

UN PAPEL RENOVADO PARA LA CORTE SUPREMA. DEMOCRACIA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Roberto Gargarella

Introducción

El propósito de este trabajo es el de re-pensar el papel de la Corte Suprema en el nuevo siglo. Si se pretende volver a pensar la tarea de la Corte ello no se debe, meramente, a un ánimo favorable al cambio. Se trata de reflexionar sobre la misión de la Corte a la luz de los numerosos problemas que han surgido, desde su creación, para justificar el sentido y alcance mismos de dicha misión. En este escrito, sostendré que es posible definir la tarea de la Corte un modo que haga compatible la labor del máximo tribunal con el debido respeto que merece la autoridad democrática (de la ciudadanía y sus representantes). Ocurre que, según veremos, algunos críticos del poder judicial –y, en particular, del control judicial de constitucionalidad- consideran que cualquier decisión de la Corte limitando la validez de una ley implica, directamente, una “ofensa” a la democracia

En el camino hacia una conclusión, realizaré fundamentalmente dos “escalas.” En la primera, examinaré el problema conocido como “la dificultad contramayoritaria” (es decir, la dificultad que existe para justificar, dentro de un sistema democrático, que el poder judicial pueda desafiar una norma dictada por el poder político). Analizaré críticamente, entonces, algunos de los argumentos que se han ofrecido para resolver la citada dificultad. En la segunda “escala,” mientras tanto, me ocuparé de examinar críticamente el problema de la interpretación constitucional. La razón de este segundo apartado es la siguiente. Según diré, los problemas de legitimidad democrática de la justicia se expanden o (hipotéticamente) se disuelven, en relación proporcional con el menor o mayor impacto que adquiera el problema interpretativo. Es decir, cuanto más serios sean los problemas de la interpretación constitucional, más serias se tornan las dificultades para justificar el control judicial, y viceversa.

Finalmente, en la tercera y última sección de este texto, presentaré una posible vía de salida a los problemas antes explorados, que se basa en una reconsideración sobre la relación “poder judicial-teoría democrática.”

1. Dos problemas

Son dos, al menos, los problemas que afectan al poder judicial poniendo en riesgo la justificación de su tarea de control de constitucionalidad. Uno de ellos tiene que ver con las dificultades propias de la interpretación constitucional, mientras que el otro se vincula con la famosa cuestión de la legitimidad democrática de la justicia.

i) Un modo posible de acercarnos al primero de los problemas citados sería el siguiente. Partamos, en primer lugar, de lo que Jeremy Waldron ha denominado “el hecho del desacuerdo,” un dato que se constituye en marca esencial de las sociedades contemporáneas, y que dice que vivimos en sociedades plurales, en las que estamos divididos por desacuerdos profundos relacionados con cómo pensar y resolver los principales dilemas morales a los que nos enfrentamos. Según Waldron, este tipo de desacuerdos hacen que difiramos acerca de cómo resolver cuestiones tan básicas como cuál arreglo económico puede considerarse justo, cómo resolver la cuestión del aborto, cómo evaluar la eutanasia, qué política penal adoptar, cuál es la dimensión protegida por la idea de privacidad. Sin embargo, agrega el autor neocelandés, a pesar de todo lo

que nos separa en materia valorativa, queremos seguir viviendo en sociedad, queremos seguir estando juntos, no queremos que nos eventuales desacuerdos tornen imposible nuestra convivencia. Estas son, según Waldron, las características principales de las sociedades democráticas modernas: el desacuerdo y –por el y a pesar de él- la voluntad de seguir conviviendo juntos.

En principio, uno podría pensar que ese tipo de circunstancias no sólo no perjudican la labor de los jueces sino que, en definitiva, y simplemente, les ofrecen a ellos la materia prima de su trabajo. Necesitamos jueces -alguien podría decir- para poder resolver de modo pacífico nuestros desacuerdos y hacer posible la convivencia que nos interesa mantener. Sin embargo, las cosas son menos sencillas de lo que parecen porque, y éste es el núcleo de la argumentación de Waldron, los profundos desacuerdos que nos separan no culminan sino que se mantienen (o se agudizan) cuando leemos el derecho y tratamos de “descifrar” el contenido “real” del mismo, es decir, cuando tratamos de interpretarlo. Si contásemos con fórmulas más o menos precisas para la interpretación del derecho y, en particular, para la interpretación del significado de los derechos, luego, alternativas tales como el control judicial no merecerían ser acreedores de mayores reproches. Finalmente, en la rama judicial nos encontramos con expertos en derecho, entrenados en su tarea a partir de cientos de casos, con tiempo y ausencia de presiones electorales capaces de permitirles pensar adecuadamente cada problema.

Sin embargo, no es fácil mantener una conclusión como la anterior. Infinidad de sentencias judiciales nos ratifican lo que de antemano podíamos sospechar, esto es, que nuestros desacuerdos no se disuelven sino que se reproducen en la esfera judicial. El pasaje de *Dred Scott v. Sandford* a *Brown v. Board of Education*, y de *Brown* al reciente *Community Schools v. Seattle*, (todos éstos, casos relacionados con el tratamiento jurídico de la cuestión racial) simplemente nos ayuda a ver de qué modo, en cuestiones de enorme importancia pública, comunidades jurídicas como la norteamericana siguen estando profundamente divididas. Del mismo modo, en la Argentina, el pasaje de *Bazterrica* a *Montalvo* (sobre la protección constitucional al consumo personal de estupefacientes); o de *Fiorentino* a *Fernández* (sobre la validez de las pruebas obtenidas sin autorización judicial), o de *CHA* a *ALITT* (sobre el valor de la privacidad y el derecho a obtener personería jurídica) nos hablan no sólo de la fragilidad de la estructura judicial, y de las presiones a que pueden estar sujetos sus miembros (tema que aquí no me ocupa) sino, sobre todo, de los profundos y genuinos desacuerdos que separan a nuestros jueces. En última instancia, cada decisión dividida de cualquier tribunal colegiado –pongamos, por caso, las de cualquier Corte Suprema- nos hablan de los profundos desacuerdos que pueden encontrarse aún en las instancias más relevantes de la estructura judicial, y aún entre los miembros más preparados de la comunidad jurídica. Es decir, aún en relación con los derechos más básicos, algunos de los miembros del tribunal piensan que la Constitución dice una cierta cosa, mientras que otra parte del mismo tribunal considera que la Constitución dice exactamente lo contrario (i.e., una parte considera que la Constitución ampara el consumo personal de estupefacientes, mientras que el resto del tribunal sostiene lo opuesto).

