

# LA DIFICULTAD DE DEFENDER EL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES<sup>1</sup>

---

Roberto Gargarella\*

En este trabajo, intentaré mostrar las debilidades que distinguen a muchos argumentos ofrecidos contemporáneamente en defensa del control judicial, esto es, en defensa del rol que asumen los jueces en la revisión de la constitucionalidad de las leyes. Para llevar adelante este análisis, en primer lugar examinaré la justificación históricamente más importante y más original de esta tarea, que fue la elaborada por Alexander Hamilton, en momentos en que se creaba la actual Constitución de los Estados Unidos. Luego de mostrar las falencias de esta tradicional justificación de la tarea judicial, me concentraré en el análisis crítico de otra serie de argumentos que –más contemporáneamente– suelen darse en defensa del control de constitucionalidad. En todos los casos, mis objeciones tendrán como blanco aquellas posturas que pretendan defender dicho control con el alcance y el carácter con que hoy se ejerce. Esto es, me ocuparé de aquellos argumentos que hoy se ofrecen para defender el hecho de que los jueces (y, en especial, los jueces de la Corte Suprema) se ocupen de decidir a) todo tipo de cuestiones constitucionales, y b) con-serven, en dicha tarea, la “última palabra” institucional.

## El control de las leyes como defensa de la “voluntad popular”

Al mismo momento de crearse la actual Constitución norteamericana, comenzaron a escucharse críticas dirigidas –entre otras cuestiones– a la posibilidad de que los jueces impugnaran la validez de las leyes. En dicha ocasión fue Alexander Hamilton, fundamentalmente, quien procuró defender el control de constitucionalidad, a través de un trabajo que hoy conocemos como “El Federalista” n. 78. En este sentido, Hamilton demostró ser el líder político que, por entonces, advirtió con mayor claridad y agudeza el tipo de problemas que el control judicial podía llegar a generar.

---

\* Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, Argentina.

<sup>1</sup> Este trabajo retoma y luego desarrolla, de un modo muy diverso, parte de los argumentos que expongo en el capítulo 2 de mi trabajo *La justicia frente al gobierno*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

Los problemas más obvios que Hamilton vino a enfrentar se vinculaban con interrogantes como los siguientes: ¿cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo -esto es, por los representantes de la ciudadanía? ¿cómo puede ser que en una sociedad democrática termine primando la voz de los jueces -funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular- sobre la voz de la ciudadanía? Hamilton se apresuró a dar respuesta a tales inquietudes y defendió así, pioneramente, la posibilidad de un control judicial de las leyes, negando (lo que hoy denominaríamos) las posibles implicaciones anti-democráticas de dicho control. El razonamiento de Hamilton fue el siguiente: En primer lugar, el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa, no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco importa poner en cuestión la “voluntad soberana del pueblo”. Muy por el contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. Para decirlo con las palabras de Hamilton: “[mi razonamiento] no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”.<sup>2</sup>

Con argumentos tan sencillos como los enunciados, Hamilton invertía, directamente, las eventuales críticas al poder judicial: ante la posible impugnación de la capacidad judicial para anular las normas legislativas, respondía diciendo que la misma constituía una práctica defendible y valiosa, justamente, como un medio para asegurar la protección de la voluntad de las mayorías. El verdadero peligro, la verdadera amenaza a la autoridad suprema del pueblo surgía si se le negaba a los jueces su capacidad revisora o -lo que parecía ser lo mismo- si se autorizaba, implícitamente, la promulgación de leyes contrarias a la Constitución.

La argumentación presentada por Hamilton -y luego retomada por el juez Marshall en el famoso caso “Marbury v. Madison” (5 U.S., 1 Cranch, 137, 1803)- pasó a constituirse, desde entonces, en una de las más

---

<sup>2</sup> *El Federalista*, de James Madison, Alexander Hamilton, y John Jay, Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

sólidas y difundidas defensas del control judicial. En cualquier país que acepta la revisión judicial de las leyes, se recurre a dichos similares a los de Hamilton: porque se pretende el “autogobierno” del pueblo, porque se pretende mantener inviolada la autoridad del pueblo –enraizada en la constitución– es que se requiere un órgano capacitado para revisar la validez de las leyes.

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

i) El primer argumento, que podría llamar el argumento histórico, procura negar el valor de la premisa inicial del razonamiento de Hamilton-Marshall. Se afirma, en este caso, que no es verdad que la Constitución refleje la “voluntad del pueblo”. En el caso particular de los Estados Unidos, ello quedaría demostrado con una simple investigación histórica, que ratifique lo que ya se sabe: que al tiempo de redactarse la constitución, buena parte del “pueblo” de los Estados Unidos resultaba directamente ignorado o excluido. Los esclavos, las personas de color, las mujeres, los que no tenían una posición económica decente, no participaron ni directa ni indirectamente del proceso constitucional. Algo similar, aunque con distintos grados, podría comprobarse en muchos procesos constitucionales modernos: normalmente, los convencionales constituyentes distan de representar adecuadamente a la ciudadanía, o parecen representarla en un primer momento pero luego se distancian de ella, o debaten otorgándole sólo una consideración muy limitada a los reclamos mayoritarios, etc.

