necesaria como para representar un verdadero problema; la institución del control judicial no debería evaluarse sólo en relación con un problema marginal.

Es cierto, el que nos enfrentemos a la DC una sola vez en cien años no hace que la práctica del control judicial *en ese momento* sea menos problemática de acuerdo con los propios términos de esta discusión. Por más que sea una sola, la política en cuestión puede ser muy importante, y podemos exigir por ello que sea decidida por los poderes políticos en vez de por los jueces. Pero supongamos que admitiéramos que la existencia de la DC en un caso aislado cierra la posibilidad

⁶ Un texto clásico sobre el tema es Robert A. Dahl, “La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo (Argentina)*, Año 8, Número 1, páginas 83-99. Véase también Barry Friedman, “Constitucionalismo Popular Mediado”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo (Argentina)*, Año 6, Número 1, páginas 123-160.

de justificar el control judicial. ¿Por qué ello debería invalidar la práctica general del control judicial, que podría seguir conservando valor en todos los otros casos?

Este último comentario obliga a una breve digresión, relacionada con el propio concepto 'control judicial de constitucionalidad'. Pues si insistimos en emplearlo en sentido estricto, asociado directamente al debate estadounidense que dio lugar a la DC, su aplicación en la región será excepcional. Pero deberíamos resistir esta interpretación. Así, el concepto debería extenderse a todo tipo de caso en que un juez interpreta el sentido de un principio constitucional, esté o no analizando la validez de una norma (emanada del Congreso o del Ejecutivo y sus agencias).

Resumamos entonces los elementos centrales del debate sobre la DC: a) una mayoría de la sociedad dispuesta a implementar cierta política por medio de una ley que alguien considera inconstitucional; b) su impugnación ante la justicia, independiente y no elegida mediante el voto popular, la que debe decidir contemporáneamente sobre su validez; c) una discrepancia aguda en la interpretación de la Constitución; y d) una Constitución difícil de reformar. En el contexto estadounidense, recordemos, se sumaba e) una discusión en torno a la existencia de autorización constitucional para ejercer el control judicial. Para un grupo que hoy es mayoritario, el problema de la DC tiene que ser tan importante como para querer prescindir de la actuación judicial al precio de quedarse sin ella en el futuro, llegado el caso en que el grupo se convierta en minoría.

Comencemos por el primer supuesto. Sostener que toda vez que en un país de la región se aprueba una ley es porque una mayoría de la sociedad quiere implementar una política implica aceptar una serie de presuposiciones. En especial, que los sistemas políticos latinoamericanos son suficientemente representativos de los intereses y preferencias de la población. Y que los ciudadanos tienen una mínima capacidad de influencia en la discusión pública. Podrá pensarse

que ésta es una visión demasiado exigente de la democracia. Que si aceptamos esta visión, luego no quedará otro remedio que aceptar también que ella no funciona en la práctica.

Pero esta visión es, más bien, *poco* exigente. Justamente estoy intentando desnudar el concepto de democracia de demandas cuyo cumplimiento puede ser más costoso, como –por caso– una exigencia robusta de deliberación pública, extendida e imparcial, previa a la toma de decisiones. Pero como mínimo debemos exigir de nuestros sistemas políticos que los canales de representación estén suficientemente abiertos, que sean receptivos a los intereses y a los cambios de preferencias de la población, y que exista cierto nivel de discusión y transmisión de información. De otro modo no se justificaría por qué –al criticar el control judicial– reivindicamos la toma de decisiones por parte de una mayoría de la clase política.

El control judicial de constitucionalidad lidia con valores que por varias razones estimamos muy importantes. La discusión aquí no es sobre esos valores, al menos considerados de manera abstracta. El punto no es si debemos contar con una Constitución que obligue a los poderes constituidos sino quién debe ser su –último– intérprete. Confiamos en la regla de mayoría porque pensamos que ella puede ser un buen mecanismo para generar interpretaciones aceptables de la Constitución. En algunos casos este mecanismo puede no funcionar; pero si funciona, probablemente lo sea porque está acompañado de requisitos mínimos como los apuntados arriba. Por sí sola, por arte de magia, la regla de mayoría no transforma una política en correcta o constitucional.

