

ROBERTO GARGARELLA
(Coordinador)

Teoría y Crítica del Derecho Constitucional

Tomo I
Democracia

Colaboradores **Lucas Arrimada, Federico Orlando y Nadia Rzoncinsky**

 AbeledoPerrot[®]

Gargarella, Roberto
Derecho constitucional. - 1a ed. - Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2008.
v. 1, 552 p.; 23x16 cm.

ISBN 978-950-20-1839-3

1. Derecho Constitucional. I. Título
CDD 342

ISBN: 978-950-20-1839-3

© AbeledoPerrot

Administración y redacción

Carlos Pellegrini 887, 3° piso

Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax.: (54-11) 5239-1881

Ventas

Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030

Lavalle 1280 - Tel.: (54-11) 5235-5430

Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5236-1044

Fax.: (54-11) 5239-1879

info@abeledoperrot.com

Buenos Aires – Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

CAPÍTULO VII

LA DIFÍCIL TAREA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Por ROBERTO GARGARELLA

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, quisiera explorar uno de los temas más decisivos y más difíciles dentro de la teoría constitucional —un tema que es, a la vez, uno de los menos estudiados en nuestro país—. Me refiero a la cuestión de la interpretación constitucional. Anticipándome al final de este texto, diría que luego de más de doscientos años de discusión al respecto, todavía estamos lejos de contar con algún tipo de acuerdo en la materia. En el mejor de los casos —y tal vez ello no sea poco— hoy tenemos a nuestro alcance mejores criterios para distinguir entre buenas y malas, bien y poco fundadas concepciones interpretativas. Lo que voy a hacer a continuación es dar cuenta de algunas posiciones singularmente influyentes sobre la cuestión, tratando de cubrir un espectro amplio de posturas y autores. Me ocuparé en primer lugar de dos de las visiones que —sin proclamarlo— nuestros jueces parecen sostener de modo más habitual (y muy a menudo, lo que resulta todavía más preocupante, de modo indistinto): visiones orientadas a “actualizar” el significado de la Constitución, y visiones “originalistas”, destinadas a fijar el significado de dicho texto en el tiempo (pasado). Luego, exploraré algunas posturas más complejas, que razonablemente se reclaman superadoras de las anteriores, como la que ha venido desarrollando Ronald Dworkin. Finalmente, me ocuparé de algunas posturas críticas o escépticas en la materia, como las presentadas más recientemente por autores como Jeremy Waldron.

II. LA CONSTITUCIÓN COMO “TEXTO VIVO”: LA INTERPRETACIÓN “DINÁMICA” DE LA CONSTITUCIÓN

En primer lugar, un individuo interesado en la interpretación constitucional podría sostener que, en el caso de dudas acerca del significado específico de alguna cláusula constitucional, nos corresponde a nosotros mismos, como “comunidad” (y no, por ejemplo, a la “voz de la historia” o a la de nuestros antepasados), resolver ese tipo de dificultades. La decisión de ponernos a pensar “aquí y ahora” sobre qué es lo que significa la Constitución podría sostenerse al menos a partir de dos argumentos. Por un lado, ella se basaría en el reconocimiento de que vivimos en una sociedad democrática, y en la convicción de que en una sociedad de ese tipo no puede haber otra fuente de autoridad más alta que la de la propia comunidad. ¿Quién, si no la propia comunidad, puede darle sentido al compromiso colectivo con ciertos ideales de justicia o igualdad? ¿Un filósofo? ¿Algún sacerdote? ¿Algún iluminado? Por otro lado, dicha alternativa promete convertir a la Constitución en un texto más cercano a nosotros y a nuestras necesidades y problemas de todos los días. A esto, según entiendo, es a lo que se alude cuando se habla de las ventajas de tomar a la Constitución como un “texto vivo”.

La idea de tener una Constitución “viva” resulta, a primera vista al menos, muy atractiva, porque ella viene a descalificar una alternativa que parece claramente desagradable, cual es la de estar “sujetos por la mano muerta del pasado”. Quienes postulan la “actualización” permanente de la Constitución nos prometen, entonces, una vida jurídica “moderna”, acorde a los tiempos. Ellos no quieren que la sociedad se vea impedida de “avanzar” de acuerdo con las ideas más evolucionadas de nuestros tiempos, ni veneran como “intocable” la obra realizada por sus antecesores¹. Quieren que la Constitución sea un instrumento para la libertad y no un freno a ella².

¹ En tal sentido, Jefferson señalaba: “Algunos hombres miran a las Constituciones con máxima reverencia... Adscriben a los hombres de la era anterior una sabiduría más que humana... Yo conocí aquella era; pertencí a ella, trabajé con ella [pero era] en buena medida como ahora, y sin la experiencia del presente, y cuarenta años de experiencia en el gobierno valen tanto como cien años de lecturas de libros; y esto es lo que ellos mismos dirían, si se levantaran de sus tumbas”. Citado en TUSHNET, M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, p. 40.

