

FERNANDO ATRIA

LA FORMA DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

CAPÍTULO 12

LA LLAMADA «JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL» COMO CONCEPTO LÍMITE

1 LO QUE ESTARÁ EN DISCUSIÓN

¿Cuáles son las condiciones bajo las que es probable la decisión judicial? De un modo indirecto, esta es la pregunta que nos ocupará en este capítulo. Responderla es desde luego necesario para completar la idea de que la configuración institucional de la jurisdicción debe ser entendida como una manera de hacer probable lo improbable. Como vimos en el capítulo 3, la razón por la que esta pregunta no puede ser directamente respondida es que la distinción entre decidir jurisdiccionalmente y decidir políticamente es una distinción que carece de forma. Eso nos hizo volver la mirada hacia las reglas orgánicas de la potestad judicial. En este capítulo consideraremos el problema de órganos que están configurados siguiendo el modelo de esas reglas orgánicas, pero que desempeñan una función que solo es jurisdicción si este es un concepto nominal.

Para discutir esta cuestión es crucial no cometer el error (formalista) de olvidar que la estructura tiene sentido en la medida en que es la formalización de una función con el objeto de hacerla probable. Lo que ahora habremos de discutir será la llamada «jurisdicción constitucional» porque aquí precisamente estamos (para adelantar una de las ideas centrales) ante un uso puramente nominal de la palabra «jurisdicción»: lo que permite entender la potestad de un tribunal constitucional como jurisdicción no es su función sino su estructura, es decir, el hecho de que ese órgano esté estructurado como tribunal. Pero entender que lo decisivo es la estructura, con independencia de la función que

el órgano cumple, es precisamente el error «formalista» de entender a los conceptos jurídicos como clases estructurales, *i. e.* nominales.

Esto quiere decir que en este capítulo habremos de discutir el problema de la «legitimidad» de la llamada «justicia constitucional». Sin embargo, el sentido de esta discusión aquí es diverso del habitual. Es común que al discutir este tema el punto de partida sea alguna comprensión usualmente tosca de democracia que reduce, como ya hemos visto, la legitimación material a la legitimación orgánico-personal. Luego los caminos se bifurcan, naturalmente: si el autor es escéptico del «*judicial review*», su conclusión será que no hay razón para «confiar» más en jueces que en los representantes del pueblo en la medida en que estos tienen, a diferencia de aquellos, más «legitimación democrática» («más» aquí es lo mismo que «más inmediata»). Así, por ejemplo, procede Jeremy WALDRON, probablemente el crítico más destacado actualmente de la jurisdicción constitucional (véase, por ejemplo, WALDRON, 2006); si el autor respectivo defiende el *judicial review*, será necesario introducir una comprensión «sustantiva» de democracia en la que esta no es reducible a la prioridad de la legitimación orgánico-personal, sino también al respeto de un determinado catálogo de derechos fundamentales¹.

En contraposición a esta manera de enfrentar el problema, aquí la cuestión será discutida desde una óptica institucional, no filosófica, moral o conceptual. Contra la primera vía indicada más arriba, el argumento descansa en el rechazo de la reducción de la legitimidad material a la legitimidad orgánico-personal, y a la idea correlativa de que siempre será el caso que una legitimación «más inmediata» es más legitimadora que una más mediata; pero en contra de la segunda, rechaza las apelaciones no mediadas a la sustancia (a los derechos fundamentales, por ejemplo) porque estas apelaciones son siempre polémicas. El argumento, para formularlo brevemente, será que el tribunal constitucional es un caso especialmente claro de contradicción entre forma y sustancia, entre estructura y función.

Explicar la idea de que el caso de un tribunal constitucional hay una contradicción entre función y estructura nos permitirá desarrollar la tesis del capítulo 7, porque nos obligará a profundizar la idea, ahí explicada, de que la estructura es reducible, aunque solo mediatamente, a la función. La tesis aquí será que las decisiones de un tribunal constitucional solo pueden ser entendidas como decisiones de justificación de normas, y por eso no pueden ser jurisdiccionales en sentido funcional. Si lo que hace un tribunal constitucional es descrito como «jurisdicción», eso necesariamente supone, entonces, un concepto estructural (nominal) de jurisdicción, conforme al cual es jurisdicción todo lo que hace un órgano denominado «tribunal». Esto fuerza, en términos

¹ DWORKIN, por ejemplo, distingue entre una concepción «mayoritaria» y una «asociativa» (*partnership conception*) de la democracia en DWORKIN, 2002b: 365-358 y en DWORKIN, 2011: 382-385.

de una teoría de la adjudicación, un «giro nominalista»: tribunal en todo lo que la ley llama tribunal, o lo que tiene conforme a la ley forma de tribunal, con independencia de la función que desempeña. Dado este giro nominalista, la discusión no puede sino devenir puramente normativa.