Suponiendo que el sistema político estadounidense pasa este test, algo que en absoluto es obvio pero que escapa al alcance de este ensayo, ¿lo pasan nuestros sistemas políticos? ¿Podemos sostener con confianza que las mayorías políticas representan genuinamente a la mayoría de la población? Responder a estas preguntas es muy complejo. Como acabo de señalar, depende en parte de una toma de posición valorativa y conceptual sobre qué es lo que exige el

funcionamiento adecuado de un sistema representativo. Pero no creo ser imprudente si tiendo a dudar que la respuesta sea categóricamente afirmativa. La mayoría de los sistemas políticos en la región son deficientes. Por mencionar algunos de sus problemas, los Ejecutivos suelen sobreponerse al Legislativo, éste no siempre actúa brindando soluciones eficaces, los partidos políticos no tienen una estructura interna democrática, y la corrupción no es un fenómeno aislado. La ciudadanía no está conforme con sus instituciones políticas.

A esto se suma una circunstancia relacionada, vinculada con otro de los supuestos. Podríamos preguntarnos si en nuestras sociedades existen discrepancias radicales sobre cuestiones sustantivas. La respuesta tal vez sea que sí, pero en oportunidades el desacuerdo se vuelve invisible por la opacidad de las instituciones políticas y la ausencia de arenas adecuadas para ventilarlo. Con frecuencia, las discusiones de la clase política, no ya de la propia comunidad, giran más en torno a intereses de corto plazo —más o menos vinculados con la preocupación por mantener o conseguir poder político— que alrededor de genuinos desacuerdos interpretativos. Nuestras sociedades son, además, fuertemente injustas y desiguales. Las violaciones a los derechos, no importa qué método interpretativo escojamos para leer la Constitución, abundan; sectores importantes de la población están excluidos en términos sociales y económicos.

Pero al mismo tiempo, sostener que los tribunales han sido particularmente activistas o independientes de los poderes políticos es una exageración. Pues a pesar de ciertas diferencias en la región, más bien ha sucedido lo contrario. Ello incluso cuando los textos constitucionales son mínimamente claros respecto de la autorización para ejercer el control judicial, lo que parece suceder en la mayoría de los países. En muchos de los casos en que los jueces efectivamente invalidan normas, lo hacen cuando el grupo mayoritario que las adoptó (suponiendo que coincide con la mayoría de la población, un punto sobre el que extendimos nuestras dudas) no está ya en el poder. O si lo está, las decisiones no tienen el filo suficiente como para que representen la última palabra en el tema: su implementación es frágil, y en varios

de los sistemas la falta de regla de precedente debilita su fuerza. Las constituciones, además, no son tan rígidas como la estadounidense, una razón para celebrar y temer al mismo tiempo.

Al oponerse al control judicial, uno puede negar que existan los problemas indicados (por ejemplo, las violaciones a los derechos antes identificadas). Uno puede también aceptar que estos problemas existen, pero negar que los jueces puedan brindar una solución, incluso una solución parcial. Pero fuera de este supuesto, es extraño resistirse al control judicial una vez que admitimos que la realidad no se parece mucho a la idea que teníamos de ella.

IV. Hasta ahora hablé poco de los jueces. Esto no quiere decir que su actuación sea siempre incuestionable. Pero los problemas que tiene la justicia son *distintos* a los relacionados con la DC. O, como dije, los casos en los que la DC podría configurarse no son recurrentes.

En primer lugar, como apuntaba, los jueces han sido demasiado (y no demasiado poco) deferentes hacia los poderes políticos. Si en los países de la región hiciéramos el experimento de preguntar a la comunidad si el problema (suponiendo que hay uno) es que hay *poco* control judicial o *mucho* control judicial, la respuesta más usual sería la primera. Supongamos que un ‘constitucionalista popular’ estadounidense, el profesor M.T., aterrizara en la región.⁷ En Argentina, por caso. En teoría, la actitud deferente mencionada debería ponerlo contento. Después de todo, la mayoría democrática tendría la última palabra en torno al significado de la Constitución.