² Algunos de quienes defienden esta postura, como William Eskridge, argumentaron en pos de la misma utilizando, entre otras, herramientas provenientes de la teoría de la elección pública. La idea sería, en este caso, que los jueces —paradójicamente, por el

A quienes se inscriben en esta postura alguien podría replicarles, de todos modos, que lo que deben hacer es bregar políticamente por la adopción de tales cambios. Estos mismos críticos podrían agregar que la Constitución no impide en absoluto dicha evolución política de la sociedad: la Constitución, nos dirán, admite la posibilidad de su reforma. En definitiva, podrán concluir, si lo que se quiere es actualizar la Constitución —mantenerla viva—, lo que se debe hacer es cambiarla abiertamente, y no de modo subrepticio, a través de más o menos incontrolados vaivenes interpretativos. Ahora bien, contra este tipo de críticos, quienes defienden la idea de la Constitución como “texto vivo” podrán sostener, con cierta razón, que aquellos argumentos son algo tramposos dado que, lo sabemos, los procedimientos de reforma son por lo general muy costosos (en todo sentido). Y además, lo que es muy importante, tampoco parece sensato hacer una reforma de la Constitución cada vez que tengamos algún pensamiento nuevo acerca de lo que significan valores constitucionales como el de “justicia” o “igualdad”.

Aceptemos entonces, provisionalmente, la importancia de mantener a la Constitución como un “texto vivo”. La cuestión que se nos aparece de inmediato es *quién* es el sujeto o el órgano encargado de esta tarea. La respuesta “la comunidad” es generosa pero obviamente problemática. ¿Querría ello decir que tendríamos que hacer algo así como un llamado a un plebiscito cada vez que quedemos en duda acerca del significado de algún término constitucional? ¿No era que queríamos contar con un procedimiento dinámico, no demasiado costoso, capaz de mantener actualizado nuestro texto básico? De modo muy rápido, y posiblemente asustados frente a este tipo de alternativas plebiscitarias, muchos han pensado que la tarea de “actualización” constitucional debe delegarse exclusivamente en los jueces.

La alternativa judicial no parece, en principio, inaceptable. En definitiva, los jueces están en contacto diario con las normas jurídicas —están versados en ellas, las conocen como pocos otros miembros de la comunidad—, a la vez que están en contacto permanente con la sociedad, y más aún, con los afectados por el derecho. Ellos saben, entonces, de los alcances y problemas de los textos constitucionales. Están situados como

mismo hecho de no ser electos— pueden llegar a ser mejores representantes que los propios políticos, dado que los últimos se encuentran sujetos a la presión de grupos de intereses que, por ejemplo, pueden bregar para que algunas normas no sean actualizadas cuando es necesario. ESKRIDGE, W., “Dynamic Statutory Interpretation”, *135 University of Pennsylvania Law Review*, 1479 (1987).

nadie para saber qué es lo que se demanda del derecho y qué es lo el derecho da y no es capaz de dar.

En apoyo de algunas de las observaciones hasta aquí avanzadas, el famoso juez norteamericano Félix Frankfurter señalaba: “Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional [...] la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito acerca de ellas”³. Ya antes que él, el juez Holmes había afirmado, en el caso “Missouri v. Holland”, que los creadores de la Constitución habían dado vida a un documento “cuyo desarrollo no pudieron prever por completo [...], de ahí que el caso [en cuestión] debe ser considerado a la luz de nuestras experiencias más acabadas, y no meramente a partir de lo que fue dicho cien años atrás”⁴. Lo que debe tomarse en cuenta –sostenía– “son tanto las palabras [de la Constitución] como su línea de crecimiento”⁵.

La propuesta de mantener la Constitución como un “texto vivo”, y en particular a través de la intervención de los órganos judiciales, resulta de todos modos muy problemática⁶. Primero, porque ella contradice uno de los objetivos centrales del constitucionalismo, como lo es el de aislar ciertas decisiones de la puja política diaria, esto es, afirmar ciertos valores “permanentes” contra los impulsos a los que podemos estar sujetos circunstancialmente. Por otro lado (y dejando por ahora entre paréntesis la objeción anterior), dicha postura resulta curiosa en tanto apela a la voluntad mayoritaria (que, supuestamente, debe ser la que controla el sentido de la Constitución) a la vez que deja el reconocimiento de la misma en el órgano institucional menos preparado para reconocerla. Es decir, si lo que nos interesara realmente fuera mantener “viva” la Constitución conforme a los “avances” que vamos afirmando como sociedad, luego, no se ve por qué es que debemos dejar que los jueces sean los que determinen cuáles son estos “avances”, y cuál es su alcance. Ello, en particular, cuando hemos creado una estructura judicial con miembros abiertamente “alejados” de las peticiones y conflictos cotidianos que afectan a una mayoría dentro de la sociedad. Por ello, podríamos afirmar junto a John Ely que “la noción de que los valores genuinos de la ciudadanía pueden ser discernidos de modo más confiable a través de una élite no

³ Así, en “Youngstown Sheer Tube Co. v. Sawyer”, 343 *US* 579 (1952).

⁴ 252 *US* 416 (1920).

⁵ “Gompers v. United States”, 233 *US* 604 (1914).