En la afirmación anterior hay una explicación para ese giro nominalista que puede resultar contraintuitiva. En efecto, uno esperaría que lo general (el nominalismo sobre las ideas de jurisdicción y legislación) explica lo especial (el nominalismo sobre la jurisdicción constitucional), aunque mi impresión es precisamente la contraria. Al menos en la medida en que la discusión sobre estas cuestiones ha estado dominada por la literatura norteamericana (no precisamente escasa), lo que la ha guiado no es la cuestión (teórica) de si el *judicial review* es compatible o no con la democracia, sino la cuestión (política) de si la jurisprudencia «progresista» de la Corte Warren y Burger (desde *Brown v. Board of Education*² hasta *Roe v. Wade*³) fue una usurpación de poderes por una Corte liberal o un correcto ejercicio de sus facultades constitucionales por la Corte Suprema. Como la cuestión era política y no teórica, defender el *judicial review* era lo mismo que defender esa jurisprudencia progresista, lo que a su vez era lo mismo que ser «liberal» (en el sentido norteamericano de «liberal», que es distinto de todos los demás sentidos). El liberal necesitaba una respuesta al argumento más poderoso del conservador: que la Corte Suprema había sido «capturada» por un grupo de activistas liberales que usurparon poderes que solo detentaba lícitamente el pueblo norteamericano. La manera de responder tenía que ser que en esa jurisprudencia no solo no había usurpación, sino realización de la voluntad verdadera del pueblo. Es decir: esa jurisprudencia era lo que un tribunal tenía el deber de producir enfrentado a casos como los que la Corte Suprema de la época debió enfrentar. Es decir, era necesario decir que al integrar racialmente las escuelas del sur, o al reconocer un derecho al aborto, la Corte Suprema estaba actuando como juez y no como legislador. Para fundar esta respuesta, entonces, para presentar el *judicial review* como algo propiamente judicial, era necesario redefinir la función judicial. Aquí está el origen del giro nominalista, porque lo único que comparten la jurisdicción propiamente tal y la jurisdicción constitucional es el nombre. Este nominalismo, a su vez, explica la popularidad, en la discusión norteamericana, de la visión escéptica («pragmatista») de la función judicial ya discutida.

Esta discusión completa así el argumento, comenzado en el capítulo 7, por una teoría funcional-pero-estructuralmente-mediada de la jurisdicción, haciendo referencia a un caso aparente. A pesar, entonces, de que la discusión sobre la justificación de un órgano como un tribunal constitucional es impor-

² 347 US 483 (1954).

³ 410 US 113 (1973).

tante en sus propios términos, aquí ella aparece porque la denominada «jurisdicción constitucional» provee, como lo sostiene HABERMAS, de «un punto metodológico de referencia institucionalmente aprehensible» para la discusión sobre la jurisdicción (HABERMAS, 1998: 317). Su análisis nos mostrará que, en rigor, la expresión «jurisdicción constitucional» es una contradicción en los términos.

Ahora bien, esta conclusión invita naturalmente a la siguiente pregunta: ¿qué hay de importante en la palabra que usamos para describir el órgano en cuestión? Esta pregunta apareció, como tantas otras cuestiones fundamentales para la cuestión que nos ocupará, en la controversia entre Carl SCHMITT y Hans KELSEN sobre la defensa de la constitución. SCHMITT sostenía que un tribunal constitucional no era un tribunal ni era jurisdicción la potestad que ejercía. Pero con esto, sostuvo KELSEN, SCHMITT pretendía deducir de conceptos (como «tribunal» y «jurisdicción») consecuencias para la organización del Estado (KELSEN, 1935: 21). En el capítulo 15 habremos de responder esta objeción de KELSEN, para explicar por qué la cuestión de si la expresión «tribunal constitucional» es o no una contradicción en los términos no es una cuestión de palabras.

De modo que, aunque estos capítulos no cumplirían su objetivo si fueran entendidos «solo» como un argumento en contra de la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, lo que discutiremos será precisamente el problema de la interpretación y aplicación judicial de la constitución. Para hacerlo con provecho, necesitamos preparar el camino removiendo de él cuestiones que son habitualmente invocadas, pero que no son relevantes para nuestra discusión.

Este ejercicio profiláctico es especialmente importante para proceder a la discusión de un tema que es y ha sido intensamente discutido, cuando se trata de hacerlo desde una óptica distinta de la habitual. En efecto, al cambiar los términos del problema cambia también qué es lo que está en discusión y cuáles son las cuestiones decisivas.

2. LO QUE NO ESTARÁ EN DISCUSIÓN

La finalidad de esta sección es puramente negativa. Hay tres consideraciones que suelen ser invocadas para celebrar el paso de lo que se denomina una constitución «semántica» o «nominal» a una «normativa», pero que en realidad son irrelevantes⁴. La primera idea es la de supremacía constitucional. Suele sostenerse que solo en la medida en que las normas de la constitución

⁴ Estas categorías (constituciones «semánticas», «nominales» y «normativas») son de LOEWENSTEIN, 1976: 217-222.

impongan «verdaderas» obligaciones, la constitución es («verdaderamente») la norma suprema. Y lo que caracteriza a las obligaciones «verdaderas» y las distingue de las «meramente programáticas», es la existencia de procedimientos jurisdiccionales que garantizan la exigibilidad de sus derechos correlativos.

La segunda idea que suele invocarse para justificar o celebrar el paso de una constitución semántica a una normativa es la de derechos como límites a las decisiones mayoritarias. Si los derechos son reconocidos (de nuevo, «verdaderamente») como límites a la competencia de los órganos legislativos, eso no puede sino implicar que la validez de los actos de esos órganos ha de quedar sujeta al hecho de que ellos efectivamente respeten los límites de su competencia, por lo que se requiere un tribunal competente para determinar si esos límites han sido o no infringidos.

La tercera razón, y la que probablemente tiene más poder explicativo en términos históricos y emocionales, es el hecho del terror. De un modo notoriamente ecuaníme, en diversas culturas y tanto en lugares centrales como marginales de cada una, el siglo XX nos enseñó (en caso de que no lo hubiéramos notado) la fragilidad de lo político y la posibilidad de que se disuelva en el terror. Los tribunales constitucionales, en este contexto, surgen como reacción a esta constatación: no basta declarar la importancia de ciertos derechos constitucionales (humanos), es necesario crear mecanismos institucionales para protegerlos y un tribunal constitucional es el paradigma de esos mecanismos. De otro modo los derechos estarían expuestos a las mayorías y su «tiranía», o en general a la contingencia de lo político.