Pero por las razones mencionadas, la situación *no* lo pondría contento. Los vínculos de representación política en Argentina son débiles. Por eso no podemos presumir sin más que las

⁷ ‘Constitucionalismo popular’ es el nombre de una corriente de pensamiento en boga en los Estados Unidos, que con diferencias de matices reivindica la necesidad de que el pueblo –o sus representantes– sea el último intérprete de la Constitución. Trabajos representativos de esta corriente son Larry Kramer, *The People Themselves* (Oxford University Press), y Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton University Press). La mejor defensa de los fundamentos normativos de esta posición se encuentra en Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999), y Jeremy Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006).

decisiones de una mayoría eventual de legisladores sobre un tema constitucional equivalen a la voz –más o menos– reflexiva de la ciudadanía. Desde luego, para M.T. un control judicial más agresivo podría estar justificado *aun* cuando pensara que la decisión *es* efectivamente la voz del pueblo. Podría pensar, por ejemplo, que en el país las violaciones a los derechos son demasiado importantes como para que esa voz del pueblo sea la voz última. Pero si incluso tenemos razones para sospechar que esas decisiones políticas son siempre una genuina representación de los intereses de la población, ¿por qué M.T. estaría en contra de la posibilidad de una mayor intervención judicial? El constitucionalista popular en la región debería reconciliarse con la idea de que el control judicial puede tener un rol más importante del que (en otro contexto) podría otorgarle.

No es que los problemas de legitimidad desaparezcan en sociedades con sistemas políticos deficientes. Pero adquieren otra configuración. Debilitado el vínculo entre la comunidad y sus representantes, las decisiones de éstos también podrían –en alguna medida; a veces– no ser mayoritarias. La justicia podría contribuir entonces a acercar ciertas decisiones a la comunidad y a reestructurar el debate público, colocando en la agenda temas postergados, y tal vez ayudando (finalmente) a configurar mayorías y minorías alrededor de estos temas. Irónicamente, si esta intervención fuera completamente exitosa en el largo plazo, terminaría restando justificación futura a la actuación judicial (si es que, por caso, la DC llegara a ser asfixiante).

Pero desde luego, la justicia no siempre ha contribuido en esta dirección. Mayor ‘independencia’ judicial parece ser necesaria. El problema es que, debido a su ambigüedad, el propio concepto de independencia es limitado. ¿Qué tipo de independencia? ¿Cuánta? Reclamamos que los jueces estén bien armados para actuar en contra del gobierno, como mínimo en casos en que éste haya violado la Constitución (en casos en los que la brecha interpretativa sea menos importante que el daño en sí). En algunos países de la región tal vez lo estén. Pero sabemos que el tipo de

medidas y salvaguardas que pueden ser necesarias para afianzar esta independencia puede terminar aislando excesivamente a los jueces de la sociedad o del propio sistema político.

Y esto es lo que ha ocurrido con frecuencia. En casos en los que los intereses del gobierno están directamente involucrados, la justicia suele actuar de modo deferente. En casos en los que, en cambio, el gobierno es indiferente, los jueces (al estar a la vez despegados de controles ciudadanos) se amparan libremente en sus preferencias políticas o ideológicas. Esas preferencias, con frecuencia, han implicado una lectura restrictiva de la Constitución.

Éste es uno de los riesgos mayores del control judicial. Que falle doblemente: que no logre frenar al poder político en casos en que debería hacerlo, y que en otros casos imprima a sus decisiones un sello demasiado poco generoso con los compromisos constitucionales. Ambos problemas se vinculan con la existencia de credenciales democráticas de órganos políticos y jueces; con la distancia relativa entre éstos y la ciudadanía. Pero en ningún caso estos problemas son idénticos al de la DC.