⁶ Más adelante vamos a ocuparnos de la situación en donde la “última palabra” constitucional no queda en manos de órganos de tipo judicial.

democrática” resulta chocante. Si lo que queremos es proteger las “nuevas” convicciones de la ciudadanía, entonces “la Legislatura aparece mucho mejor situada que la justicia”, a dichos efectos⁷. Finalmente, para muchos, lo que resulta más grave de toda esta estrategia “actualizadora” es el grado de discrecionalidad que deja en manos del intérprete –cualquiera que sea éste– encargado de revelar el pensamiento comunitario. En la sección que sigue, vamos a tratar acerca de este tipo de preocupaciones.

III. EL ORIGINALISMO Y SUS PROBLEMAS

La enorme dificultad que existe para interpretar el derecho en general, y la Constitución en particular, torna especialmente importante cualquier iniciativa destinada a poner límites sobre dicha tarea. De lo contrario, podría decirse, el intérprete del derecho se convierte en el verdadero “legislador oculto” del sistema jurídico de que se trate. Él pasa a ser quien, desde detrás de la escena, y alegando que sólo realiza una tarea técnica (“yo sólo procuro que se haga efectivo lo que dice el texto de la Constitución” –podría decirnos el intérprete–), maneja los hilos de nuestra vida jurídica, quien nos dice qué es lo que realmente estamos autorizados a hacer o no. Los ciudadanos se convierten, de este modo, en súbditos de los intérpretes de la Constitución –en nuestro derecho, en súbditos de los jueces (no es extraño, entonces, que pensando en este tipo de riesgos autores como Thomas Jefferson hayan dicho que los jueces eran “los topos del derecho”, sujetos capaces de “torcer y deformar a la Constitución” como si fuera “un mero objeto de cera”⁸)–.

Una forma de “anclar” la interpretación constitucional, impidiendo al intérprete que ponga, en lugar del texto de la Constitución, sus propias opiniones, parece ser la de “fijar” el contenido de la misma al *sentido original* que le dieron sus creadores. En su presentación más habitual, esta postura “originalista” se muestra como opuesta a la de interpretar la Constitución como un “texto vivo”. Los “originalistas” objetan esta visión, en particular, y proponen dejar al texto constitucional “anclado” en su senti-

⁷ ELY, J., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980, ps. 68 a 69.

⁸ “The Constitution... is a mere thing of wax in the hands of the judiciary, which they may twist and shape into any form they please”. Thomas Jefferson en carta al juez Spence Roane, 6/9/1819. JEFFERSON, T., *Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 379.

do primero. En su favor, por supuesto, tienen algunas buenas razones a las que conviene prestar atención.

Comencemos, por ejemplo, prestando atención a lo señalado por dos jueces originalistas (y conservadores) de renombre, como Robert Bork —quien expuso su postura en *The Tempting of America*— o el juez de la Corte Suprema norteamericana, Antonin Scalia —que explicitó la suya en *A Matter of Interpretation*⁹—. Los jueces, según Bork, “se encuentran limitados por la única cosa que puede ser llamada derecho, los principios del texto, ya sea la Constitución o la ley, tal como se lo entendía generalmente, al momento de ser aprobados”¹⁰. Los jueces, agrega, no tienen que “salir allí afuera” (del texto) para encontrar qué es lo que el texto dice. No deben ponerse a buscar principios morales valiosos o filosóficamente defendibles, sino que deben, únicamente, conformarse al texto de la Constitución.

Una primera razón en favor de esta postura (una razón que, sin dudas, no es la más fuerte de todas las que pueden utilizarse) es que en los propios orígenes de la democracia constitucional, los fundadores del constitucionalismo pensaban que, en el futuro, la Constitución debía interpretarse conforme a las directivas que le hubieran impuesto sus creadores. James Madison o Alexander Hamilton pensaban que si no se tomaba seriamente en cuenta lo establecido por la Constitución y las Convenciones que la habían ratificado, los gobiernos no llegarían a ser estables y consistentes. James Wilson sostenía, explícitamente, que “la primera y más importante máxima en la interpretación de un texto legal consiste en descubrir el significado que le dieron aquellos que la redactaron”¹¹.

Por otra parte, alguien podría decir que un método como el originalismo nos brinda seguridad, garantizándole a cada ciudadano certeza en relación con el derecho al que está sometido. De acuerdo con esta postura, cualquier concepción que quiera entender al texto constitucional como un “texto vivo” deja a los ciudadanos en el más completo desamparo: ¿cómo saber a qué atenerse si cada intérprete puede arrogarse la autoridad de decirnos qué es lo que en verdad dice la Constitución, en este particular momento histórico? ¿Qué es lo que uno debe hacer, entonces, si quiere ser un ciudadano respetuoso de la ley? El originalismo viene a “bloquear”

⁹ BORK, R., *The Tempting of America*, Simon & Schuster, Nueva York, 1990; SCALIA, A., *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

¹⁰ BORK, R., *The Tempting...*, cit., p. 9.

¹¹ Ver BERGER, R., *Government by Judiciary*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, cap. 20.

aquellos intentos aventureros de los intérpretes constitucionales. El sentido de la Constitución, nos dicen, no se renueva a cada momento, sino que ya está históricamente fijado. Para interpretar la Constitución no debe mirarse hacia adelante, hacia el futuro, sino hacia el pasado, hacia lo que ya se ha escrito. Un mal argumento, contra esta postura, diría que el originalismo provoca el “estancamiento” de la sociedad, o que no la deja avanzar. Sin embargo, los originalistas tienen una respuesta fácil frente a esta crítica, y es que ellos no se oponen en absoluto a la “evolución jurídica”. La comunidad puede hacer todas las innovaciones legales o constitucionales que quiera. Lo que ocurre es que tales innovaciones no deben ser agregadas, subrepticamente, por los jueces. Es el pueblo el que, a través de una reforma legal, debe decidir cuándo es que quiere cambiar el derecho. Y el pueblo está autorizado a tomar esta iniciativa tantas veces como quiera.