La razón por la cual es importante separar la cuestión de la posibilidad y justificación de un tribunal constitucional de estos tres argumentos es doble. Primero, porque es poco común que errores generalizados no digan algo importante sobre aquello respecto de lo cual yerran. Por consiguiente, si bien estos argumentos son en sus términos evidentemente insuficientes para justificar la conclusión que pretenden justificar, antes de desecharlos es necesario dar cuenta de lo que los hace en principio plausibles. En segundo lugar, los tres argumentos parten de premisas que son importantes y deben ser rescatadas del abuso que se hace de ellas. Correctamente entendidas, tanto la idea de supremacía constitucional como la de que los individuos tienen derechos que constituyen límites a las decisiones mayoritarias son elementos necesarios de la organización institucional de una comunidad política en que no haya opresión. El tercer argumento es igualmente sólido en cuanto a su punto de partida: si el tribunal constitucional fuera un mecanismo necesario o al menos coadyuvante en el cumplimiento de la promesa de «nunca más», ello sería un argumento prácticamente irredargüible a su favor.

Si cualquiera de estos argumentos lograra mostrar la conexión interna que pretende establecer (entre jurisdicción constitucional y supremacía cons-

titucional, respeto de los derechos fundamentales o evitación del terror) ello constituiría un argumento decisivo en la discusión. Tal es el valor de estas tres ideas. La finalidad («profiláctica») de esta sección es mostrar que esta conexión interna, sin embargo, es espuria en los tres casos, de modo que bien entendidas esas tres ideas no solo no justifican un tribunal constitucional sino que, de distintas maneras, contribuyen a mostrar su aspecto problemático. Además, entonces, de limpiar el camino para llegar a las cuestiones que son en realidad decisivas, la discusión que sigue pretende profundizar nuestra comprensión de estas tres importantes ideas.

2.1. La supremacía de la constitución

Desde que la Corte Suprema norteamericana decidiera en 1804 el famoso caso *Marbury v. Madison*⁵, es común creer que al discutir el problema del control de constitucionalidad de las leyes estamos preguntándonos sobre si hemos de considerar o no a la constitución política como la norma suprema del sistema jurídico. Como se sabe, la corte de *Marbury* decidió, sin texto constitucional que la autorizara explícitamente para ello, arrogarse competencia para conocer de reclamos de constitucionalidad de una ley. El fundamento de su decisión fue la idea de que, si la constitución era la ley suprema, entonces los jueces llamados a aplicar el derecho debían pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley ordinaria, porque debían poder decir cuál era el derecho que correspondía aplicar⁶. Siguiendo una argumentación similar a la lógica de Marshall, es hoy común oír que para que pueda decirse de un sistema jurídico que se sujeta al ideal de la supremacía de la constitución es condición necesaria que las leyes contrarias a la constitución pueden ser invalidadas por un órgano jurisdiccional, más o menos «ordinario». La siguiente afirmación es hoy casi un lugar común:

Dejar en el propio Congreso la misión de determinar la conformidad o el desacuerdo de una norma aprobada por él mismo con la ley fundamental equivale a no consagrar efectivamente la supremacía constitucional (SILVA, 1997: 125).

Este argumento es evidentemente falso, porque desconoce la naturaleza institucional del derecho. Que el derecho sea un sistema institucional implica, como hemos visto, que sus normas son razones formales. Que sean razones formales quiere decir que ellas son decisiones protegidas por exclusiones que cumplen, precisamente, la función de distribuir competencias, desplazando,

⁵ 5 US 137 (1803).

⁶ La objeción que sigue al argumento de Marshall en *Marbury v. Madison* es hoy un lugar común, para la cual puede verse prácticamente cualquier texto que se refiera a esa decisión. En castellano, véase Nino, 1991: 98-102.

así, ciertas decisiones para que puedan ser tomadas por los órganos o a través del procedimiento cuya posición o configuración institucional haga más probable que ellas sean correctas. Si este es el caso, cuando esas decisiones ya han sido tomadas por esos órganos o a través de esos procedimientos, su identificación (por otros órganos o en otros procedimientos) es estructural y no ya funcional; mira a la forma y no a la sustancia. Para no hacer referencia a la ley (que es lo que ahora está en discusión) podemos volver sobre el concepto formal de «contrato». Del hecho de que el juez carezca de competencia para pronunciarse sobre la justicia del intercambio acordado entre las partes (es decir, la equivalencia real de las prestaciones a las cuales cada una se obligó) no puede concluirse que la justicia en el intercambio sea irrelevante para el derecho. Esa decisión le corresponde a las partes, que son quienes están, cuando se cumplen las condiciones legalmente establecidas para la validez de su acuerdo, en mejor posición que el juez para decidir qué es lo que constituye un intercambio equitativo⁷. Como son ellas las que están en mejor posición para decidirlo, una vez que han tomado esa decisión la cuestión sustantiva de si el intercambio es o no equitativo deviene irrelevante, porque el derecho reconoce a las partes autoridad final sobre esa decisión. Es la idea de «autoridad final» la que explica la formalidad del derecho: precisamente, que x tenga autoridad final para decidir si w es el caso quiere decir que habiendo decidido x que w es efectivamente el caso, la cuestión de determinar si w es efectivamente el caso desaparece, no porque no deba ser respondida sino porque ya ha sido respondida por el órgano competente (en los términos del capítulo 11, quienes, después de la decisión de x , deben actuar sobre la base de si w es el caso, ya no deben preguntarse si w es el caso sino qué es lo que ha decidido x al respecto. Para ellos, la cuestión ha sido *desplazada*, no *negada*). El que dice que, como el juez no puede decidir sobre la justicia del intercambio y debe mirar solo a la validez del contrato, el concepto de justicia en el intercambio «no está consagrado efectivamente», no entiende el sentido del derecho de contratos. No puede entenderse el derecho sin que las cuestiones jurídicamente relevantes puedan ser respondidas por alguien con autoridad final.