ii) El otro problema que, desde hace dos siglos al menos, afecta la justificación de la tarea del control judicial, se relaciona con la legitimidad democrática de los jueces para llevar a cabo el tipo de tareas que habitualmente realizan. Tal como fuera presentado en su momento por Alexander Bickel, el problema consiste en que, a pesar de lo sostenido por algunos de los primeros y más lúcidos defensores de la tarea judicial (pienso, particularmente, y siguiendo a Bickel, en Alexander Hamilton y al juez John Marshall en su famoso fallo *Marbury v. Madison*), cada vez que los jueces invalidan una ley

ponen en cuestión la autoridad democrática del pueblo, “aquí y ahora” . Es decir, cada vez que ellos declaran inconstitucional una ley, aparece la pregunta acerca de cómo puede justificarse que la rama política del poder, que es la que cuenta con mayor legitimidad democrática en términos relativos, sea “derrotada” por aquella que, en tales términos, aparentemente, goza de menor legitimidad.

Conviene advertir, desde ya, los fuertes vínculos que existen entre la primera de las cuestiones mencionadas (referida a los problemas existentes en materia de interpretación constitucional), y la segunda (referida a la menor legitimidad democrática de la justicia). La conexión entre ambos problemas resulta bastante evidente: en la medida en que mayores sean las dificultades para resolver las dificultades que plantea la interpretación constitucional –es decir, ante todo, cuanto mayores sean nuestros desacuerdos sobre cómo entender el contenido y los alcances de cada artículo de la Constitución- mayores serán los problemas para defender la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Por el contrario, en la medida en que las dificultades de la interpretación constitucional sean menores –es decir, cuanto menores sean nuestras desavenencias en relación con el significado de la Constitución- menores serán las dificultades que enfrentemos para justificar el control judicial. Finalmente –diríamos aquí - los jueces estarán haciendo lo que cualquiera de nosotros haría, puestos en lugar de alguno de aquellos. Lo único que estaría en juego, entonces, sería una poco polémica cuestión relativa a la división social del trabajo –no un problema de legitimidad democrática de la función judicial, como el que hoy existe.

A partir de lo visto hasta aquí, la defensa del control judicial de constitucionalidad podría basarse en alguna de las siguientes estrategias. Por un lado, alguien podría tratar de negar la existencia de problemas significativos relacionados con la legitimidad del poder judicial, mostrando que el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de ningún modo afecta nuestros compromisos democráticos. Si esos problemas de legitimidad no existiesen, entonces nadie debería quejarse ante cualquier acto judicial destinado a inaplicar una ley en un caso concreto. Una estrategia diferente consistiría no tanto en afirmar la legitimidad democrática de la tarea judicial, sino en negar la existencia de problemas realmente interesantes en materia de interpretación constitucional. Si esta última línea de argumentación probase ser exitosa, entonces tampoco podría criticarse el control judicial de constitucionalidad, aún por parte de quienes reconocieran el menor valor de las credenciales democráticas del poder judicial. Teniendo en cuenta estas posibilidades, en lo que sigue, quisiera explorar brevemente ambas rutas argumentativas.

2. Sobre la legitimidad democrática de la justicia

Conforme a lo señalado más arriba, alguien podría defender el control judicial de constitucionalidad mostrando que no hay ningún problema realmente serio, capaz de afectar la legitimidad de la tarea que desarrollan los jueces cada vez que revisan la validez de una ley. Las estrategias destinadas a sostener la legitimidad democrática de la tarea judicial han sido innumerables, y aquí sólo tomaré en cuenta unas pocas, que considero especialmente influyentes.

Lo primero que uno podría decir –siguiendo lo que dijeran en su momento Hamilton o Marshall- es que los jueces, cuando cumplen con su tarea controladora, no desafían sino que simplemente permiten que prevalezca la voluntad democrática del pueblo. Según la citada línea de argumentación –llamémosla “Hamilton-Marshall”- al invalidar una ley los jueces no socavan de ningún modo la autoridad democrática del pueblo, sino que reafirman dicha autoridad, porque al hacer que prevalezca la Constitución sobre una ley inválida, ellos permiten que prevalezca, en definitiva, la “verdadera” o más alta

expresión de la voluntad popular, que es la que está encerrada en la Constitución. Este argumento, como sabemos, no resulta plausible, justamente por el tipo de problemas a los que ya hiciéramos referencia acerca de las graves diferencias que nos separan respecto a cómo interpretar la Constitución. La afirmación de “Hamilton-Marshall” sería irreprochable si el significado de la Constitución fuera más o menos unívoco. En tal caso sí podríamos decir que la tarea judicial consiste, simplemente, en volver a poner las cosas en orden, al tornar inaplicable las leyes dirigidas a violentar nuestros máximos acuerdos, expresados en el texto constitucional. Lamentablemente, sin embargo, y debido a dificultades como las mencionadas más arriba, no queda nada claro si, por caso, una ley que penaliza el consumo personal de estupefacientes violenta u honra nuestros compromisos con el derecho a la privacidad; si una que reconoce un amplio derecho al aborto afirma o niega la autonomía individual; u otra que regula el uso del dinero en política respeta o socava nuestros compromisos fundamentales en relación con el derecho a la libertad de expresión.