Conviene detenerse un poco más en la sustancia del argumento anterior, referido a la seguridad jurídica que garantiza el originalismo. Lo que en él se implica, en definitiva, es que el originalismo es un método interpretativo necesario si lo que se quiere es evitar la “tiranía del intérprete” (de modo habitual, la “tiranía de los jueces”). Cualquier método alternativo de interpretación –se sostiene aquí pensando, fundamentalmente, en la opción que ve a la Constitución como un “texto vivo”– deja al conjunto de la ciudadanía a la merced de la voluntad discrecional de algunos. Una forma más interesante y todavía más promisorias de plantear este argumento consiste en decir que el originalismo es la única alternativa interpretativa respetuosa de la voluntad democrática de la ciudadanía. El argumento es sencillo y poderoso a la vez. La idea es que la ciudadanía ha dado forma y firma a una Constitución, y que se ha comprometido entonces a respetar dicho texto mientras esté vigente. La propia ciudadanía, como dijéramos, conserva en sus manos las llaves del cambio: ella puede modificar la Constitución cuantas veces quiera. Mientras no lo hagan, los intérpretes de la misma –digamos, los jueces– tienen que someterse a dicho texto, y atarse al significado que le atribuyeron sus creadores. Y cuando estos últimos se decidan a modificar la Constitución, sus intérpretes –digamos, los jueces– deberán, obedientemente, tomar nota de estas nuevas pautas y asegurar el respeto de las mismas. Como subordinados de la voluntad pública que son, no tienen otra opción más que ésa. Como diría el famoso juez Robert Bork, “¿por qué es que la Corte, un [mero] comité de nueve abogados, debería convertirse en el único agente capaz de anular las decisiones democráticas?”¹².

¹² BORK, R., *The Tempting...*, cit., p. 201

La apelación al “argumento democrático” es capaz de darle fuerza real al originalismo. Es importante enfatizar esto porque el primer argumento citado (el basado en los testimonios de los fundadores del constitucionalismo) no resulta demasiado feliz, en su circularidad (el mismo nos diría: “el método que debe aplicarse a la hora de interpretar la Constitución es el originalista, porque eso es lo que dicen los fundadores del originalismo”). El “argumento democrático”, en cambio, parece más atractivo. Resulta curioso, de todos modos, que este argumento aparezca habitualmente invocado por las voces más conservadoras del arco jurídico. Y es que, en efecto, dentro del campo del originalismo –sin que esto represente ningún mérito o demérito particular para la doctrina en cuestión– resulta muy habitual encontrarse con jueces y juristas de orientación conservadora. El hecho es que el reclamo de muchos juristas en favor de posiciones originalistas suele venir acompañado de una manifiesta inconformidad con las interpretaciones “progresistas” que algunos jueces, coyunturalmente, han realizado de la Constitución. Es importante tomar nota de estas coincidencias, e indagar en los porqués de las mismas, no obstante que los argumentos en favor del originalismo puedan evaluarse con independencia de este trasfondo político.

Ahora bien, llegados a este punto, estamos en mejores condiciones para hacer una evaluación de esta postura interpretativa. Una primera reflexión crítica frente a las posturas originalistas vendría a decirnos que resulta simplemente imposible quedarnos exclusivamente con el texto de la Constitución, sin apelar a ningún tipo de consideraciones morales “ajenas” al mismo. En este sentido, y criticando la postura de Robert Bork, Cass Sunstein sostiene que “no existe forma en que quienes interpretan la Constitución eviten la toma de decisiones morales... La visión que sostiene que el entendimiento originalista debe ser el dominante necesita de una teoría política o moral –en términos, digamos, de una teoría de la democracia–. La aceptación de una postura como aquella reside en un fundamento moral controvertido. El propio enfoque de Bork se basa en decisiones políticas y morales. Y estas decisiones resultan necesariamente externas a la Constitución. Necesitan ser defendidas. [El argumento en favor del originalismo, entonces], necesita basarse en algo que vaya más allá de la historia”¹³.