El hecho de que alguien tenga autoridad final sobre una cuestión (lo que HART llamó *definitividad* y RAZ *vinculatoriedad*)⁸ implica que su error es irrelevante en el sentido de que no afecta la validez de la decisión errada⁹. Y esto ocurre no solo respecto de la constitución cuando el legislador es quien tiene

⁷ En el capítulo 18 veremos que esto no es suficiente para explicar la formalidad del contrato, porque comparte los déficits de las explicaciones epistémicas. Ahí tendremos que ampliar la explicación para dar un fundamento no epistémico a la obligación contractual. Pero esta ampliación de la explicación no es necesaria ahora, sino cuando discutamos, precisamente, la co-originalidad de la justicia conmutativa y el acuerdo de las partes, o la co-originalidad entre moral y política.

⁸ Véase *supra*, pp. 37 y ss. (HART: *definitividad*) y pp. 153 (RAZ: *vinculatoriedad*).

⁹ Hay sentidos en los cuales el error puede ser jurídicamente relevante, como, por ejemplo, puede en ciertos casos servir de antecedente para acreditar un delito ministerial (el de prevaricación, por ejemplo). La frase del texto (así como la idea hartiana de *definitividad*) no necesita negar esto.

autoridad final para interpretarla, sino en todos los casos en el que el derecho reconoce a alguien autoridad final sobre alguna cuestión. El juez de primera instancia que, después de haber visto su sentencia revocada por el juez superior, llega a la conclusión de que la sentencia de segunda instancia es ilegal y se niega en virtud de ello a cumplirla, infringe la ley al desconocer la autoridad del tribunal de segunda instancia, incluso cuando su opinión es correcta y la sentencia de segunda instancia es contraria a la ley. Aquí el respeto a la ley exige que el tribunal de primera instancia ordene cumplir una decisión (que cree que es) ilegal, porque la ley también le da al tribunal de apelaciones autoridad sobre el juez de primera instancia. Lo mismo ocurre con el policía al que se le dirige una orden que (cree que) es contraria a sus deberes constitucionales o legales. Por supuesto, es posible que el que haya emitido la orden no tenga autoridad final, y que el policía entonces pueda recurrir ante otro órgano para que revise la legalidad o constitucionalidad de la orden impartida. Pero es claro que esa revisión puede terminar desechando la objeción del policía, quien entonces estará obligado (legal y constitucionalmente) a cumplir una orden que (sigue creyendo que) es ilegal o inconstitucional: su creencia ha devenido irrelevante, porque se refiere a una cuestión para decidir cuál para él es incompetente¹⁰.

Este punto muestra la falacia del argumento que entiende que la idea de supremacía constitucional justifica la existencia de un tribunal constitucional. Del hecho de que la constitución sea norma suprema se sigue desde luego que toda otra norma ha de conformarse a ella; del hecho de que el contenido de una cuestión sea jurídicamente relevante se sigue desde luego que alguien ha de tener autoridad final para determinar qué es lo que cuenta como su contenido. Pero estas dos consideraciones son todavía demasiado abstractas para concluir que debe ser un órgano institucionalmente estructurado como un tribunal el que debe tener autoridad final (véase adicionalmente TUSHNET, 1999: 27-28). Para decidir esto, siguiendo el argumento del capítulo 7, será necesario preguntarse qué tipo de decisión es una decisión sobre el contenido de las cláusulas abstractas de la constitución: ¿es una decisión de aplicación de normas, por lo que el órgano que ha de tener autoridad final debe estar estructurado como un órgano de aplicación, o es una decisión de justificación de normas, por lo que la autoridad final debe tenerla un órgano estructurado para tomar decisiones de justificación de normas? Sin pronunciarse sobre este punto, el hecho de que la constitución sea norma suprema no tiene consecuencia alguna para la cuestión de la existencia de un tribunal constitucional.

Vistas así las cosas, es relativamente fácil identificar la premisa oculta del razonamiento que ahora estamos rechazando: es que las disposiciones consti-

¹⁰ Véase el art. 335 del Código de Justicia Militar, y sobre eso, MAÑALICH, 2008: 68-73, y en general MAÑALICH, 2009.

tucionales deben ser entendidas como normas en un sentido suficientemente «denso» como para sostener que ellas pueden ser aplicadas como lo hace un tribunal, es decir, que una decisión sobre la constitucionalidad de una ley es una decisión de aplicación concreta de normas constitucionales. Si esta tesis es correcta, el argumento a ser desarrollado ha de ser desechado. Pero veremos que lo decisivo aquí no es cómo entender la idea de supremacía constitucional, sino la cuestión, más fundamental, de hacer inteligible la idea misma de constitución. ¿Es o no la constitución una norma en el sentido en que la ley lo es, es decir, una norma que *puede ser aplicada como una ley*? Como esta cuestión se refiere a la idea misma de constitución y no a su posición en el sistema de fuentes, la idea de supremacía constitucional aparece, por así decirlo, demasiado tarde, y es por eso irrelevante para nuestra discusión.