El balance de la relación entre el sistema político, la actividad judicial y el control ciudadano es muy delicado. La justicia debe acercarse a la ciudadanía, para contribuir a promover la discusión pública que el sistema político sólo parcialmente promueve, y para que los jueces no sean libres de decidir en base a sus preferencias. El juego funciona en ambas direcciones. Pero 'control ciudadano' es también un término ambiguo, y cuando lo empleamos lo hacemos de modo sesgado. La 'ciudadanía' está compuesta por todo tipo de intereses, y si los jueces tuvieran que responder *siempre* a lo que la mayoría reclama (suponiendo que pudiera determinarse cuál es esa mayoría sin intervención de los poderes políticos), podríamos volver al comienzo de la discusión. Es decir, al tipo de preocupación por posibles violaciones constitucionales que, en otros contextos, motivara la necesidad del control judicial, disparando en consecuencia las voces críticas agrupadas detrás de la DC.

En ocasiones, las mayorías podrían impulsar medidas aun más restrictivas de los derechos que las interpretaciones de los propios jueces. Desde luego que estoy simplificando la cuestión: con frecuencia, los casos constitucionales presentan un conflicto de derechos antes que un problema de interpretación de un derecho aislado. Por eso es que lo que de un lado puede verse como una mirada restrictiva, del otro lado (respecto del otro derecho y de quien lo reivindica) podrá verse como una mirada generosa.

Pero pensemos, por ejemplo, en el problema de la inseguridad ciudadana. Es usual que, ante un nuevo brote de inseguridad (o la explotación mediática del tema), exista cierta proclividad a reclamar por castigos más severos y 'mano más dura'. Por supuesto, en condiciones ideales de deliberación la sociedad podría reflexionar que éste no es el camino más adecuado para lidiar con el delito. Pero en nuestros sistemas políticos, una justicia que inicialmente prometiera mayor protección contra el poder punitivo estatal, pero que dependiera excesivamente del 'control ciudadano', podría terminar cediendo a los reclamos. Cuando pedimos mayor control ciudadano de la justicia, como creo que debemos hacerlo, debemos ser conscientes de este peligro. La 'ciudadanía' no son solamente los medios u organizaciones de la sociedad civil que estimamos más comprometidos con nuestra visión de los valores constitucionales.

Desde luego, que el sistema político genere (o no reaccione ante) violaciones de derechos no implica que los jueces deban tener vía libre para legislar o diseñar políticas públicas. Esto es especialmente claro en el caso de deficiencias estructurales que produzcan violaciones sistemáticas, sea de derechos civiles, políticos o sociales. La intervención judicial, aunque necesaria, debe ser cautelosa. Pero esto no es así (o no lo es solamente) porque los jueces carezcan de credenciales democráticas, sino por sus limitaciones en términos de información y conocimiento técnico. Porque, además, una intervención temeraria en un contexto de escasez podría generar un desbalance presupuestario que produjera consecuencias incluso más negativas que la propia situación que se buscaba solucionar. Y porque los jueces enfrentan la

posibilidad de que su intervención sea rechazada por el poder político o parte de la sociedad. El punto aquí no es tanto el argumento *normativo* de la falta de credenciales cuanto la cuestión *positiva* (relacionada con aquel argumento pero no idéntica) de que sus fallos deben ser aceptados para poder ser implementados.

Es en este contexto que debe entenderse la necesidad de que, en casos de violaciones estructurales, los jueces promuevan una mayor participación de la sociedad y los poderes políticos en el diseño de un remedio. Con su actuación, podrían contribuir a reforzar el sistema político, para que las soluciones se canalicen por su intermedio. Este rol de la justicia puede ser muy importante. Pero no debemos exagerar este punto. Imaginemos una situación en la que existe una violación tal y en la que esté probada la indolencia de los poderes políticos. Si los jueces no intervinieran, los poderes políticos tampoco lo harían. Supongamos, como ejercicio teórico, que la opción de involucrar a distintos actores en el diseño del remedio y el monitoreo de su implementación estuviera cerrada, y que las opciones fueran sólo dos: que la justicia intervenga señalando directamente un remedio, o que no intervenga en absoluto. Si la violación existe y es tan grave, todos estaríamos de acuerdo en que la justicia debería intervenir, y el problema de legitimidad no sería un obstáculo insalvable.