Como diría Sunstein, no basta con “tomar lecciones de lenguaje o consultar un diccionario” para tomar las decisiones más importantes en

¹³ SUNSTEIN, C., *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, p. 101.

materia de interpretación constitucional. Para ello (y aun para tomar decisiones tales como si debe o no apelarse al originalismo) se requiere el uso de criterios morales sustantivos. Adviértase que, simplemente para tomarnos en serio el originalismo, estamos obligados a adoptar cruciales y muy difíciles decisiones, optando entre múltiples alternativas posibles. Esto es, la decisión originalista de “quedarnos con el texto” y “no salir a buscar principios allí afuera” no nos basta en absoluto para encontrar las respuestas interpretativas que buscamos. Necesitamos decidir, por ejemplo, qué opiniones vamos a tomar en cuenta para entender cuál es el “sentido normal o habitual” del texto. Piénsese lo que implican este tipo de dificultades, en un caso concreto. Por ejemplo, nadie duda de que James Madison o Alexander Hamilton resultaron personajes decisivos, a la hora de redactar la Constitución Federal. Sin embargo, ellos diferían radicalmente en muchas cuestiones, tales como la relativa a los poderes del presidente. ¿Qué deberíamos hacer, entonces, si nos encontramos con dificultades para reconocer cuál es el significado de lo establecido en la Constitución, en materias como la citada (si el texto no nos deja claro, por ejemplo, cuál es el alcance de los “poderes de guerra” del presidente)? ¿Qué implica la decisión de tomarnos en serio el significado original de la Constitución? ¿Quiere ello decir que, en caso de dudas generadas por el texto, o silencios del mismo, debemos atarnos a la “voluntad” de Madison, que tenía una mirada restrictiva respecto de los poderes del presidente? ¿Debemos inclinarnos, en cambio, por los criterios defendidos por Hamilton, que eran opuestos a los del anterior? ¿Debemos “promediar” ambas voluntades? ¿Debemos pensar en el contrafáctico de qué hubiera dicho la Convención de entonces, interrogada sobre el problema que hoy nos agobia? ¿Debemos abrirnos, más bien, a considerar las voluntades de todos los presentes en la Convención Federal? ¿Debemos prestar atención a los criterios prevalecientes en la comunidad, a la hora en que se aprobaba el texto en cuestión? ¿O debemos excluir la consideración de toda voz que no estuviera presente en la Convención Constituyente, como muchos podrían razonablemente alegar?¹⁴

Lo que vemos, en definitiva, es que el originalismo no nos asegura una de las promesas más importantes que orgullosamente nos ofrecía, y que era la de la “certeza interpretativa”. Como dijera Mark Tushnet, el originalismo recurre, por un lado, al método hermenéutico para examinar la historia evitando arbitrariedades pero, por otro lado, deja de lado tal

¹⁴ Una discusión sobre este tipo de interrogantes en DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

método a fin de seleccionar las opiniones constitucionales que va a tomar en cuenta. En dicha tarea, no sólo se ve obligado a reconstruir el pasado, sino a hacerlo creativamente. En última instancia, el originalismo exige a los jueces la permanente elección entre múltiples posibilidades (¿qué opiniones tomar en cuenta?, ¿qué materiales considerar relevantes?), subvirtiendo la pretensión de indiscutible certeza con la que se enfrentaba a las doctrinas a las que se opone. Finalmente, entonces, la discrecionalidad del intérprete, que a toda costa quería evitarse, termina infiltrándose por la puerta trasera ¹⁵.

IV. DWORKIN, UNA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

Autores como Ronald Dworkin, que durante años han estado trabajando en temas de interpretación constitucional, han mostrado un particular interés por confrontar con el originalismo, al que consideran una concepción autocontradictoria, difícil de sostener (seguramente, no resulta un dato menor para entender este embate, el conservadurismo de aquéllos, y el tipo de igualitarismo que defiende Dworkin). Los originalistas, según vimos, prometen certezas interpretativas —el fin de la discrecionalidad del intérprete— que no son capaces de asegurar en la práctica, por vicios propios de la solución que aconsejan. El error principal de estos originalistas, según Dworkin, es el de proponer una interpretación con “fecha fija” (la del momento en que se escribieron los textos en cuestión). Contra dicha postura, Dworkin propone una interpretación del texto constitucional *basada en principios*. Conforme con esta visión, lo que hicieron los creadores de la Constitución fue incorporar en dicho texto principios abstractos, más que reglas concretas (a leer conforme al entendimiento existente sobre las mismas al momento de establecerlas). Estos principios, sostiene Dworkin, deben ser objeto de una revisión continuada, “no con el objeto de encontrar sustitutos para determinar qué es lo que dice la Constitución, sino con el objeto de respetar lo que ella dice” ¹⁶. ¿Significa esto aceptar que la Constitución cambia de significado permanentemente? No, dice Dworkin. Lo que se trata es de determinar qué es lo que ella

¹⁵ TUSHNET, M., *Red, White, and Blue*, Cambridge University Press, Harvard, 1988, ps. 36 y ss.

¹⁶ DWORKIN, R., “Comment”, en SCALIA, A., *A Matter...*, cit., p. 122, y DWORKIN, R., *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

ordena, lo cual no requiere ni especular sobre las intenciones o expectativas de sus autores, ni sobre lo que se pensaba al momento en que se dictó la Constitución.

¿Quiere Dworkin, entonces, comprometer nuevamente a los jueces con una tarea que, de hecho, los convierte en legisladores (ello, al dejar en exclusivas manos de los jueces la tarea de definir el significado “real” de la Constitución)? Tampoco, agrega Dworkin. Si los jueces se toman en serio su tarea, ellos tienen que reconocer que no tienen muchas opciones frente a sí (de hecho, llegaría a decir Dworkin, hablando de un hipotético juez ideal –“Hércules”–, tienen una sola elección). Ellos no son “libres” de interpretar la Constitución como quieren. Su tarea es, en verdad, muy limitada, si es que se la toman en serio.