2.2. La existencia de derechos como límites a las decisiones mayoritarias

Si no es la supremacía constitucional, algunos creen que pueden fundar la tesis de la aplicabilidad judicial de la constitución en la existencia de *derechos* entendidos (a la manera del art. 5 de la constitución chilena) como «límites a la soberanía». Si la declaración constitucional que incorpora a esos derechos ha de entenderse como algo más que un vacío gesto retórico, una «declaración (meramente) programática», suele decirse, debe haber algún órgano judicial con autoridad para declarar que esos límites han sido traspasados y que, en consecuencia, lo que parece ser ejercicio de la soberanía en realidad no lo es.

La forma general de este argumento es algo como sigue: si un órgano x debe decidir sujeto a los límites establecidos en un estándar jurídico y , la restricción que y impone a x es puramente «programática», a menos que exista un órgano diferente a x que controle que la decisión de este efectivamente respete el contenido de la restricción y .

Exponer la fórmula general del argumento es mostrar su falta de plausibilidad. Si lo aceptáramos, estaríamos obligados a concluir que el Código Civil, al menos para la Corte Suprema, y la constitución, para el tribunal constitucional, son declaraciones «puramente programáticas». En estos casos la situación es la misma que la de una constitución que consagra derechos sin crear un tribunal dotado de competencia para declarar que han sido infringidos: un órgano determinado (el legislador, la Corte Suprema, el tribunal constitucional) debe decidir conforme a ciertos estándares, de modo que su decisión es jurídicamente inatacable, incluso si es una incorrecta aplicación de esos estándares. Si en el caso del legislador eso reduce a los derechos a declaraciones meramente programáticas, es difícil ver por qué la misma conclusión no se aplica a los otros casos. Esto es aplicación

del argumento que ya hemos visto: siempre hay alguna autoridad que tiene en derecho la última palabra respecto de un problema sustantivo (cuando el problema alcanza algún umbral de relevancia), y esa última palabra no vale definitivamente porque sea correcta, sino porque es la última. Es un error, como ya ha sido explicado, colegir de esto que la corrección de esa decisión es irrelevante o, peor aún, que ese hecho muestra que no puede decirse que haya una decisión «correcta» o «incorrecta»: que el concepto estructural sea operativamente autónomo de la función respectiva no implica que sea racionalmente independiente. La corrección aquí es institucionalmente mediada: como alguien ha de tener la última palabra respecto de cada cuestión, lo crucial es determinar qué tipo de cuestión es para que la decisión final sea tomada por un órgano y a través de un procedimiento tal que haga probable que ella sea también correcta.

Como puede verse, el argumento para responder a los dos primeros intentos de fundar el control de constitucionalidad es el mismo: en ambos casos el argumento inicial es que hay un estándar normativo x (la constitución, los derechos fundamentales) que es (o debe ser) superior a otros estándares normativos, y se nos invita a aceptar que reconocer esa supremacía *significa* crear mecanismos jurisdiccionales, que permitan declarar inválido cualquier estándar que los contravenga.

Es posible, sin embargo, que los dos argumentos desechados puedan recibir una interpretación más caritativa que, por consiguiente, ha de ser examinada: quizás ellos no quieren decir que los estándares de que se trata (la constitución, los derechos fundamentales) no obligan jurídicamente si no hay un tribunal que pueda declarar inválida una decisión que los infrinja; quizás el argumento puede aceptar que en todo orden jurídico necesariamente debe haber uno o más órganos que tengan autoridad final respecto de diversas cuestiones, pero destaca que ese órgano no puede ser el legislador. Veremos, por ejemplo, que Hans Kelsen sostenía que en controversias sobre la constitución el legislador, si fuese autoridad final, devendría «juez en causa propia», lo que inmediatamente aconsejaba buscar un órgano distinto a él, para darle autoridad final. Considerar y responder este argumento supone, como en el caso anterior, identificar el tipo de cuestión que las controversias sobre derechos fundamentales plantean, y el tipo de órgano que el legislador es, es decir, el tipo de decisiones para las cuales su configuración institucional lo deja preferentemente capacitado. Eso es parte del argumento principal del argumento a ser desarrollado en lo que sigue, y por eso tendrá que ser considerado más adelante. Por ahora, es importante retener la conclusión a la que habíamos llegado respecto de los dos argumentos que hemos considerado: no basta la sola apelación al principio de supremacía constitucional o al hecho de ser los derechos fundamentales límites a las decisiones políticas, para justificar la existencia de un órgano como el tribunal constitucional.

2.3. Evitar el terror: la «*reductio ad hitlerum*»

Una tercera manera de fundar el control judicial de constitucionalidad es la siguiente: el siglo xx nos ha enseñado que las decisiones mayoritarias pueden violar derechos. No porque sea una decisión mayoritaria la limpieza étnica es aceptable. Por consiguiente, deben existir mecanismos institucionales que permitan cuestionar la validez sustantiva de una decisión mayoritaria, de modo de poder evitar el terror incluso cuando, como en Alemania en los años treinta, este sea democráticamente elegido. La jurisdicción constitucional se justifica en la necesidad de asegurar que «las atrocidades que en el pasado han sido cometidas en el nombre del pueblo no ocurran nuevamente»¹¹, porque «entregadas a ellas mismas, las democracias pueden privar a las personas de su propiedad y, donde la pena capital es todavía jurídicamente procedente, incluso matarlas *on the spot*»¹². Entre esos mecanismos está el control judicial de constitucionalidad. Este argumento se diferencia del anterior porque no necesita suponer lo que le objetábamos a él: que los derechos no obligan al tribunal que los aplica. El argumento ahora puede conceder eso, pero insistir en que es la experiencia del siglo xx la que recomienda crear mecanismos jurídicos de protección de derechos que eviten el terror.