V. Por supuesto que la justicia no tiene credenciales democráticas. Por grandes que sean las deficiencias de los poderes políticos, sus títulos en este nivel serán siempre superiores a los de los jueces. Por eso es que sería deseable que las decisiones que llegan de la mano de la justicia (cuando ella enmienda una violación constitucional) no debieran tomarse o se tomaran en la arena política. Pero esto pareciera no suceder en muchos casos. Y el problema entonces es qué hacer. Supongamos que un amigo está enfermo y decide acudir al médico. ¿Criticaríamos esta

decisión, diciéndole que no debería necesitar hacerlo, pues en condiciones ideales no debería enfermarse?⁸

Usted dirá que el problema mayor es que la Constitución no es objetiva, y que los jueces no están mejor armados que el poder político para determinar su significado. En efecto, esto podría ser un problema, y antes apunté algunos de los riesgos que la justicia podría representar, entre ellos su completa autonomía de los intereses de la ciudadanía. Pero recuerde que el fin de este ensayo no era ofrecer un argumento categórico a favor del control judicial, sino más bien derribar el principal argumento en su contra. Las respuestas en el diálogo del comienzo ejemplifican el tipo de reacción sobre el que construí el trabajo. Es la reacción de quienes están genuinamente preocupados por la vigencia de los derechos de los más débiles, pero que a la vez están ocupados en un debate sobre la legitimidad de la intervención judicial que es exagerado. Las violaciones a los derechos en nuestros países existen o no existen. Si existen, como creo que sucede, no tiene mucho sentido pontificar las virtudes de un hipotético sistema democrático ideal, en el que no necesitaríamos control judicial.

En suma, ¿debemos estar en contra del control judicial en América Latina? No. ¿Entonces no hay nada por discutir? En absoluto. Como comencé a sugerir en este ensayo, la discusión no se agota en la dicotomía control judicial 'sí' o 'no'. Existen muchas cuestiones para analizar, aun cuando nuestra respuesta a la primera pregunta sea afirmativa. Porque paradójicamente, los poderes judiciales de la región padecen muchos problemas, desde falta de independencia a falta de cercanía con la sociedad. Pero entre esos problemas, la DC es marginal.

De hecho, los países de la región han escogido formas muy variadas, y en algunos casos sofisticadas, para estructurar el control judicial de constitucionalidad.⁹ Las condiciones

⁸ El ejemplo podría formularse de cualquier otro modo; no es mi objetivo jugar con la idea de que los jueces son "médicos" constitucionales.

políticas, los rasgos culturales y la historia de los países no son idénticas entre sí. Tanto en términos normativos como positivos, estas diferencias ofrecen un escenario fértil para estudiar el control judicial. Ellas invitan a formular preguntas y análisis que serán cercanos a nuestras necesidades. Por ejemplo, sobre la calidad de los jueces, la manera en que deciden, las consecuencias de sistemas distintos de designación, los modos de acceder a los tribunales, el nivel de independencia existente y deseable, la cercanía de la justicia con la comunidad, y la implementación de los fallos.

Si el tipo de caso que (en un contexto distinto) dio lugar a la DC es marginal en nuestra región, si las violaciones constitucionales son palpables, y si la gente parece bregar por tener mayor (y no menor) control, ¿por qué los académicos deberíamos seguir insistiendo que la DC es un tema real? Una de las razones que explican esta fijación es comprensible. El debate sobre las objeciones al control constitucional es sensual; intenta recrear dramas y pasiones propios de la política democrática. Pero con frecuencia, nuestra representación de segundo orden de este drama termina quitándole algo de su ardor, vaciándolo y dejándonos sólo sus formas.

Esto no sería problemático si nos sobrara tiempo para dedicar nuestros esfuerzos a lidiar con problemas que sí son concretos y reales. Entre ellos los vinculados con la actuación de nuestras instituciones, incluida la justicia. Pero si algo le falta a la academia jurídica latinoamericana, mayormente sin dedicación completa y mal paga, es energía que derrochar. Y si algo sobra en la región son problemas reales que atacar.

⁹ Como una primera aproximación a estos sistemas, véase Patricio Navia y Julio Ríos-Figueroa, "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies*, Vol. 38, No. 2, March 2005, páginas 189-217.