Dado el fracaso de la primera línea de argumentación, muchos han optado por afirmar que el poder judicial no se ve afectado por ningún problema de legitimidad democrática, sosteniendo que sus miembros también son elegidos –aunque, normalmente, de modo indirecto- por el pueblo, y porque además tales sujetos se relacionan directa y cotidianamente con la ciudadanía, en el ejercicio de sus funciones. El problema con este argumento es que nadie niega la (relativa) legitimidad democrática de la justicia (nadie dice que el poder judicial está en contradicción con, o es enemigo de, la democracia). Lo que se afirma es que, dado su menor grado de legitimidad democrática, el poder judicial debe mantenerse alejado de algunas tareas que reservamos para los órganos que cuentan con mayor legitimidad popular. Para decirlo de un modo más evidente, un jefe de policía también cuenta con cierta legitimidad democrática –en la medida en que, por caso, es escogido por la rama ejecutiva, que a su vez apoya su autoridad en el voto democrático; a lo que se agrega el hecho de que dicho jefe de la policía también se relaciona cotidianamente con la ciudadanía en el ejercicio de su función. Sin embargo, a nadie se le ocurriría decir que esa (parcial) legitimidad democrática lo autoriza para legislar, resolver conflictos entre poderes, o firmar tratados internacionales. Y ello, conviene advertirlo, no sólo porque dicho funcionario no cuente con los estudios pertinentes (aunque todos los jefes de policía fueran graduados en derecho, diríamos exactamente lo mismo).

El problema en juego tampoco se soluciona señalando (como pueden señalarse, con razón), los graves problemas de legitimidad que afectan a los representantes del pueblo. Me refiero a problemas como los identificados desde hace tiempo por la teoría política con ideas tales como la de “crisis de representación,” o dificultades como las resultantes de la (descripta por algunos) “apatía política” de la ciudadanía. Según esta línea de argumentación, la afirmación referida a la mayor legitimidad democrática de las ramas políticas del poder resulta simplemente insostenible, cuando advertimos el grado de desconocimiento que la ciudadanía tiene sobre sus legisladores y su actividad cotidiana, o la radical ausencia de medios institucionales para entrar en diálogo con ellos – finalmente, cuando reconocemos la enorme distancia que existe entre “los legisladores” y “nosotros.” El argumento fracasa otra vez, sin embargo, porque la existencia de estos obvios problemas de legitimidad democrática en relación con la legislatura, si algo reclaman es reformas destinadas a reforzar esa legitimidad democrática, antes que medidas destinadas a socavar aún más a la regla mayoritaria.

Finalmente, tampoco puede decirse que el control judicial es irreprochable dado que el poder judicial ha sido preparado especialmente –al menos, en una mayoría de las democracias constitucionales que conocemos- para la tarea de controlar la validez de las

leyes. El argumento en cuestión tiene lo que podríamos llamar una faceta “negativa,” y otra “positiva.” Según la primera, presentada oportunamente por Ronald Dworkin, es simplemente irracional y contrario a la lógica pedirle al mismo poder mayoritario que pone o es capaz de poner en riesgo los derechos de las minorías, que evalúe la validez de las normas que él mismo ha decidido dictar . En una sociedad apropiadamente democrática, dicha tarea de control debe quedar en manos de un órgano diferente del que ha dictado la ley que hoy se impugna. La faceta “positiva” de este argumento, mientras tanto (una presentada tanto por Alexander Bickel como por el mismo Dworkin), dice que el poder judicial se encuentra especialmente bien preparado para la tarea de vigilar la validez de las leyes, porque cuenta con el entrenamiento, la capacitación y el tiempo que son necesarios para llevar a cabo tareas como la del control de las leyes.

El primero de estos argumentos, sin embargo, se enfrenta con al menos dos problemas. Por un lado, la dificultad para justificar el control legislativo de las leyes no importa una justificación del control judicial de las leyes –cuestión que requiere de una justificación independiente. Por otro lado, la dificultad para justificar el control legislativo de las leyes, tal como hoy existe, no torna imposible la alternativa de contar con otras formas de control mayoritario, menos reprochables. Técnicas como las del “reenvío legislativo” pensadas luego de la revolución francesa; estrategias como las relacionadas con la cláusula notwithstanding en Canadá; formas de control como las pensadas más recientemente en Gran Bretaña nos hablan todas de la posibilidad de concebir formas “mayoritarias” del control de la validez de las leyes, que no excluyen completamente el control judicial, al tiempo que buscan mantener intacta la primacía del legislativo . Finalmente, el argumento (“positivo”) bickeliano a favor del control judicial tampoco resulta enteramente persuasivo. Y es que alguien puede sostener con razón que la apropiada decisión sobre casos como los referidos más arriba (por ejemplo, si el derecho de privacidad incluye el derecho a consumir estupefacientes; si el derecho a la libertad de expresión permite regular el uso de dinero en política; si el derecho; si el derecho al aborto es compatible con la afirmación del principio de la autonomía individual) no depende del tiempo que tengamos para reflexionar, o de la cantidad de libros que hayamos leído, o de los años que hayamos estudiado leyes. Razonablemente, podríamos sostener que dichos casos deben resolverse a partir de procesos de deliberación colectiva, y no por medio de la reflexión aislada de alguna elite bien preparada. Este es, justamente, el punto que le interesa defender a los demócratas críticos de la revisión judicial, y el punto que Bickel simplemente desconoce en su argumentación.

3. Sobre la existencia de teorías interpretativas (relativamente) incontrovertibles

En la sección anterior, analizamos las dificultades existentes para disolver la “objeción democrática” al control judicial de constitucionalidad. En esta sección quisiera explorar un camino alternativo para pensar nuestro problema. La idea es que, aún si fuera cierto que la justicia enfrenta un problema (irresoluble) en términos de legitimidad democrática, ello no debería llevarnos a concluir que el control judicial de constitucionalidad es injustificable. Si, por ejemplo, pudiéramos demostrar que existen formas más o menos incontrovertibles para la interpretación constitucional, luego, podríamos luego sostener que la tarea del control judicial no merece mayores reparos. Es decir, aún si las “credenciales democráticas” de los jueces no fueran tan significativas como las de los legisladores, no habría razones para impugnar el control judicial. Ello, en la medida en que pudiéramos demostrar que en sus decisiones, los jueces aplican reglas de interpretación que nadie cuestiona o tiene buenas razones para cuestionar. El problema con el que nos encontramos en este caso, sin embargo, es un

problema de gravedad similar al examinado en la sección anterior. En efecto, otra vez, y como en el caso anterior, podríamos decir que, luego de más de doscientos años de reflexión sobre cuestiones relacionadas con la interpretación constitucional, todavía estamos muy lejos de haber conseguido algún tipo de acuerdo significativo en relación con la pregunta acerca de cómo debe interpretarse la Constitución.