Este argumento, obviamente, tiene algún interés, sobre todo para objetar ciertos criterios que hoy se presentan como indiscutibles pero que distan mucho de serlo –por ejemplo, la invocación ampulosa que hacen algunos jueces y juristas acerca del respeto a la voluntad popular, cuando de hecho pueden estar desconociendo tal voluntad. Sin embargo, el argumento histórico no ayuda suficientemente a mi propósito, que es el de mostrar la implausibilidad –la falta de justificación– del control judicial. En efecto, bastaría con que nos encontremos con un proceso constituyente impecable –un proceso en el cual participen activamente todos los sectores relevantes de la comunidad– para que el argumento histórico enunciado pierda todo su peso. Por lo tanto, conviene recurrir a otras razones adicionales, para poder efectivamente impugnar el control judicial.

ii) Un segundo argumento en contra de la defensa de Hamilton-Marshall acerca de la revisión judicial, es el que llamaré argumento intertemporal –desarrollado, muy particularmente, por Bruce Ackerman, en los Estados

Unidos—. <sup>3</sup> En este caso, se concede lo que directamente negábamos en el argumento anterior: la peculiaridad, el carácter especial y distintivo, del proceso de creación constitucional. Se reconoce, entonces, que en dicho momento la sociedad se autoconvocó para reflexionar acerca del mejor modo de organizarse. Se reconoce, además, que tal acontecimiento merece una consideración diferente: no pueden evaluarse como equivalentes una Constitución surgida de la deliberación pública reposada, y una ley surgida al calor de presiones circunstanciales. En última instancia, este argumento parte de la legítima admisión de la supremacía constitucional. Sin embargo —y aquí es donde comienza a desplegarse el argumento intertemporal— se afirma lo siguiente: Si se valora especialmente ese “primer” momento constitucional, ello se debe a que se valora el consenso popular, profundo y meditado, que distinguió al mismo. Ahora bien ¿por qué no puede pensarse que, con el paso del tiempo, volvamos a encontrarnos con un consenso popular profundo y meditado? ¿Qué razón vamos a tener, si es que se presenta un caso semejante, para hacer prevalecer la voluntad de unos sujetos tal vez ya muertos hace mucho tiempo, sobre la voluntad actual de la ciudadanía?<sup>4</sup>

Ahora bien, una vez que reconocemos el peso del argumento intertemporal, ¿podemos decir que el mismo nos sirve para objetar el control judicial de leyes? Aparentemente sí. Al menos, tal argumento nos muestra una significativa debilidad en la justificación dada por Hamilton en defensa de la revisión constitucional. De todos modos, conviene resaltar que el convencido defensor del control judicial podría reafirmarse en su convicción y decir —como diría Ackerman, en tal respecto—: El hecho de que admitamos la posibilidad de que surjan nuevos consensos amplios y profundos, tan relevantes como el consenso constitucional original, no nos lleva necesariamente a descartar el valor del control judicial: ¿Por qué, en definitiva, no mantener el control constitucional pero extendido, también, a estos nuevos acuerdos, amplios y profundos? Así, y de acuerdo con esta sugerencia, los jueces deberían declarar inválidas todas aquellas leyes que fueran contrarias a la Constitución —tal como pedía Hamilton— pero además —y esto es lo que Ackerman sugiere agregar— deberían atacar todas

---

<sup>3</sup> Así, en *We the people: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard U. P., 1991; “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, *The Yale Law Journal*, vol. 93, 1984.

<sup>4</sup> Frente a este tipo de objeciones, los defensores del control judicial de las leyes podrían decir lo siguiente: si es que se cuenta con un nuevo consenso tan amplio y profundo ¿por qué no se reforma la constitución, y se torna efectivo dicho consenso? Pero esta réplica, de todos modos, no parece demasiado atractiva. En definitiva, podría ocurrir que la Constitución originaria establezca una cláusula de reforma muy restrictiva, que convierta en enormemente costoso el desarrollo de un cambio constitucional.

aquellas normas que contradigan los más sustanciales acuerdos sociales aparecidos luego del dictado de la Constitución.

Aunque esta salida frente a la objeción intertemporal está sujeta a infinidad de inconvenientes,<sup>5</sup> lo cierto es que, en principio al menos, permite seguir defendiendo el control judicial de las leyes, de un modo similar aunque –en todo caso– más extendido de la forma en que se lo ejerce en la actualidad. Por ello, y para atacar más efectivamente el argumento de Hamilton –y no, simplemente, modificarlo, extendiéndolo– quisiera concentrar mi atención en una tercera y, según creo, más devastadora crítica contra el mismo.

iii) A este tercer argumento posible, de crítica al control judicial de las leyes, voy a llamarlo el argumento sobre la interpretación. El argumento sobre la interpretación comienza concediendo lo que un defensor del control judicial podía solicitarnos, a partir de las observaciones anteriores: aquí se acepta la peculiaridad de el o los momentos constitucionales, y la necesidad de que los jueces hagan respetar el o los acuerdos existentes, anulando las leyes que vengan a contradecirlos. Ahora bien, situados en este punto, esta tercera crítica dice lo siguiente: cuando el defensor del control de constitucionalidad se refiere a la tarea judicial, lo hace presuponiendo el carácter nada problemático de la interpretación. Quiero decir, asume que la tarea de los jueces frente a la Constitución es una tarea más bien automática. Al parecer, para conocer qué es lo que dice la Constitución bastaría con tomar el texto fundamental y leerlo. Luego, y dada la aparente transparencia de este proceso, podría afirmarse que los jueces no hacen nada más que “leer la carta magna a viva voz”. Nos hacen saber, simplemente, qué es lo que decían los constituyentes y así, qué es lo que nosotros, o algunos de entre nosotros, pareció haber olvidado.