El problema es que las instituciones judiciales no sirven para evitar el terror. Y no sirven porque las instituciones judiciales no son el *tipo* de instituciones que puedan resistir el terror. Políticamente hablando, el terror se caracteriza por la interrupción del derecho, y por eso los tribunales o hacen su contribución a él (como los tribunales chilenos con los miles de recursos de amparo rechazados durante el terror y los vergonzosos discursos inaugurales de esos años)¹³, o son intervenidos. Para una dictadura como la chilena, que detentaba el poder necesario para desencadenar el terror y para aprobar la constitución por decreto-ley, habría sido no difícil, sino solo incómodo, modificar la composición de un tribunal por decreto-ley¹⁴ (en los hechos fue mucho más simple: bastó dejar que la Corte Suprema usara su superintendencia disciplinaria para purgar a los jueces «marxistas»)¹⁵.

¹¹ BEATTY, 2004: 2.

¹² *Ibid.*: 1. Esta afirmación es característica del neo-constitucionalismo en su desprecio por las formas institucionales. Ya hemos visto como FERRAJOLI califica de «fascista» a la democracia que él llama «formal». Sostener, como lo hace BEATTY, que aplicar la pena de muerte tras un debido proceso puede ser descrito como «*killing people on the spot*» es una grosera exageración, incluso si uno asume que la pena de muerte debe ser abolida.

¹³ Véase COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, 1991: 97-104.

¹⁴ Sobre este punto, véase ATRIA, 2003. Para la idea de «interrupción» del derecho (y su relación con «suspensión» y «destrucción» del derecho) véase ATRIA, 2007c.

¹⁵ Como sostuvo la COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, «La connivencia de las máximas autoridades del Poder Judicial con los militares respondía, en parte, a su común rechazo al gobierno derrocado [...]. Es más, el apoyo del Poder Judicial a las acciones punitivas del régimen militar corrió a la par con la purga interna del mismo. La posibilidad de disenter con la línea fijada por su máxima autoridad quedó debilitada tras la destitución de magistrados acusados de haber sido partidarios de

Lo que tienen en común los tres argumentos descartados aquí es que ellos creen que para justificar la jurisdicción constitucional es suficiente identificar una *función* que ella debe cumplir. La estrategia es siempre la misma, y consiste en fundar alguna forma de dualismo. Es decir identificar, en adición al nivel de las cuestiones políticas «ordinarias», una cuestión distinta y superior (la constitución, los derechos, la promesa de «nunca más») y anunciar que las decisiones sobre cuestiones pertenecientes a este segundo nivel no pueden quedar entregadas a los órganos competentes para tomar decisiones respecto de cuestiones pertenecientes al primer nivel.

En todos los casos, la respuesta ha sido la misma: al discutir sobre la jurisdicción constitucional no estamos discutiendo teorías, sino instituciones; no funciones, sino estructuras. Con esto no estoy diciendo que la discusión no tiene una dimensión «teórica» o funcional (recuérdese: la estructura es racionalmente dependiente de la función), sino que la sola identificación de una función «no política» para un tribunal constitucional no resuelve nada, mientras esa función no encuentre la estructura capaz de mediarla.

En el capítulo 13 veremos que esta manera de entender el problema de un tribunal constitucional es plausible solo al precio de abandonar la idea democrática de constitución. Paradojalmente, esto muestra que frente al («vetero-») constitucionalismo, el neo-constitucionalismo es en realidad anti-constitucionalista.

3. DE NUEVO: SE TRATA DE INSTITUCIONES, NO DE TEORÍAS

A mi juicio, parte considerable de la discusión sobre jurisdicción constitucional adolece de un mal cada vez más común que podríamos llamar, para usar designaciones tradicionales, conceptualismo.

El conceptualista cree que la discusión sobre algo así como la jurisdicción constitucional es una discusión teórica (de conceptos) y que la solución a ella está en una teoría adecuada. Así, por ejemplo, una teoría proveerá (o mostrará que es imposible elaborar) un criterio que permita distinguir unas cuestiones de otras, para poder decir: hay cuestiones que son «políticas» y por consiguiente deben ser decididas políticamente; pero hay otras que no lo son, y por consiguiente la idea democrática no exige que (en su versión débil) o exige que no (en su versión fuerte) sean decididas directamente por los representan-

la Unidad Popular. Mediante dos decretos leyes de diciembre de 1973, la Corte Suprema adquirió la facultad de remover a voluntad a magistrados y funcionarios, sin necesidad siquiera de informar al afectado de los cargos invocados para su expulsión, con lo cual se anulaba de plano cualquier posibilidad de réplica» (COMISIÓN NACIONAL SOBRE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA, 2004: 183, 185). Sobre este tema en general, véase HILBINK, 2007: 106-130 (capítulo 4.1).

tes del pueblo. La cuestión de la justificación o no de la jurisdicción constitucional dependerá, entonces, de si es posible fundar un «dualismo» de este tipo, porque el «monismo» implicaría que la jurisdicción constitucional es injustificable. Todo depende de poder fundar el dualismo correcto (entre cuestiones de principios y cuestiones de política (DWORKIN, 1985c y 1985a), entre decisiones normales y compromisos que nos definen (RUBENFELD, 2001), entre cuestiones de forma o proceso y cuestiones de sustancia (ELY, 1980), etcétera.