Por supuesto, lo dicho no niega algo muy importante y es que, a lo largo de todos estos años, por lo menos, hemos aprendido a distinguir entre buenas, malas y muy malas teorías interpretativas. Del mismo modo, lo dicho no niega que los argumentos relacionados con la interpretación constitucional se han sofisticado muchísimo en las últimas décadas. El problema, sin embargo, es que a pesar de este tipo de clarificaciones y refinamientos, todavía estamos muy lejos de llegar a zonas más o menos pacíficas – territorios más o menos compartidos- en torno a cómo debe interpretarse la Constitución. Más bien lo contrario: todo parece señalar que estamos demasiado lejos de alcanzar cualquier acuerdo significativo en la materia.

Los problemas a los que me refiero son, según diré, muy graves, pero ellos adquieren una gravedad todavía mayor cuando lo que está en juego es, justamente, la interpretación constitucional. Es decir, si por la naturaleza propia del lenguaje y el lenguaje escrito, cualquier texto presenta problemas de interpretación (por ejemplo, a partir de los problemas de vaguedades y ambigüedades que son propios de los modos habituales en que nos expresamos), dichos problemas se potencian al extremo cuando lo que tenemos que interpretar es un texto constitucional. Ocurre que las constituciones, tal como las conocemos, se comprometen de modo explícito con valores y principios abstractos, destinados aparentemente a regir a lo largo del tiempo. Ese mismo tipo de compromisos, sin embargo –el compromiso con valores como la libertad, la justicia, la igualdad, la no-discriminación- radicalizan los problemas de interpretación propios de cualquier texto escrito, porque exigen que, necesariamente, nos involucremos en procesos de razonamiento y argumentación extremadamente complejos de llevar a cabo –cómo dar cuenta, finalmente, del contenido preciso que, frente a un caso concreto, debe dársele al principio de la autonomía individual, o al valor de la justicia social?

En lo que sigue, y de un modo muy breve, haré un breve repaso en torno a diferentes respuestas que se han sugerido para resolver los problemas de la interpretación constitucional, y también me referiré a las dificultades que surgen para mantener cualquiera de los criterios sugeridos.

Para comenzar por algún terreno medianamente firme, citaré una descripción (finalmente imprecisa pero bastante exhaustiva) realizada por el jurista Néstor Sagüés sobre los criterios interpretativos utilizados por una Corte Suprema particular, la Argentina, a lo largo de su historia . La revisión de estos criterios nos servirá, simplemente, como ilustración de los criterios que una Corte cualquiera puede utilizar en su aproximación al derecho.

En su artículo, Sagüés identifica al menos los siguientes criterios como propios de la jurisprudencia del principal tribunal argentino: i) interpretación literal, orientada a seguir, en la medida de lo posible, “la letra de la ley” (i.e., CSJN, Fallos 324: 1740, 3143, 3345); ii) interpretación “popular,” orientada a leer las distintas cláusulas y los distintos términos que aparecen en la Constitución en sintonía con el significado que la ciudadanía le asigna a los mismos (i.e., CSJN, “Afip c. Povoletto,” Fallos 324:3345); iii) interpretación “especializada,” que piensa en el sentido “técnico,” antes que “popular,” de los términos (i.e., CSJN Fallos 320:2319); iv) interpretación “intencional,” que procura desentrañar la intención presente en los legisladores constituyentes (i.e., CSJN Fallos 323: 3139); v) interpretación “voluntarista,” que busca respetar la “voluntad” del legislador prestando atención especialmente a la voluntad expuesta por el mismo

durante los debates constituyentes del caso (CSJN Fallos 324: 1481); vi) interpretación “justa,” que pretende guiarse ante todo por fundamentales principios de justicia (i.e., CSJN Fallos 322: 1699); vii) interpretación “orgánico-sistemática,” que sugiere que en ocasiones es necesario apartarse del sentido pleno u orgánico de la Constitución para hacer prevalecer el sentido que se infiere del juego armónico de los distintos artículos que componen la Constitución (i.e., CSJN “Chadid” Fallos 291: 181); viii) interpretación “realista,” que toma como criterio interpretativo último ciertos “imperativos” de la realidad (sic), tales como la estabilidad o seguridad económicas – como dice Sagués, en caso de existir diferencias entre “la denominación dada a algo por el autor de la norma, y la realidad, deberá prevalecer esta última” (i.e., CSJN Fallos 318: 676); ix) interpretación que parte de la existencia de un “legislador perfecto,” lo cual implica presumir que el derecho es claro, preciso, coherente, sin lagunas (i.e., CSJN Fallos 324: 2153); x) interpretación “dinámica,” orientada a actualizar o “mantener vivo” el texto de la Constitución, adecuándola a “la realidad viviente” de la época (i.e., CSJN “Chocobar,” Fallos 310: 3267); xi) interpretación “teleológica,” que procura guiarse por los “fines últimos” enunciados por la propia Constitución (i.e., CSJN Fallos 311: 2751); xii) interpretación conforme a la autoridad “externa,” que se apoya primariamente en las opiniones de la doctrina o, fundamentalmente, la jurisprudencia extranjeras (i.e., CSJN Fallos “Lino de la Torre” 19: 236); xiii) interpretación “constructiva,” que afirma que, a la hora de interpretar el derecho, es necesario optar por la lectura que se muestre capaz de mantener a salvo los poderes del Estado, facilitando su eficaz desempeño (i.e., CSJN “Verrocchi” Fallos 322:2598); xiv) interpretación “continuista,” que privilegia la posibilidad de que la decisión del caso sea compatible con el respeto de los precedentes judiciales (i.e., CSJN “González c. Ansés” Fallos 323: 555); xv) interpretación “objetiva,” que afirma que cada norma debe ser interpretada, ante todo, teniendo en cuenta el sentido “objetivo” de la misma, lo que implica afirmar –a contrario sensu- que debe rechazarse toda posibilidad de interpretar a la misma conforme a criterios “subjetivos” (CSJN “Volpe” Fallos 316: 352).

La clasificación anterior (a través de la cual reconstruyo parcialmente la ofrecida por Sagüés) es problemática porque, entre otras razones, separa criterios que se encuentran básicamente superpuestos, y no distingue entre criterios que son diferentes entre sí. Sin embargo, al mismo tiempo, el esfuerzo realizado por Sagüés es muy importante para tener un panorama de los modos en que la Corte argentina ha ido pensando la Constitución durante las largas décadas de su existencia.