Ocurre, sin embargo, que los jueces hacen mucho más que llevar adelante una “mera lectura” de la Constitución. En efecto, en algunos casos, los jueces “incorporan” al texto soluciones normativas que no estaban –al menos, explícitamente– incorporadas en el mismo. Así, por ejemplo, en situaciones tan ajetreadas y conflictivas como la referida al aborto: la mayoría de las Constituciones no dicen absolutamente nada acerca del aborto –como no dicen nada acerca de infinidad de otras cuestiones, escapándole (razonablemente) al riesgo de desarrollar una Constitución extensísima– pero la mayoría de los jueces asumen –en ese caso, como en tantos otros– la tarea de “desentrañar” posibles respuestas a tales dilemas, residentes en los intersticios de la Constitución. Obviamente, en este tipo de casos, una defensa como la de Hamilton-Marshall resulta resentida:

---

<sup>5</sup> Analizo algunos de estos problemas en mi trabajo *La justicia...*, cap. 5.

no puede decirsenos, entonces, que los jueces “simplemente” nos señalan lo que no habíamos visto, esto es, la voluntad de quienes redactaron la Constitución. Esa voluntad no estaba explicitada en el texto, y los jueces, entonces, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: la de reemplazar a los legisladores –a la voluntad ciudadana, en general– en la resolución de cuestiones fundamentales. En el ejemplo en cuestión, nótese, una minoría de jueces decide, en nombre y en lugar del resto de la ciudadanía, qué es lo que debe hacerse en materia de política abortista.

Situaciones como las citadas, de todos modos, no se presentan exclusivamente en los casos en que falta una consideración constitucional explícita acerca de determinados “casos difíciles”. Bien puede ocurrir, por caso, que la Constitución haga clara referencia a una determinada solución normativa pero, frente a un caso concreto, no sepamos qué interpretación exacta otorgarle. Tomemos, por ejemplo, un caso normalmente registrado por todas las Constituciones modernas, como lo es el de la libertad de expresar nuestras ideas por la prensa. Cualquier constitución garantiza del modo más amplio posible el respeto de tal libertad. Pero ¿qué es lo que nos ordena dicho precepto, tan prístinamente redactado, en el caso de que nos enfrentemos a una proclama terrorista? ¿y qué nos dice respecto de las publicaciones pornográficas? ¿y qué acerca de la revelación de “secretos de estado” (i.e., la fórmula para el armado de un artefacto nuclear)? Esto es, aún los artículos más claros de la Constitución se tornan relativamente imprecisos frente a casos concretos, y exigen de un difícil proceso interpretativo. Luego, si es que los jueces quedan legitimados para dar –con carácter final– la interpretación “adecuada” de los textos constitucionales, entonces, imperceptiblemente pasan a concentrar en sus manos un enorme poder de decisión. Si consideramos los ejemplos citados, nos encontramos con que los jueces, y no los ciudadanos o sus representantes, estarían decidiendo sobre la posibilidad de que se difundan o no ciertas ideas; sobre la posibilidad de que se consuman o no publicaciones que –conforme a cierto sector de la población– resultarían inmorales; sobre la posibilidad de que algunos accedan al conocimiento de información potencialmente dañosa. Y es este poder extraordinario que quedaría concedido a los jueces, y no al “pueblo”, lo que resulta, razonablemente, puesto en cuestión por el argumento de la interpretación. A partir de este tipo de criterios, en última instancia, un jurista como Alexander Bickel contribuyó a hacer renacer la crítica a (lo que él denominó) el “carácter contramayoritario” del poder judicial.<sup>6</sup> En su opinión, la revisión judicial

---

<sup>6</sup> Desde las primeras páginas de su famoso libro “The Least Dangerous Branch”, Bickel niega la validez de los argumentos de Hamilton y Marshall. Ambos presentaban argumentos engañosos –afirmó Bickel– porque invocaban al pueblo para justificar la revisión judicial cuando, en realidad, lo

representa el poder de aplicar y dar forma a la Constitución, en cuestiones de la mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión judicial.”<sup>7</sup> Desde el trabajo de Bickel, en particular, el cuestionamiento a la legitimidad del poder judicial se convirtió en un tópico común entre los académicos y profesionales del derecho.<sup>8</sup> Muchos de ellos se preguntaron, entonces: si es que alguno de los poderes de gobierno deben encargarse de interpretar la voluntad popular ¿por qué no confiar dicha misión a los órganos de representación popular?<sup>9</sup>