De hecho, uno de los intentos más influyentes en el último tiempo usa precisamente este lenguaje. Bruce ACKERMAN sostiene precisamente que la justificación de la jurisdicción constitucional depende de poder rechazar el monismo en favor de alguna forma de dualismo. El «monismo» es la idea de que «la democracia exige que los ganadores de la última elección detenten plenos poderes de creación de derecho» (ACKERMAN, 1991: 8), mientras el «dualismo» es la idea de que el pueblo se manifiesta solo en algunos momentos inusuales (que ACKERMAN llama «constitucionales»), y que las decisiones del pueblo en esos momentos deben ser protegidas, a través de mecanismos jurisdiccionales, de las decisiones de los mandatarios del pueblo.

El dualismo de ACKERMAN, entonces, descansa en la distinción entre momentos «constitucionales» y momentos de «política normal». En los primeros el pueblo toma una decisión, y dado que el pueblo es soberano esa decisión es la fuente originaria de toda validez política. El pueblo, sin embargo, no está constantemente manifestándose, y en los momentos de política normal sus representantes, el presidente y los miembros del Congreso y en general las autoridades institucionalmente investidas han de actuar a su nombre, como sus mandatarios o comisarios. Pero uno de los problemas del mandato es que el mandatario desarrolle agenda propia y use su poder de mandatario para perseguir sus propios fines. La explicación del *judicial review*, según ACKERMAN, se encuentra aquí: es un mecanismo para evitar que los comisarios del pueblo usen sus poderes para perseguir sus fines y no los de su comitente modificando las decisiones que, en los momentos constitucionales anteriores, este ha tomado. La Corte Suprema es quien asegura la lealtad con esas decisiones, invalidando, si es necesario, las decisiones de los representantes del pueblo. De este modo puede resolverse la tensión entre el principio democrático y el *judicial review*. Pero, de nuevo, esto no hace más que asignar una función al *judicial review*, y eso no es suficiente. Es preciso mostrar la conexión existente entre esa función y la estructura de la institución que se pretende explicar (en este caso la Corte Suprema y su competencia constitucional). Sin haber dado este paso, el solo hecho de mostrar que puede haber una distinción entre «política constitucional» y «política normal» sigue siendo insuficiente.

Algo similar puede decirse del intento de Jed RUBENFELD en *Freedom and Time*, un libro especialmente agudo salvo cuando habla de *judicial review*. RUBENFELD nota que la identidad política es una cuestión que se desarrolla

en el tiempo, por lo que no tiene sentido decir que una comunidad política «es» en un momento determinado. La constitución es lo que permite dar a una sucesión de hechos una unidad política y así constituir la unidad política del pueblo. Respondiendo a los que creen que hay una esencial contradicción entre la idea de autogobierno (que supone que el pueblo aquí y ahora es la fuente última de normatividad) y la de constitución (que supone que las decisiones tomadas en el pasado pueden limitar lo que el pueblo hoy puede decidir), RUBENFELD concede que la constitución vincula al pueblo, pero niega que esa vinculación haga imposible el autogobierno. En realidad es al contrario: esa vinculación es la que permite que haya un agente del cual pueda decirse que se auto-gobierna. En efecto, la constitución

vincula [al pueblo] como el lomo de un libro vincula a sus páginas. La constitución es lo que mantiene unida generación tras generación de americanos en un sujeto político único (RUBENFELD, 2001: 177).

La razón por la que la constitución cumple esta función de identidad política es que en ella es posible encontrar los compromisos que definen a una comunidad política. La cuestión no es solo declarar que reconocemos ciertas verdades como autoevidentes, sino entender que nuestra biografía política es la historia de nuestro esfuerzo por vivir conforme a esas verdades: como los enunciados existenciales pueden ser invertidos (x es y implica y es x), «sostenemos estas verdades como auto-evidentes» quiere también decir «somos los que reconocen la auto-evidencia de estas verdades». El punto es fundamental para la teoría política: la identidad de una comunidad política no puede entenderse de modo pre-político (como si pudiera ser decidida en términos étnicos, religiosos, en fin: naturales), sino que es políticamente constituida (en la Tercera Parte veremos cómo dar cuenta de esta idea nos obligará a pensar todo lo dicho hasta aquí de un modo distinto). En esto la identidad política parece diferenciarse de la identidad personal, con la consecuencia de que el concepto problemático es el primero y el simple es el segundo. Pero RUBENFELD, agudamente, nota que la idea de identidad personal es también constituida de un modo análogo. Hay un sentido importante en que Pablo puede decir que él no es el mismo que Saulo de Tarso, que *nació* (o renació) cuando cayó al suelo en la ruta a Damasco.

La identidad personal, entonces, así como la identidad política, debe ser entendida en términos del desarrollo en el tiempo de una biografía, individual o colectiva. Cuando la biografía haya sido escrita, ¿será la decisión que he de tomar ahora una que profundizará el sentido de esa historia? Nótese cómo esto quiere decir que el pasado ejerce sobre el presente una influencia decisiva: no tiene sentido entender mi vida (o nuestra vida) como el desarrollo de una biografía si cada decisión que hemos de tomar ha de ser entendida en sus propios términos, sin prestar atención al hecho de que ella desarrolla o traiciona los compromisos que en el pasado he (hemos) ido asumiendo como aquellos que

unifican mi (nuestra) biografía (colectiva)¹⁶. Ahora puede apreciarse la fuerza de la metáfora de RUBENFELD: mi (nuestro) pasado me (nos) vincula, pero como el lomo de un libro vincula a sus hojas: permite que cada momento sea entendido como parte de una historia mayor. La función de una constitución, entonces, es identificar los compromisos fundacionales cuyo desarrollo constituye nuestra biografía. Esto muestra que no hay conflicto entre la idea de una constitución y la de autogobierno. En rigor, no puede haber autogobierno sin constitución («escrita»)¹⁷, porque solo en ese caso es posible identificar una entidad que sea susceptible de auto-gobernarse (es decir, la comunidad política, identificada por esos compromisos constituyentes).