Los problemas que sugiere un panorama como el referido son numerosos. Ante todo, él nos muestra que contamos con múltiples criterios interpretativos que los jueces pueden utilizar de modo más o menos indistinto (sin que ello implique, obviamente, el menor riesgo para sus carreras) en un contexto en el que –y esto es lo que agrava todo el problema- muchos de tales criterios, contrastados entre sí, llevan a soluciones opuestas. Para tomar sólo algún caso evidente: el recurso a criterios interpretativos “históricos” (pongamos, la voluntad original de los constituyentes, los debates que se dieron entre ellos, sus intenciones), tiende a conducirnos (aunque no lo haga necesariamente) a la obtención de criterios directamente opuestos a los que obtendríamos si recurriéramos a concepciones interpretativas “actualizadas” (por caso, concepciones que pretenden mantener al derecho alineado con el pensamiento social predominante). Ello, simplemente, porque el pensamiento de los “padres fundadores” de la Constitución (redactada en sus bases, pongamos, hace 20, 50 o 200 años atrás) tiende a ser diferente, sino directamente contrario, al que la sociedad sostiene décadas después, especialmente en cuestiones morales (de hecho, las apelaciones a la necesidad de “actualizar” la Constitución surgieron, inexorablemente, a partir de las disconformidades generadas por

la alternativa de “anclar la Constitución en el pasado”) Es decir, la justicia puede llegar a una solución, u a otra exactamente contraria a aquella, sin recibir el menor reproche por ello, y con sólo optar por sopesar de un modo diferente la o las teorías interpretativas que, en los hechos, decida utilizar en el caso concreto.

El hecho habitual con que nos encontramos, entonces, es el de diferentes jueces decidiendo –en diferentes casos, o aún en el mismo- de modo diferente, a resultados de la diferente conjugación de principios interpretativos por el que opten en el caso concreto. La situación que se genera resulta, entonces, enormemente preocupante: el derecho empieza a aparecer como compatible con casi cualquier solución jurídica; los niveles (reales) de inseguridad jurídica aumentan; y comienza a tambalear la misma idea de contar con un estado de derecho. Ello, sobre todo, porque el derecho pasa a depender cada vez más de quién decide, y menos de otros criterios más “objetivos.”

Lo dicho, por lo demás (la existencia de criterios interpretativos que nos permiten alcanzar una solución o la contraria, sin que los decidores puedan ser institucionalmente reprochados por ello) abre una posibilidad (demasiado cercana) cual es la de que los decidores definan de antemano cuál es la solución jurídica que prefieren, o que mejor se ajusta con sus pre-juicios o convicciones ideológicas o intereses, y luego “salgan a la búsqueda” de la doctrina interpretativa que les permita decir lo que ya sabían de antemano que querían decir. Esto, a su vez, provee de un enorme incentivo a políticos inescrupulosos, que pueden aprovechar dicha situación (que el derecho dependa tan decisivamente de quién es el que lo interprete) para presionar sobre la justicia a favor de decisiones que les resulten favorables.

Dicho trágico contexto se agrava todavía más cuando se presentan, como en el caso de la Argentina, dos situaciones contextuales muy serias. Por un lado, en casos como el argentino no existe una cultura del precedente que permita acotar los amplísimos márgenes de maniobra con que cuentan los jueces. Por otro lado, países como la Argentina tienen una historia de inestabilidad jurídica tal, que permite encontrar antecedentes para decisiones judiciales de absolutamente cualquier tipo (por ejemplo, decisiones garantistas y anti-garantistas; decisiones ofensivas frente a los derechos humanos y protectivas de los derechos humanos; decisiones hostiles y amigables frente al derecho internacional).

Finalmente, nadie debería pensar que el problema en cuestión se resuelve forzando a los jueces o a las Cortes a definirse de modo explícito a favor de alguna o algunas teorías interpretativas. Estos casos existen, por supuesto, y en todo caso, tienen el importante efecto de disminuir los grados de incerteza ciudadana que existen, frente al derecho. Jueces como Antonin Scalia o Clarence Thomas -ambos miembros de la Corte Suprema norteamericana- o jueces como Robert Bork, se han declarado explícitamente favorables a interpretar a la Constitución, en todos los casos, conforme a criterios histórico-originalistas, y han defendido tales criterios de modo abierto y sostenido. Sin embargo, cualquiera de los caminos interpretativos por los que podamos optar (pongamos, el histórico/originalista) es compatible, a su vez, con una multiplicidad de decisiones, muchas veces opuestas entre sí, dependiendo del modo en que se construya la teoría interpretativa en cuestión. Para aclarar lo dicho, piénsese en ejemplos como los siguientes. Si uno fuera un juez “historicista-originalista,” luego, ¿qué lecturas de la historia debería privilegiar? ¿Debería rastrear la “voluntad” o las “intenciones” de los legisladores originarios? ¿Y qué documentos debería leer? ¿Debería tomar en cuenta el pensamiento socialmente predominante en la época fundacional (como lo hace Scalia), o por el contrario las voluntades de los responsables de la escritura de la Constitución? ¿Debería, en todo caso, tratar de rastrear la voluntad de la o las personas que escribieron el artículo en cuestión? ¿O, en todo caso, la voluntad de la o las personas que idearon

dicha cláusula, de las que participaron en la Convención Constituyente (Madison; Gorostiaga) o aún la de quienes no participaron de ella (Jefferson; Alberdi; Mitre)? Y si identificara a esa o esas personas ¿qué escritos o pensamientos de ese autor debería tomar en cuenta (por ejemplo, los primeros o los últimos escritos de Alberdi, ideológicamente tan diferentes)? Y si identificara a esas personas y textos ¿con qué nivel de abstracción debería leerlos? (¿debería considerarse a Madison hablando de una idea de igualdad que no incorporaba la igualdad racial, o debería asumirse una noción más abstracta de la idea de igualdad, que sí incorpora la igualdad racial?). En definitiva, los problemas de interpretación constitucional se han instalado entre nosotros desde el momento en que escribimos una Constitución, y ellos tienen la pretensión bien fundada de quedarse para siempre entre nosotros.