### Justificaciones contemporáneas y nuevas críticas al control judicial de las leyes

Reconociendo el poder que, de hecho, mantienen los jueces a través del ejercicio del control constitucional, es difícil escapar a la crítica acerca del carácter contramayoritario de la justicia: ¿Por qué, si es que vivimos en una sociedad democrática, debemos aceptar la primacía de la interpretación y decisión final de los jueces acerca de cuestiones constitucionales básicas? Según vimos, el tradicional argumento de Hamilton-Marshall no es capaz de ofrecer una respuesta completamente satisfactoria frente a dicho cuestionamiento. En lo que sigue, entonces, me ocuparé de otras justificaciones que se han dado, procurando defender la revisión judicial, a pesar de la “crítica contramayoritaria”. Cabe aclarar que, de entre las distintas justificaciones ofrecidas, sólo me ocuparé de analizar y criticar unas pocas de entre ellas: aquellas destinadas a justificar el control judicial en la forma y con el alcance con que hoy se lo ejerce. Paso entonces a examinar algunas de entre estas novedosas justificaciones:

i) La crisis de los órganos políticos. Dentro del ambiente jurídico, una de las respuestas más habituales frente a la crítica contramayoritaria, consiste

---

que ocurría, es que se estaba frustrando “la voluntad de aquellos que efectivamente representa[ban] al pueblo”. Los jueces -agregaba- “ejercen un control que no favorece a la mayoría prevaleciente, sino que va contra ella. Esto...es lo que realmente ocurre...esta es la razón por la que se puede acusar al poder de revisión judicial de ser antidemocrático.” Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1978, pág. 17.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pág. 20, cursivas mías.

<sup>8</sup> De acuerdo con Lawrence Tribe, tal vez la voz más respetada dentro del derecho constitucional norteamericano, “en una sociedad política que aspira a una democracia representativa o al menos a tener un sistema de representación popular, los ejercicios del poder que no pueden encontrar justificación última en el consenso de los gobernados resultan muy difíciles, sino imposibles, de justificar.” *American Constitutional Law*, Mineola, New York, The Foundation Press, inc., 1978, p. 48.

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, p. 52.

en sostener que el papel de los jueces se justifica debido a la grave crisis que afecta a los órganos mayoritarios. Conforme con esta postura, hoy no puede sostenerse seriamente que las ramas políticas del gobierno –me refiero al poder legislativo y al poder ejecutivo– representan adecuadamente a la ciudadanía. No puede decirse –se afirma– que las decisiones de los órganos mayoritarios reflejen adecuadamente la voluntad de las mayorías. Lo que parece ocurrir es que la legislación, en líneas generales, guarda poco de imparcial y –tal como lo ratifican los estudios propios de la corriente de la “elección pública”– responde, más bien, a las presiones de determinados grupos de poder, y al autointerés de los políticos. En tal sentido –concluye este análisis– las sentencias judiciales no pueden ser objetadas a partir del “déficit democrático” que afectaría a sus autores. Justamente, la intervención judicial viene –entre otras cosas– a remediar esa falta de imparcialidad que distinguiría a las decisiones legislativas.

Los argumentos anteriores suelen acompañarse con otros dirigidos, más específicamente, a defender la legitimidad de los jueces. En este sentido, se señala que el “déficit democrático” que afectaría a los jueces es bastante menos grave que lo sugerido: por un lado, los jueces no son electos de un modo “antidemocrático”, sino por el modo que establece nuestra Constitución y, además, sus mismas funciones los llevan a estar en permanente contacto con el “ciudadano común”: en este sentido, podría decirse, los jueces, tal vez más que los legisladores, entran habitualmente en relación con los “reclamos reales” de la ciudadanía.

Ahora bien, pese al crudo “realismo” que pretende caracterizar a este análisis, lo cierto es que el mismo peca de serias debilidades. En primer lugar, si la visión de la democracia que, en líneas generales, aceptamos, nos dice que tenemos razones para deferir la creación legislativa a las mayorías o a sus representantes, entonces, lo que corresponde hacer, frente a una hipotética “crisis de legitimidad de los órganos políticos”, es perfeccionar los mecanismos mayoritarios y no, en cambio, echarlos por la borda, deshacerse de ellos.

De modo similar corresponde decir que, si es que efectivamente tenemos razones para criticar el actual funcionamiento de los órganos políticos, tales razones no nos permiten, de por sí, defender el rol de los jueces en el reemplazo de aquellos, del mismo modo en que no tendríamos razones para proponer, en reemplazo de un Parlamento en crisis, la autoridad incuestionada de un dictador o un grupo cualquiera de “reyes filósofos”. En definitiva, la tarea de defender alguna de estas alternativas nos exige, en todo caso, el recurso a una difícil justificación independiente.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Una excelente crítica en este sentido, siguiendo una orientación similar a la aquí señalada, por ejemplo, en Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, n. 1.