Cuando la tesis de RUBENFELD debe tener en cuenta la institución de la revisión judicial de constitucionalidad, sin embargo, la sofisticación y sensibilidad filosófica y política de *Freedom and Time* se acaban, y en vez de ello nos encontramos con un argumento que parece entender que lo importante no es que el pueblo sea autor de su biografía, sino que haya una historia que contar. RUBENFELD cree que, entendido como lo hace en *Freedom and Time* el problema de la identidad política, «la revisión judicial *se sigue de las premisas del constitucionalismo escrito*» (RUBENFELD, 2001: 172, destacado agregado). De modo todavía más categórico, algo más adelante sostiene que «el constitucionalismo escrito *no puede existir sin revisión judicial*» (RUBENFELD, 2001: 169, 172, destacado es agregado). Pero esto parece aventurado: ¿no es el «constitucionalismo escrito» una tesis acerca de la identidad de la comunidad política? ¿Quiere decir esto que el *judicial review* es necesario para la identidad política? El *único* argumento en el cual RUBENFELD apoya esta sorprendente conclusión es que

referir cuestiones de interpretación constitucional a la mayoría haría a los ciudadanos del presente jueces en su propia causa. El resultado de eso sería hacer a los compromisos contenidos en la Constitución tan sólidos como las promesas de año nuevo [*New Year resolutions*] (RUBENFELD, 2001: 172).

La referencia a la autoridad de la mayoría para decidir será discutida con cierto detalle en los capítulos 18 y 19. Por ahora, nótese que el argumento es

¹⁶ Por supuesto, el sentido completo de la biografía será revelado solo al final. La influencia del pasado, entonces, es ejercida, por decirlo así, desde el futuro. Este es el sentido de la idea clásica de que nuestras decisiones importantes deben ser tomadas preguntándose cómo ellas habrán de verse desde nuestro lecho de muerte: no es simplemente que uno debe actuar sujeto a sus decisiones anteriores (después de todo, es posible que *ellas* no sean coherentes con la biografía), y por eso el pasado no vincula como un mandato. El pasado también debe interpretarse desde el futuro (desde el lecho de muerte, es decir, cuando mi vida ya ha sido vivida) y desde ahí mirar el presente: ¿Cómo se verá (desde el lecho de muerte) esta decisión que he de tomar hoy en relación a la vida que he vivido en el pasado y la que viviré en el futuro? Para el desarrollo de esta idea de pasado-futuro como clave para comprender la acción política, véase ATRIA, 2007c.

¹⁷ Lo que RUBENFELD llama «constitucionalismo escrito» es «algo radicalmente nuevo: un esfuerzo democrático por un pueblo para dejar por escrito y, en el tiempo, vivir a la altura de sus propios compromisos fundamentales» (RUBENFELD, 2001: 43).

que el pueblo no puede estar en posición de reescribir sus compromisos en cada momento, porque eso implicaría que no son compromisos. Esto es desde luego correcto. Como observara WITTGENSTEIN, si cualquier cosa que uno haga puede ser entendida como una interpretación correcta de un compromiso no hay compromiso: «Si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni desacuerdo» (WITTGENSTEIN, 1958: § 201). Pero de esto no se sigue la conclusión de RUBENFELD, y eso es evidente si uno recuerda que el mismo RUBENFELD hace la analogía entre la constitución de la identidad política y la constitución de la identidad personal: ¿hemos de decir que solo si los compromisos que dan sentido a mi biografía individual pueden ser interpretados por alguien distinto a mí puede decirse que tengo una biografía que se extiende en el tiempo? ¿Es que como yo he de decidir hoy qué es lo que implica mi biografía pasada y la que espero escribir en el futuro yo soy «juez en mi propia causa», y por tanto mi biografía es un conjunto de «promesas de año nuevo»? La respuesta es obviamente negativa, y vale tanto para biografías individuales como para biografías políticas. No es una objeción a la idea de autogobierno que seamos «jueces» en nuestra propia causa, porque precisamente de eso se trata el autogobierno: de que *no podemos no ser jueces en nuestra propia causa*, porque no podemos auto-gobernarnos y pretender que no somos los autores de nuestra biografía, que no es nuestra la decisión de cómo nuestros compromisos constitutivos han de desarrollarse en la historia.

Pero la objeción que es relevante ahora es diversa: ¿qué razón hay para entender que las decisiones judiciales entenderán mejor que los ciudadanos, a través de la acción política, el contenido de esos compromisos, o el modo en el cual ellos han de ser desarrollados en la historia? La cuestión no debe ser entendida como una re-formulación de la objeción contra-mayoritaria, sino como una de correlación entre la función que RUBENFELD le atribuye a la Corte Suprema (declarar el contenido fundamental de esos compromisos constituyentes) y la estructura que defiende para hacer probable el desempeño de esa función (la Corte Suprema). Sobre este punto, el argumento de RUBENFELD es silencioso. Y nótese que el punto es completamente crucial para poder llegar, desde consideraciones sobre las condiciones para la identidad de una comunidad política, a formas institucionales. La pregunta tiene que ser: ¿cómo han de organizarse las instituciones para que sea probable que haya algo como la biografía de «nosotros»?