La labor del intérprete, según Dworkin, consiste en encontrar respuestas para las preguntas que formula la Constitución, determinar cuál es la mejor *concepción* de los distintos *conceptos* fundamentales que la Constitución fija en su texto (libertad de expresión, justicia, igualdad). Para ello, los jueces no tienen las manos libres. La concepción que elaboren debe, por un lado, ser fiel al texto escrito de la Constitución, tanto como a las tradiciones y a la práctica constitucional de la comunidad. En este sentido –y éste sería el primer paso de la tarea del intérprete–, deben mostrar de qué modo la concepción que proponen *encaja* con la experiencia constitucional de la comunidad. De todos modos, aquí no terminaría la labor del intérprete. Si así ocurriera, la postura de Dworkin no parecería demasiado diferente de alguna de las versiones examinadas de originalismo. Contra dicho criterio, Dworkin cree además que es necesario que dicha concepción se encuentre justificada, lo que implica leer aquellos materiales constitucionales *a su mejor luz*¹⁷. Adviértase que esta segunda tarea, sin la primera, aparentemente dejaría al juez libre de “actualizar” la Constitución conforme a lo que él o ella considerara más adecuado. Por lo tanto, y en este sentido, la propuesta que hace Dworkin implica un doble rechazo que incluye tanto un rechazo al originalismo como otro a la posición contraria, orientada a mantener “viva” a la Constitución. Contra ambas posturas, sostiene el profesor norteamericano, lo que el juez debe hacer es construir la mejor concepción moral que encaje con la historia constitucional de la comunidad.

La empresa que propone Dworkin parece más bien extraña. A la vez, y a pesar de lo que él pretende, y de las limitaciones que reclama para su

¹⁷ Estos dos pasos en DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit.

propuesta, la misma parece dejar en los jueces márgenes de acción demasiado amplios. Dworkin, sin embargo, des Cree de estas críticas. Para él, la visión interpretativa sugerida no hace más que recoger y darle forma a nuestro sentido común: es lo que cualquiera de nosotros propondría, puestos a pensar al respecto. Un ejemplo, sugerido por el propio autor, para mostrar la razonabilidad de su teoría, sería el siguiente.

Imagínense, nos diría Dworkin, que somos invitados a participar en la escritura de una novela en cadena. Esto es, escribiremos una novela junto con un grupo de otros autores. Uno se encargará de las primeras páginas, irá fijando el tono, otro continuará cuando aquél haya terminado su parte, y así sucesivamente. Según Dworkin, la tarea del juez a la hora de decidir un caso es muy similar a la tarea a la que se enfrenta el escritor cuando le toca continuar con la redacción de la novela en cadena. ¿Qué es lo que el escritor de turno, cualquiera de nosotros, haría, una vez que le pasan un texto que ya ha circulado antes por las manos de varios otros autores? La respuesta que demos a esta pregunta, según Dworkin, será la misma que tendremos que darle al juez comprometido con su comunidad y angustiado por saber de qué modo cumplimentar su función responsablemente. Veamos.

En primer lugar, el escritor —o el juez— reconoce algo muy importante, y es que no está solo en su tarea, sino que forma parte de una empresa colectiva. Hay gente que ya ha estado tomando decisiones cruciales antes que él o ella; hay muchos que continuarán con esta obra parcial, una vez que nosotros hayamos terminado con nuestra parte. Si el autor en cuestión no advirtiera esta primera limitación, simplemente no estaría reconociendo cuál es el sentido de su tarea. Creería que con él o ella “nace” y “muere” el derecho o la obra de que se trate. Pero ésta sería una actitud por completo irresponsable, además de irrespetuosa frente a todos los demás comprometidos con el mismo emprendimiento colectivo.

¿Qué es lo que un sujeto responsable y respetuoso de su comunidad haría, enfrentado a una tarea semejante? En primer lugar, y antes de ver de qué modo va a continuar con la obra ya hecha, uno debería esforzarse por “mirar atrás” y reconocer qué es lo que la comunidad en cuestión ha venido diciendo hasta el momento. Por ejemplo, uno se preguntaría, naturalmente, ¿de qué obra se trata? ¿Qué es lo que este grupo ha venido diciendo hasta ahora? En el caso de una obra literaria, es obvio que nos interesaría saber a qué género pertenece la obra en cuestión, que nosotros vamos a continuar. ¿Se trata de una novela policial? ¿Es ésta en cambio una narración histórica? ¿Se trata de una obra dramática? Si no nos hiciéramos este tipo de preguntas, o no supiéramos cómo contestarlas, de-

beríamos optar por abandonar la empresa. La continuidad que vayamos a darle a esta obra colectiva requiere que veamos de qué modo la continuidad en la que estamos pensando se vincula e integra con lo que ha sido hecho hasta el momento. Esto, y no otra cosa, es lo que dice Dworkin cuando habla del *encaje*.