Por otra parte, conviene señalar que el poder judicial no se encuentra completamente ajeno al tipo de defectos que se le adjudican a los poderes políticos, aunque –debido al modo de ejercicio de la tarea judicial– tales defectos adquieran, en estos casos, formas algo diferentes. En este sentido, por ejemplo, cabría decir que las decisiones de los jueces también pueden resultar motivadas por el autointerés de los mismos. O, podría decirse también, que el poder judicial, salvo casos relativamente excepcionales, no se encuentra libre de presiones provenientes del ámbito extra-judicial. En países con una cultura jurídica más asentada, este último problema resulta algo relativizado. Sin embargo, en países menos desarrollados jurídicamente, es muy habitual que se hable de “tribus judiciales” o “camarillas”, para hacer referencia a la más que habitual inclinación de los jueces hacia la toma de decisiones “parcializadas”. Del mismo modo, en países como los Latinoamericanos, la observación más común en relación con el poder judicial tiene que ver con su falta de independencia respecto de los órganos políticos. De hecho, las reformas constitucionales que se dieron, recientemente, en casi todos los países de la región, tomaron como uno de sus objetivos principales el de reconstituir, de algún modo, la muy deteriorada independencia judicial.<sup>11</sup>

Finalmente, cabe anotar que la alegada “cercanía” entre los jueces y el “ciudadano común” tampoco alcanza para remediar el apuntado “déficit democrático” de los jueces. De hecho, tal línea de argumentación es tan insólita como la que pretendiera hablarnos de la legitimidad democrática de los sicoanalistas, los médicos, o los taxistas, por su “cercanía” con el público común. Es que, cuando hablamos de “legitimidad democrática” de un órgano o un funcionario tendemos a hacer referencia a cosas que tienen poco que ver con los contactos más o menos informales que dicho órgano o funcionario suela establecer con el público. Más bien, tendemos a prestarle atención a hechos tales como que los funcionarios en cuestión sean elegidos a partir de un proceso mayoritario, y/o sus decisiones estén sujetas a periódicos controles ciudadanos. Todas las demás acotaciones, en principio, resultan meramente anecdóticas.

ii) La protección de los derechos de las minorías. Otra línea de respaldo a la tarea judicial, tiene que ver con la defensa que teóricamente hacen

---

<sup>11</sup> Entre los países latinoamericanos que orientaron sus reformas, muy especialmente, hacia la reconstitución de la independencia judicial se encuentran, por ejemplo, la Argentina, México, Brasil, Paraguay, Bolivia, Colombia, y Perú. El problema de la dependencia judicial también es notorio en la mayoría de los países latinoamericanos restantes. Los casos de Venezuela y la mayoría de los estados centroamericanos –salvo el caso de Costa Rica, tal vez– resultan igualmente notorios en cuanto a la falta de independencia judicial.

los órganos judiciales de los derechos de las minorías. Este argumento dice, más o menos, lo siguiente: dado que nuestra democracia se orienta, naturalmente, a satisfacer las pretensiones de la mayoría, necesitamos de procedimientos que nos ayuden a salvaguardar los derechos de las minorías. De lo contrario, las mayorías podrían, directamente, pasar por encima de aquellas, conforme a los meros impulsos que coyunturalmente las motiven. De acuerdo con esta línea de argumentación, la Constitución, por una parte, establece (suele establecer al menos) ciertos derechos con la finalidad de que las mayorías encuentren límites a sus ambiciones y, por otra, organiza el poder judicial con el objetivo de asegurar el respeto de tales derechos. En este sentido, el carácter contramayoritario del poder judicial (o sea, el hecho de que sus miembros no resulten electos directamente por la ciudadanía -en la mayoría de los casos- ni tengan que revalidar periódicamente sus cartas credenciales frente al pueblo) aparece como un objetivo buscado: si los jueces dependieran (para llegar a sus cargos o para mantenerse en los mismos) de las simpatías populares, entonces, la suerte de las minorías aparecería fuertemente amenazada. ¿Quién protegería a tales minorías, si es que todo el sistema institucional se organizase de modo tal de complacer las apetencias mayoritarias?

Nuevamente, nos encontramos aquí frente a una defensa relativamente pobre de la tarea de los jueces. El argumento mencionado, en efecto, presenta varios defectos. En primer lugar, se encuentra en el mismo una falacia muy común, que es la de asimilar el carácter no-mayoritario (no dependiente de las mayorías) de los jueces, con su supuesta tarea de defensa de las minorías. Dicho de otro modo: puede ser razonable pensar que si todos los órganos de nuestro sistema institucional responden a las mayorías, luego, las minorías van a hallarse en problemas. Sin embargo, dicha convicción no nos proporciona ninguna razón para continuar tal argumento y decir que un órgano no-mayoritario va a garantizarnos mejor que uno mayoritario la defensa de las minorías: del hecho que los jueces no representen a las mayorías, numéricamente hablando, no se deriva que los mismos representen, o tengan una conexión especial, con la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad (aludiendo con la idea de minorías, por ejemplo, a grupos minoritarios en número, como el de los homosexuales, o aun grupos numéricamente mayoritarios pero políticamente débiles, como el de las mujeres). En definitiva, lo que ocurre con el argumento de los jueces como defensores de las minorías es que el mismo apela, injustificadamente, a una cuestión motivacional que en verdad no existe: ¿Cuál es la conexión entre tener un órgano judicial contramayoritario y asegurar una mejor protección de los derechos de los inmigrantes, los homosexuales, las minorías religiosas, etc.? ¿Por qué