4. ¿Una vía de salida?

Llegados a este punto, creo que es posible intentar una vía de escape frente a la encerrona en la que nos hallamos, mostrando que muchas de las dificultades arriba mencionadas (relacionadas con la llamada objeción democrática o contra-mayoritaria y con las tremendas dificultades que enfrentamos en materia de interpretación constitucional) pueden comenzar, lentamente, a disolverse. Para ello, según diré, debemos trasladarnos un escalón todavía más arriba, y plantearnos algunas cuestiones vinculadas con la teoría democrática. Desde allí, trataría de mostrar luego la posibilidad de encarar de modo más esperanzador nuestras preocupaciones constitucionales.

La pregunta de la cual partiría sería la siguiente: cuando criticamos al control judicial de constitucionalidad por la debilidad de las credenciales democráticas del poder judicial, ¿qué concepción particular de la democracia tomamos en cuenta? La pregunta, según entiendo, es muy importante, y fue formulada en su momento, no sorpresivamente, por Ronald Dworkin. Aquí, acompañaré a Dworkin en parte de su argumentación y respuesta, pero sólo en parte.

Según Dworkin, la mayoría de las críticas que se formulan sobre el control judicial resultan, más que infundadas, mal fundadas, dado que ellas se basan en una peculiar e implausible concepción de la democracia, a la que él denomina concepción estadística o mayoritaria de la democracia, y yo denominaría concepción populista de la democracia. La concepción estadística parte de la idea según la cual “todas las cuestiones de principio (deben ser) decididas por el voto mayoritario: La democracia, en otros términos, consiste en la adopción de la regla mayoritaria para todos los casos.” Según Dworkin, si esto es lo que significa democracia, entonces, “un esquema de revisión judicial que le da a los jueces el poder de dejar de lado juicios de moralidad política que una mayoría ha aprobado resulta anti-democrático.” Su conclusión es, entonces, que la crítica más habitual que se realiza contra el control judicial se funda en verdad en un entendimiento demasiado poco atractivo sobre el significado de la democracia. Parece claro, si nuestra definición de democracia reclama la primacía de la regla mayoritaria en todos los casos –si cada vez que se recurre a una toma de decisiones que no esté guiada por el principio mayoritario consideramos que hay una violación a la democracia– entonces la justificación del control judicial de constitucionalidad se encuentra irremediablemente perdida. Sin embargo, se pregunta Dworkin ¿no resulta insensata tal concepción de la democracia? ¿Puede ser que consideremos como un “insulto” a la democracia cualquier esquema de procedimientos que no responda indefectiblemente a la regla democrática? ¿No estaríamos poniendo en práctica, de ese modo, una concepción demasiado simplista de la democracia, según la cual la única regla válida sería la regla mayoritaria?

Aunque no es cierto que todas las críticas a la legitimidad democrática de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad se basen en una concepción tan simplista de la democracia, sí es cierto que muchas de tales críticas están fundadas en visiones de ese tipo –visiones, digamos, poco sofisticadas de la democracia, que fundamentalmente identifican a la democracia con la regla mayoritaria.

Quisiera dejar de lado por un tiempo a Dworkin, para señalar un punto paralelo al anterior –más bien, la contra-cara del punto anterior. Lo que me interesa decir, ahora, es que observaciones como las presentadas hasta aquí (sobre la teoría democrática desde la que se critica el control judicial) nos invitan a pensar en cuál es la concepción de la democracia desde la cual se defiende habitualmente al control de constitucionalidad –concepción que no suele hacerse explícita, pero que no por ello deja de estar presente en el razonamiento de muchos. Según creo, las defensas más habituales del control judicial también encuentran su apoyo último en una concepción de la democracia inattractiva. Llamaría a dicha concepción una concepción elitista de la democracia. Esta postura tiene una extensísima historia dentro de la historia de la filosofía política, y puede remontarse al elitismo británico, y a autores como Edmund Burke, que distinguían entre el “juicio” y la “mera voluntad de la ciudadanía;” entre las “preferencias” u “opiniones” de la ciudadanía y los “intereses” de la misma. Esta línea de pensamiento ha seguido permeando las discusiones políticas contemporáneas. Son muchos quienes, como Burke, siguen partiendo de una postura que se basa en una profunda desconfianza frente a las capacidades políticas de la ciudadanía (una desconfianza que contrasta con la profunda confianza que parecía propia de la revisada postura de los populistas). El mismo Madison, en los Estados Unidos, pareció sostener una postura anclada en ese sentimiento de desconfianza, ya en su misma (y tan famosa) reflexión sobre las facciones; ya sea en su explícita consideración conforme a la cual en las “asambleas públicas” “no había ocasión” en que el apasionamiento mayoritario no terminaba por arrebatárle su cetro a la razón (El Federalista n. 55).

Este tipo de posturas se fundan, entonces, en una clara desconfianza hacia la regla mayoritaria como medio apropiado para la toma de decisiones imparciales, que contrasta con una fuerte confianza en las capacidades de las elites de gobierno –y particularmente, confianza en aquellas elites compuestas por funcionarios bien entrenados y aislados de las mayorías, como los funcionarios judiciales- para decidir de modo justo. En mi opinión, resulta muy obvio que son este tipo de presupuestos –que considero elitistas- los que apoyan, finalmente, muchas de las posiciones hoy vigentes destinadas a sostener al control judicial de constitucionalidad.

Ambas concepciones de la democracia, sin embargo, resultan poco atractivas: ambas se muestran como posturas simplistas; ambas aparecen, finalmente, como defectuosas. En este sentido, podría decirse, ni la crítica ni la defensa que se hace actualmente del control judicial resultan, finalmente bien apoyados en la teoría democrática.

5. Una mirada dialógica sobre el control judicial y la interpretación constitucional

En esta sección, me propongo examinar una concepción de la democracia distinta de las revisadas en los párrafos anteriores que, sospecho, puede resultar útil tanto para justificar cierto ejercicio del control judicial (y explicar también algunas de las más interesantes decisiones recientes tomadas por tribunales superiores como los de la Argentina y Colombia), como para ayudarnos a pensar de un mejor modo la difícil cuestión de la interpretación constitucional.