Ahora bien, una vez que reconocemos el sentido de la obra colectiva, y vemos de qué se trata, no ha terminado nuestra tarea. Por un lado, existen múltiples continuaciones posibles, frente a este tronco común que ahora hemos identificado. Y no todas estas continuaciones son igualmente valiosas. Preocupados por nuestras decisiones, y por el modo en que ellas van a impactar sobre nuestros contemporáneos y sucesores (los que sigan escribiendo esta obra luego de que nosotros hayamos hecho lo nuestro), debemos esforzarnos por determinar cuál es la mejor continuación posible de esta historia. Esto, y no otra cosa, es aquello de lo que Dworkin habla cuando se refiere a la lectura de la obra anterior *en su mejor luz*. Reconocer la importancia de esta segunda dimensión es central, ya que ella puede requerir, aún, que dejemos de lado o reconduzcamos parte de la obra anterior. Esto es, participar de una obra colectiva no quiere decir que estemos sometidos a aceptar a ojos cerrados todo lo dispuesto por los escritores o jueces que nos precedieron. Para continuar con el ejemplo de la novela en cadena, puede ocurrir que alguno de los autores que nos precedieron no haya escogido la mejor continuación posible de la obra que el grupo desarrolló a lo largo del tiempo. Puede ocurrir que de los distintos caminos a su alcance esta persona haya tomado el peor de todos ellos. Estar comprometidos con esta obra colectiva, entonces, no requiere que aceptemos irresponsablemente cualquiera de las páginas ya escritas, o todas ellas. Por el contrario, un compromiso responsable con aquel emprendimiento puede perfectamente requerir que dejemos de lado ciertas páginas, que simplemente se desviaron de la mejor reconstrucción posible de la obra en cuestión. Para seguir con el ejemplo literario, si el autor que nos precedió caracterizó a un determinado personaje de nuestra obra de modo contradictorio con los rasgos que, durante años, distintos autores estuvieron dándole, entonces respetar la obra colectiva nos pide que honremos aquel trabajo de años. Adviértase que lo dicho, entonces, ni permite que nos sintamos “libres” a la hora de decidir (bajo el riesgo de ser irrespetuosos con lo actuado por nuestra comunidad), ni nos pide que nos sometamos a cualquier decisión anterior o que bloqueemos la “evolución” de la obra en común (descuidando la dimensión de “principios” de nuestra decisión).

Como pocos otros autores, Dworkin muestra los déficits de los acercamientos habituales al tema de la interpretación constitucional. Su pro-

pia posición, sin embargo, ha estado sujeta a numerosas críticas basadas, fundamentalmente, en el extraordinario rol que su teoría reserva para los principales intérpretes del derecho —los jueces, en una mayoría de democracias constitucionales— y en la confianza que muestra la misma en la reflexión monológica de tales intérpretes, esto es, en el modo en que desmerece la importancia del diálogo público, a la hora de tratar básicas cuestiones constitucionales. Y es que, por más que el buen juez —como el buen autor, en el caso de la novela en cadena— haga un esfuerzo por entender lo que su comunidad y quienes lo precedieron valoran, lo cierto es que quien escribe la continuación de la historia es una sola persona, en la soledad de su despacho. El problema que aparece entonces no se resuelve, obviamente, con la existencia de cuerpos colegiados de jueces (como en la Corte Suprema) o con jueces “dialogantes”, bien dispuestos a entender los problemas de su comunidad (volveremos sobre este punto más adelante). Lo que aquí está en juego es el hecho de que la última interpretación constitucional esté en manos de individuos que tienen (en todo caso) una obligación moral pero no institucional de discutir democráticamente sus sentencias. El problema, en última instancia, se refiere a la tensión existente entre el contar con un órgano interpretativo institucionalmente aislado del debate democrático, y la pretensión de generar decisiones democráticamente creadas y públicamente respaldadas.

Recogiendo el peso de dificultades como las señaladas, Frank Michelman, por ejemplo, sostuvo que “Hércules, el mítico juez de Dworkin, es un solitario. Es demasiado heroico. Sus narraciones constructivas son monólogos. Él no conversa con nadie, salvo con sus libros. No tiene ningún enfrentamiento. No se encuentra con nadie. Nada lo conmueve. Ningún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y su visión. Hércules es un hombre, después de todo. No es la totalidad de la comunidad. Ningún hombre o mujer puede serlo”. Hércules no parece tomar en cuenta ideas tales como la del pluralismo social o la importancia del diálogo público¹⁸. Carlos Nino defiende un punto similar al de Michelman, al objetar los presupuestos monológicos de la postura de Dworkin. En tal sentido, Nino critica la idea de que los jueces “por más ilustrados que sean, [puedan] llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra

¹⁸ MICHELMAN, F., “The Supreme Court. Foreword: Traces of Self-Government”, *Harvard Law Review*, vol. 100, nro. 4 (1986), p. 76.

decisión, y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública”¹⁹.

En más de una oportunidad, Dworkin ha tratado de eludir este tipo de críticas, distinguiendo correctamente entre la teoría interpretativa y la reflexión acerca de cuál es el órgano más preparado para llevar a cabo dicha tarea interpretativa. Después de mucha reflexión al respecto, Dworkin parece sostener, actualmente, que su postura no *exige* que la interpretación constitucional esté a cargo de los jueces, sino más bien que el control judicial de constitucionalidad no es incompatible con la misma, ni contraria a una teoría de la democracia sensata (luego volveremos sobre este punto). Muestra entonces la aceptabilidad del control judicial, y —como cuestión separada— el valor de una teoría interpretativa como la arriba descrita. “La pregunta que me interesa —sostiene Dworkin— es previa a otras referidas al diseño institucional: ¿Cuál es la respuesta correcta a la pregunta acerca de qué es lo que significa la Constitución, más allá de a qué órgano o a qué sujeto se le otorga la responsabilidad interpretativa final?”²⁰.