tenemos que pensar que los jueces van a estar especialmente interesados en proteger los derechos de tales grupos?<sup>12</sup>

iii-a) El razonamiento judicial y la imparcialidad. Otra forma de defender el rol que juegan los jueces dentro de la democracia representativa, consiste en presentar las virtudes del razonamiento judicial habitual, y sobre todo, la imparcialidad que tiende a distinguir a dicho razonamiento. Este argumento puede presentarse de maneras diversas. Según algunos, por ejemplo, el hecho de que los jueces no estén sujetos a presiones electorales, el hecho de que tengan tiempo para deliberar con relativa tranquilidad, su relativo aislamiento, etc., favorecen la posibilidad de un buen razonamiento y así, la toma de decisiones imparciales.<sup>13</sup> Entiéndase, aquí no se sostiene –como algunos podrían sostener o interpretar– que los jueces son individuos especialmente capacitados para ejercer la razón. La idea es que las propias condiciones de la tarea judicial contribuyen a que éste órgano pase a ser el más idóneo a la hora de tomar decisiones conflictivas, susceptibles de afectar la suerte de individuos o grupos con intereses contrapuestos.

A pesar de la importancia y difusión de argumentos como el citado, son muchas las razones que pueden invocarse en su contra. Una primera línea de críticas apunta al elitismo epistemológico que implícitamente se defiende en dicho análisis. En efecto, en las consideraciones anteriores se afirma implícitamente que la reflexión aislada e individual (o en pequeños grupos) de los jueces, en materia de cuestiones constitucionales, nos garantiza la toma de decisiones imparciales de un modo más apropiado que la misma discusión colectiva. Sin embargo, los proponentes de tal postura deben dar razones de por qué dicha forma de razonamiento nos acerca más a la toma de una decisión imparcial que un procedimiento que, en cambio, involucre más directamente a todos los potencialmente afectados por la decisión a tomarse. De hecho, la ausencia de estos últimos del proceso de toma de decisiones preanuncia algunos previsibles males, capaces de

---

<sup>12</sup> La frustrada “conexión motivacional” entre jueces y minorías, en cambio, había sido resuelta –de un modo eficiente aunque seguramente hoy inaceptable– por los “padres fundadores” de la democracia norteamericana. Ellos se preocuparon especialmente por asegurar la defensa de los derechos de una particular minoría, la minoría de los propietarios, procurando que en el poder judicial existiese una mayoría de jueces provenientes de dicho sector social. Luego, les resultó sencillo pensar que el poder judicial iba a estar especialmente orientado a defender los derechos de tales minorías: dado que 1) los jueces se encontraban tan estrechamente vinculados con la minoría de los propietarios (o como se les denominaba, los “well-born”, los “ricos”, o los “acreedores”), y además, 2) que (tal como asumían) este grupo social era internamente homogéneo y 3) sus miembros, naturalmente, tendían a actuar movidos por el autointerés, luego, 4) los jueces iban a orientar sus decisiones hacia la protección de las minorías (tan peculiarmente definidas).

<sup>13</sup>Ver, por ejemplo, Alexander Bickel, *op. cit.*

afectar la imparcialidad de la decisión en juego. Por ejemplo, la ausencia de la ciudadanía en dicho proceso puede provocar que los decisores elijan un modo de resolución del conflicto que en definitiva desconozca algún punto de vista relevante; o que, queriendo tomar en cuenta las consideraciones de un cierto grupo relevante, identifiquen de modo equivocado los puntos de vista de este grupo; o que, simplemente, carezcan de la motivación necesaria para representar debidamente los intereses de los sectores a los que pretenden representar, a través de su decisión. Obviamente, este tipo de males resultan en principio salvados por un procedimiento de toma de decisiones que involucre más directamente a los potencialmente afectados por tal decisión –en lugar de reemplazarlos, a todos ellos, por un grupo particular de jueces–. Así, y contra lo sostenido por los defensores de un cierto elitismo epistemológico, cabría señalar que es justamente en las cuestiones constitucionales básicas –y por causas como las expuestas– en donde más se requiere de un amplio proceso de consulta y discusión: esto es, cuando están en juego problemas tales como la organización económica de la sociedad, los alcances que queremos darle a la idea de libertad de expresión, etc., no parece razonable que toda la comunidad resulte privada de dar su opinión al respecto, para terminar rigiéndose por lo que decida en tales casos un tribunal.

Algún crítico podría afirmar, de todos modos, que el modelo descripto no refleja adecuadamente la forma en que los jueces deciden. Dicho crítico podría sostener, por ejemplo, que en verdad los magistrados toman sus decisiones a partir de un continuo, aunque tal vez no claramente visible, diálogo con la ciudadanía: los jueces –podría decirsenos– tienden (de hecho) a prestar atención a las reacciones de la ciudadanía frente a sus fallos, tienden a reconsiderar sus decisiones cuando ellas resultan mayoritariamente rechazadas. Según Dworkin, por ejemplo, es dable esperar que “[las] decisiones verdaderamente impopulares [de los tribunales resulten] erosionadas por la renuncia de la adhesión pública”.<sup>14</sup> Pero ¿es esto realmente así? y, en todo caso, ¿hasta qué punto resulta plausible el argumento que acompaña a tal descripción?