En primer lugar, quisiera exponer cuál es la concepción de la democracia en la que estoy pensando. La teoría democrática en cuestión tiene que ver con la llamada postura de la deliberación democrática. Según esta postura, el sistema democrático se justifica

sólo y en la medida en que contribuye a que tomemos decisiones imparciales, para lo cual -se presume aquí- resulta imprescindible apoyarse en un proceso igualitario de discusión colectiva. Dicho esto, voy a presentar entonces cuál es el ideal regulativo desde el que aquí se parte, con la pretensión de que el mismo nos sirva para evaluar críticamente arreglos institucionales como los actualmente existentes. El ideal regulativo en cuestión consiste en una situación en donde todos los potencialmente afectados por una cierta decisión participan de una discusión sobre los contenidos que va a tener la misma, y lo hacen desde una posición de relativa igualdad. Los elementos de este ideal son tres, y conviene distinguirlos: uno es el de la inclusión, ya que se aspira a que el proceso de toma de decisiones no deje a nadie de los potencialmente afectados fuera del mismo; el segundo es el de la deliberación, ya que se asume que la discusión es un medio imprescindible para que los distintos participantes se escuchen y corrijan mutuamente; y el tercero es el de la igualdad, ya que se entiende que, en presencia de fuertes desigualdades sociales todo el proceso de discusión colectiva pierde sentido (en dicho caso, previsiblemente, algunos no estarán en condiciones anímicas, psicológicas, o inclusive físicas de participar en ese debate).

La idea de la democracia en cuestión presume, a diferencia de las visiones elitistas arriba expuestas, que todos estamos en condiciones de intervenir en ese proceso de toma de decisiones colectivo (predomina aquí un supuesto de “confianza,” que contrasta con la “desconfianza” hacia la regla mayoritaria presente en aquellas visiones). Por otro lado, esta idea de democracia presume, a diferencia de las concepciones populistas arriba expuestas, que la regla mayoritaria es un recurso necesario pero insuficiente para la adopción de decisiones imparciales. En otros términos, sin una amplia garantía de libertad de expresión; sin libertad de asociación (especialmente libertad de asociación política); y sobre todo sin un proceso de debate entre iguales, la regla mayoritaria pierde su sentido. Como sabemos en Latinoamérica, el dictador Augusto Pinochet o el gobernante autoritario Alberto Fujimori pudieron apelar a procesos mayoritarios tales como los referendums o los plebiscitos con plena confianza: ellos sabían muy bien que, sin garantías como las referidas, la apelación a la voluntad mayoritaria puede resultar muy conveniente para quien está en el poder, que queda así en condiciones de manipular más o menos a su gusto el proceso de toma de decisiones.

Ahora bien, una vez que satisfacemos las citadas exigencias propias de un proceso de toma de decisiones (inclusión, debate colectivo, igualdad), luego, podemos plantearnos de un mejor modo la pregunta sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Ahora, no tiene sentido decir –como uno diría si partiese de una concepción populista- que toda intervención judicial es necesariamente ofensiva para el ideal democrático. Del mismo modo, ahora no tiene sentido decir –como uno podría decir si partiese de una concepción elitista- que el control judicial de ningún modo resulta ofensivo para nuestros ideales democráticos.

¿Qué es lo que puede decirse, entonces, sobre el control judicial, si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia? Según entiendo, ahora puede decirse que el control judicial puede ser compatible con el ideal de la democracia sólo si, y en la medida en que, se ejerza de cierto modo. ¿De qué modo? De uno que, a la vez de ser respetuoso del predominio de la autoridad democrática, sirva al debate colectivo, y contribuya a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgarle sentido a la deliberación colectiva. Esto requiere, por ejemplo, que el poder judicial deje de hacer lo que habitualmente hace, es decir, simplemente reemplazar la voluntad del legislador por la propia, cada vez que considera (a partir de la teoría interpretativa que escoja privilegiar) que la actuación del legislador es impropia. Esto requiere que el poder judicial reconozca cuál es el lugar y el papel que le corresponde en el proceso de toma

de decisiones, como motor y garante de la discusión colectiva. Esto requiere que el poder judicial se ponga al servicio de la discusión pública, y que se abra a ella, en lugar reemplazarla (y así, finalmente, desalentarla).

Ser motor y garante de la discusión pública requiere de los jueces la asunción de un papel más modesto - acorde con sus capacidades y su legitimidad- pero al mismo tiempo un papel crucial dentro del proceso de toma de decisiones democrático: ellos deben ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; deben forzar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones; deben poner sobre la mesa pública argumentos o voces ausentes del debate; deben impedir que quienes están en control del poder institucional prevengan a quienes están afuera del mismo a que participen de él y lleguen a reemplazarlos; deben impedir que desde los órganos decidores se tomen no fundadas en argumentos –decisiones que sean la pura expresión de intereses de grupos de poder . Actuando así, los jueces promueven un objetivo importante: el diálogo democrático. Y dicho fin, además, puede y debe lograrse por medios también dialógicos, es decir, ofreciendo argumentos, creando foros de debate, organizando comisiones para la discusión de temas públicos, etc.

Notablemente, y actuando del modo sugerido, los jueces comienzan a disolver algunos de los gravísimos problemas que aparecen cuando pensamos en la interpretación constitucional. Ellos no estarán ni optando por la pasividad y el silencio (como si fueran ajenos al conflicto constitucional en juego), ni optando por el activismo y la imposición de sus propios criterios a las mayorías democráticas (como si fueran legisladores). Lo que estarán haciendo, en cambio, es ayudar a esas mayorías democráticas a pensar y a decidir. En sociedades plurales, marcadas por el “hecho del desacuerdo,” ellos estarán contribuyendo del mejor modo posible a aclarar, pulir y acercar posiciones, favoreciendo la convivencia deseada. De este modo, también, ellos estarán bloqueando la posibilidad de que el proceso de toma de decisiones se convierta en una mera fachada al servicio de particulares grupos de interés, e impidiendo que el Congreso se convierta en la pesadilla del mero acuerdo entre poderosos que supo describir, trágicamente, Carl Schmitt.