Entiendo que, frente a un criterio como el señalado podría afirmarse, en primer lugar, que el “diálogo” entre jueces y ciudadanos al que se hace referencia es un diálogo bastante inequitativo. En dicho diálogo, en efecto, sólo una de las partes –la representada por la justicia– aparece dotada con el derecho de decir la última palabra, con la capacidad de mantener su posición inmodificada en tanto así lo prefiera. Los ciudadanos, en cambio, sólo pueden esperar que jueces benignos reconozcan el peso que merecen sus puntos de vista, y los tomen en cuenta a la hora de elaborar –privada e

---

<sup>14</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ed. Planeta, Barcelona, 1993.

incontroladamente—sus decisiones. Por ello, podría replicarse, esta situación sólo con mucho esfuerzo puede describirse como un diálogo razonable, para atribuirle las virtudes que se le quieren atribuir, al hacerse uso de tal idea: aquí las partes no están situadas en una posición más o menos simétrica sino que, por el contrario, una de ellas goza de la capacidad de “acudir a” o “retirarse” del diálogo apenas lo desee, para decidir conforme a sus propios criterios. Y, lo que es más importante, la decisión que ella toma tiene efectos directos sobre la otra parte, aun cuando tal decisión haya sido tomada sin el mínimo asentimiento de la parte afectada.

iii-b) El razonamiento judicial y la imparcialidad. En el apartado anterior (iii-a) vimos una forma posible de defender el rol de los jueces teniendo en cuenta las virtudes del razonamiento judicial: mostrar que las condiciones de ejercicio de la tarea judicial resultaban especialmente adecuadas para llevar adelante un razonamiento imparcial. Ahora quiero llamar la atención sobre otra forma posible de presentar tal argumento. Esta, se enfoca menos sobre las buenas consecuencias que surgirían a partir de las apropiadas condiciones en que suele ejercerse la actividad judicial, sino que concentra su atención, más bien, en las formas y contenidos de las sentencias.

Un ejemplo de esta aproximación es la que proporciona el reconocido filósofo John Rawls conforme a quien el razonamiento judicial constituye un “paradigma” del tipo de razonamiento debido, para aquellos casos en que están en juego cuestiones constitucionales básicas. Ello, sobre todo, cuando las cuestiones que se tienen que resolver se presentan en el marco de sociedades como las que conocemos, esto es, dentro de sociedades caracterizadas por la presencia de una multiplicidad de concepciones del bien en disputa (sociedades caracterizadas por lo que Rawls denomina el “hecho del pluralismo”).<sup>15</sup>

Aunque Rawls niega estar defendiendo, directamente, la revisión judicial de las leyes, de modo indirecto provee una justificación posible a la misma (aunque él, luego, la suscriba o no), mostrando las peculiares cualidades del razonamiento judicial. De acuerdo con Rawls, la rama judicial es la única, dentro del sistema tripartito de poderes, “que [aparece abiertamente como] una criatura de la razón, y sólo de la razón”.<sup>16</sup> Ocurre que los jueces, antes que nada, están obligados a dar razones de sus decisiones, al redactar sus fallos. Esta obligación, distintiva de la tarea judicial, compromete a los jueces con la fundamental tarea de buscar buenos argumentos.

---

<sup>15</sup> John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia U. P., 1993), p. 231.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 235.

Por otra parte –y esto es lo que más le interesa a Rawls– los contenidos de las decisiones de los jueces también muestran características particulares, en especial, en cuanto a los argumentos que no se incluyen en tales decisiones. En efecto, al redactar sus fallos, tienden (o, en todo caso, de-bieran tender) a dejar de lado sus propias concepciones religiosas o filo-sóficas. En tales ocasiones –según Rawls– los jueces no pueden apelar, tampoco, a su propia concepción moral ni, más generalmente, a “los ideales y virtudes de la moralidad”, y ni siquiera pueden citar, de modo irrestricto, particulares ideales políticos. Lo que los jueces deben hacer, en cambio –llevados por lo que Rawls llama un “deber de civilidad”– es invocar sólo aquellos valores que, de buena fe, puedan razonablemente esperar que todos los ciudadanos acepten, como sujetos racionales y razonables.<sup>17</sup> Esto es, deben invocar exclusivamente aquellos valores que formen parte de la “concepción pública” de la justicia.

Así, alguien podría intentar una defensa del control judicial sosteniendo que el modo en que los jueces, habitualmente, toman sus decisiones, los convertiría en funcionarios especialmente aptos para enfrentar la difícil tarea que se les suele asignar. En efecto, ni los ciudadanos ni los legisladores suelen verse constreñidos del modo en que acostumbran a estarlo los jueces. Aquellos “pueden, apropiadamente, votar en favor de sus concepciones más comprensivas cuando no se encuentran en juego cuestiones constitucionales esenciales o cuestiones básicas de justicia”.<sup>18</sup> En cambio –según autores como Rawls– los jueces se encuentran siempre obligados tanto a justificar públicamente sus decisiones, como a no apelar a concepciones filosóficas o religiosas comprensivas.

El acercamiento de Rawls requiere de un análisis mucho más extenso que el que puedo presentar en este trabajo. De todos modos, señalaría que el mismo puede ser blanco de una importante serie de objeciones –al menos, teniendo en cuenta la breve pero (espero) ajustada síntesis aquí ex-puesta–. Antes que nada podría afirmarse, contra Rawls, que su modelo sólo alcanza a defender un cierto ejercicio ideal de la tarea judicial. Ello, cuando lo cierto es que el cumplimiento del “deber de civilidad” –que Rawls exige y espera de los jueces, en su desempeño–, es fundamentalmente esperable en jueces “kantianos” o “rawlsianos”: los demás, en cambio, acostumbran a apoyarse en más o menos amplias concepciones del bien, o a esconder su invocación de valores particulares en un lenguaje pretendidamente neutral. Más allá de este punto, cabría sostener que el modelo descrito por Rawls no sólo no se da en la práctica sino que, aun si se diese, no se encontraría obviamente justificado. Por ejemplo, podría objetarse que este

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 235.

modelo restringe indebidamente la discusión de cuestiones de interés público a ciertos temas –las “cuestiones constitucionales esenciales” y las “cuestiones básicas de justicia”–, y a ciertos argumentos –aquellos que, razonablemente, pueda esperarse que todos los demás sujetos razonables acepten–. Frente a tales restricciones, podríamos pre-guntarnos: ¿por qué no pensar que son los mismos individuos los que deben encontrar sus puntos básicos de acuerdo? ¿por qué correr el riesgo de que algunos teóricos o jueces limiten indebidamente la discusión pública, a partir del uso de una distinción –la distinción entre razones públicas y no públicas– tan difícil de precisar?<sup>19</sup> ¿por qué y cómo impedir que se discutan plenamente las cuestiones básicas de justicia en ámbitos gubernamentales?<sup>20</sup>

En definitiva, la idea es que la sugerencia de Rawls –orientada, en todo caso, a justificar un cierto ejercicio ideal del control judicial– no parece capaz de alcanzar el objetivo que se propone. Aun si los jueces desempeñaran su tarea del modo recomendado por Rawls (tarea de por sí muy improbable), nos quedarían razones para objetar dicha modalidad de control judicial y, sobre todo, el papel tan especialmente limitado que le queda por jugar a la ciudadanía (limitado en cuanto a su dificultad para revertir las decisiones judiciales, limitado en cuanto al modo y tipo de problemas que puede discutir en ámbitos públicos, etc.). Sucede que Rawls nos pide que, en y para la política, justamente, “anestesiemos nuestras convicciones más profundas y potentes acerca de la fe religiosa, de la virtud moral, y de cómo vivir”,<sup>21</sup> que pongamos entre paréntesis nuestras más importantes convicciones éticas al ir a votar o al discutir de política. Y este requerimiento, puede decirse, se enfrenta a “formidables problemas conceptuales, psicológicos, culturales, e institucionales”.<sup>22</sup> Por lo dicho, según entiendo, la defensa del control judicial que se pretenda articular desde dichas bases se encuentra condenada, también, al fracaso.

---

<sup>19</sup> Ver, en este sentido, Thomas McCarthy, “Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue”, *Ethics*, vol. 105, n. 1, 1994; o Ronald Dworkin, *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, Barcelona, 1993; o Seyla Benhabib, “Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy”, *Constellations*, vol. 1, n. 1, 1994.

<sup>20</sup> La propuesta de Rawls, además, resulta innecesariamente conservadora o –como diría Joseph Raz– “complaciente” frente al actual estado de cosas, al pedirnos que las soluciones que proponemos se basen exclusivamente en nuestra concepción pública compartida. Y esta actitud, en general, parece poco recomendable si aceptamos que “[cualquier] teoría moral y política debe estar abierta a la posibilidad de que la sociedad a la que se aplique resulte fundamentalmente defectuosa”. Ocurre, como afirma Raz, que parte de la función de tales teorías es la de llevar adelante una crítica radical a las instituciones y creencias propias de la sociedad de que se trate. Joseph Raz, “Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence”, *Philosophy and Public Affairs* 19, n. 1, 1990, p. 31.

<sup>21</sup> Ronald Dworkin, *Ética privada...*, pp. 57, 63.

<sup>22</sup> McCarthy, *op. cit.*, p. 52.

## Conclusiones

Hasta aquí, entonces, he procurado mostrar las debilidades que afectan a muchas de entre las más habituales y significativas defensas del control judicial, tal como hoy se lo ejerce. Ahora bien, mis críticas al modo habitual de actuación del poder judicial no deben verse como una implícita defensa de la tarea de las actuales legislaturas. Por el contrario, considero que, efectivamente, los órganos políticos atraviesan una severa crisis que requiere ser atendida, perfeccionando las instituciones existentes y abriéndolas –de un modo en que hoy no lo están– a la ciudadanía. Del mismo modo, y para concluir, quisiera señalar que todo lo expuesto hasta aquí no pretende negar la posibilidad de justificar algún tipo –más restringido– de control judicial; así como tampoco pretende rechazar la posibilidad de defender algún tipo de participación del poder judicial en el proceso de creación e interpretación jurídica. El examen de estas eventuales variables, obviamente, debe quedar para otra oportunidad.