6. Lo hecho y lo que podría hacerse

Aunque, a primera vista, el modelo dialógico puede resultar curioso o ajeno al mundo jurídico (“un mero entretenimiento para filósofos”), lo cierto es que el mismo es asumido, explícita o implícitamente, por algunas de las Cortes más interesantes y reputadas de nuestra época. Pienso, por ejemplo, en las Cortes de la India, Sudáfrica, Hungría o (la Corte Constitucional de) Colombia. En uno de los análisis más interesantes de la jurisprudencia de las Cortes de Sudáfrica e India –y haciendo foco en casos como *People’s Union for Democratic Rights*, Scottt y Macklem (1992, 122) sostuvieron que Cortes como la de India “enfatan un diálogo cooperativo entre la rama judicial y los poderes ejecutivo y legislativo, que se opone a la visión estándar de la separación de los poderes,” a través de una serie de mecanismos dialógicos, tales como la fijación de directivas al ejecutivo, o la adopción de pautas flexibles, orientadas a facilitar un diálogo entre las ramas políticas y judicial.

En Colombia, la Corte Constitucional ha propuesto, de modo pionero, la creación de diversos mecanismos destinados a promover el diálogo entre poderes –mecanismos tales como las mesas de diálogo, en donde se reúnen representantes de las distintas ramas del gobierno, más empresas o grupos de particulares partícipes del conflicto en juego. En casos de enorme relevancia institucional, dicha Corte ha establecido pautas y plazos, antes que impuesto soluciones concretas, con el objeto de favorecer que el propio poder político resuelva, a su criterio, tales graves conflictos. Excelentes ejemplos

al respecto se encuentran en la sentencia ST-153 de 1998, en donde la Corte determinó que el gobierno gozaba de un período de cuatro años para remediar la situación de abusos sistemáticos cometidos por personal carcelario; o la sentencia ST-025 de 2004, donde, advirtiendo sobre el carácter insalvable de la política vigente en materia de desplazamiento forzado, la Corte, antes que imponerle a las autoridades electas la adopción de una política específica, emplazó a tales autoridades a resolver la situación del caso de otro modo, compatible con la Constitución.

Notablemente, en casos de tonalidad muy similar a los resueltos por la Corte Constitucional Colombiana, la Corte Argentina ha optado también por la adopción de criterios y métodos dialógicos. Como ejemplos al respecto pueden mencionarse la decisión del caso *Verbisky s/ hábeas corpus*, en donde el tribunal se expidió sobre la situación que aflige a miles personas detenidas en las comisarías de la provincia de Buenos Aires; o la decisión adoptada en Mendoza, *Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios*, un caso vinculado con los graves daños medio-ambientales que se producen en la cuenca del río Matanza-Riachuelo, a partir de los líquidos industriales que se arrojan sobre dichas aguas.

Tanto en *Verbisky* como en Mendoza –casos que pueden clasificarse como propios de lo que hoy se llama “litigio de reforma estructural–” la Corte propuso esquemas de resolución novedosos. En *Verbisky*, y ante todo, el máximo tribunal argentino ordenó a la Justicia provincial que hiciera cesar en el término de 60 días las detenciones en comisarías que afectaban a menores de edad y enfermos, así como también aquellas situaciones que implicasen tratos inhumanos o degradantes. Al mismo tiempo, la Justicia exigió al Poder Ejecutivo provincial que informase sobre la situación existente en las cárceles; y dispuso la creación de una mesa de diálogo plural, destinada a pensar soluciones de más largo alcance. En Mendoza, mientras tanto, el tribunal exigió a las empresas contaminantes que informaran sobre los líquidos arrojados al río; ordenó al Estado nacional la presentación de un plan que incluyera “un ordenamiento ambiental del territorio”, y previó también controles sobre las actividades contaminantes (actividades cuyos resultados serían evaluados por una audiencia pública a realizarse en tres meses).

Dicho lo anterior, corresponde resaltar la enorme potencia que tiene la adopción de soluciones de tipo dialógico, como las aquí revisadas. Y es que, al abrazar esta nueva forma de pensar la democracia y, desde allí, este nuevo modo de concebir la función judicial, aparece un enorme espacio inexplorado para re-pensar la política institucional y la relación entre los poderes. Parte de esa inexplorada potencia del esquema dialógico puede advertirse mejor si uno lee consideraciones como las siguientes, presentadas recientemente por la Corte Constitucional de Colombia. En SC-760 de 2001 (Miembros Ponentes: Manuel José Cepeda-Marco Gerardo Monroy), la Corte colombiana sostuvo que el debate parlamentario previo a la aprobación de una ley era tan importante que “faltando el debate, la votación subsiguiente debe considerarse igualmente inválida, pues...aún cuando el debate y la aprobación son etapas identificables del proceso parlamentario, la votación de un texto por parte del Congreso no es más que la decisión que adopta una mayoría, como conclusión del debate en el cual han participado tanto mayorías como minorías...la votación no puede concebirse independientemente del debate y de la discusión parlamentaria.” Del mismo modo, en SC-1147 de 2003 (M. P.: Rodrigo Escobar), la Corte sostuvo que “debate y votación constituyen parte esencial del trámite legislativo fijado por el ordenamiento jurídico y, por tanto...son instancias determinantes que deben observarse y cumplirse a cabalidad para que pueda entenderse válido el proceso de aprobación de leyes” (citados en García Jaramillo 2007, énfasis añadido).

Finalmente, lo que ocurre es que, si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia, luego, no puede considerar que el mero hecho de que muchas manos se levanten al unísono sea sinónimo de decisión democrática. Tal requisito no basta para darle legitimidad constitucional a una ley: en democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar. Por ello, puede decirse que hay un problema cuando los diputados votan sin saber el contenido de lo que votan; que hay un problema serio si un representante cambia de opinión (como obviamente puede hacerlo) sin decirle a la ciudadanía, con una mano en el corazón, por qué lo hizo; que es contrario a derecho "abrir un debate" cuando ya se tiene firmado el proyecto que se quiere aprobar; que comenzar una deliberación diciendo que no se va a "cambiar ni una coma" del proyecto que se presenta constituye un modo poco auspicioso —y agregaría, jurídicamente inválido— de comenzar esa deliberación; que discutir implica estar abierto a aprender de aquel con quien discutimos; que una democracia constitucional no debe tolerar nunca el abuso de la fuerza, así se trate, por supuesto, de la fuerza abrumadora, estrepitosa, aplastante de los números.