Ahora bien, es cierto que en lo que Dworkin trata hay dos cuestiones centrales y distinguibles entre sí (una vinculada con la teoría de la interpretación, y otra vinculada con la teoría del control judicial). Sin embargo, la vinculación entre ambos temas es tan obvia como la posibilidad de separarlas analíticamente. Claramente, algunas respuestas posibles sobre la primera pregunta (por ejemplo, que la interpretación adecuada es la que surge de un proceso dialógico entre todos los afectados) demandan cierto tipo de respuestas sobre la segunda cuestión, a la vez que descartan de plano otro tipo de respuestas (por ejemplo, una que diga que el control final de constitucionalidad debe estar en manos de los jueces). En este sentido, podríamos concluir que es esperable que nuestras preocupaciones en materia de interpretación constitucional nos exijan prestar atención inmediata a cuestiones vinculadas al control judicial.

¹⁹ NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 685. En sentido similar, Walzer (1981), refiriéndose a la dificultad de que pueda arribarse a conclusiones valorativas correctas a través de la mera reflexión individual y sin la ayuda del debate democrático. La principal aspiración de muchos filósofos y teóricos legales, afirma Walzer, parece ser la de elucidar principios morales que luego son ofrecidos a los jueces como guías para sus sentencias.

²⁰ DWORKIN, R., “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, *Fordham Law Review*, vol. 65 (1997), p. 1251.

V. JOHN ELY, EL CONTROL JUDICIAL Y LOS PROCEDIMIENTOS DEMOCRÁTICOS

A continuación, vamos a examinar una postura muy diferente de la defendida por Dworkin, como lo es la presentada por John Ely en su famoso libro *Democracy and Distrust*, de 1980. En parte, podría decirse que lo que se defiende en este libro es directamente opuesto a lo que sostiene Dworkin. Si Dworkin sugiere un papel robusto y activo para los jueces, quienes quedan encargados de llevar a cabo una lectura “sustantiva” de la Constitución, Ely defiende lo contrario, es decir, una tarea judicial fuertemente restringida —restringida, aquí, a una custodia de los “procedimientos” constitucionales—. Para él, en efecto, la misión de los jueces se reduce a la custodia de la Constitución entendida ésta como un documento “vaciado de contenido”, un documento fundamentalmente encargado de fijar los procedimientos de la discusión democrática.

La visión de Ely nació a partir de la que es, probablemente, la nota al pie de página más famosa dentro de la jurisprudencia moderna. Se trata de la nota que apareciera en 1938 en el fallo “United States v. Carolene Products”²¹, redactado por quien era el presidente de la Corte estadounidense en ese momento, Earl Warren. La nota se hizo famosa porque allí la Corte, como pocas veces, definió el alcance y los límites de su propia función. Sintéticamente, Warren sostuvo entonces que la Corte debía guardar una fuerte presunción en favor de las decisiones adoptadas por los legisladores democráticos. Dicha presunción, sin embargo, debía invertirse cuando fuera necesario resguardar el propio procedimiento democrático, o para proteger a minorías incapaces de protegerse a sí mismas a través del proceso político.

Contemporáneamente, el jurista John Ely encontró en aquella nota al pie la inspiración para elaborar directamente una teoría sobre cómo debía ejercerse el control judicial de constitucionalidad. Como muchos de sus antecesores, Ely también se mostraba preocupado por preservar un amplio espacio para las decisiones legislativas, libre de indebidas interferencias judiciales. Ely advertía que con el correr del tiempo el Poder Judicial había ido adentrándose, poco a poco, en terrenos que debían estarle vedados. Con el alegado objeto de resguardar debidamente la Constitución, la justicia había pasado a constituirse en el último árbitro en todo tipo de cuestiones socialmente relevantes. Definía si las regulaciones pú-

²¹ 304 US 144, 152, nro. 4 (1938).

blicas en materia de salarios eran válidas o no; decidía el sostenimiento o la anulación de las regulaciones estatales sobre extensión de la jornada laboral; y así sucesivamente. Y todo ello, aduciendo que sólo interpretaba el verdadero sentido de la Constitución.

No resulta extraño que entonces, y ante todo, Ely se dedicara a atacar las concepciones interpretativas predominantes en el ámbito jurídico. Ellas proponían a los jueces ya sea “rastrear” el significado real de la Constitución en las raíces históricas de la misma (así, en las distintas versiones del originalismo) o “salir” del texto para encontrar fuera del mismo el contenido de los “valores” constitucionalmente suscriptos (así, en las corrientes que Ely engloba bajo el nombre de “no-originalistas”). Ely confronta ambas alternativas²², y propone en su lugar una suerte de “retirada” de la justicia constitucional, a la que concentra –como se sugería en “*Carolene Products*”– en cuestiones de tipo procedimental. En su opinión, custodiar la Constitución es custodiar las reglas de juego que la misma fija. En definitiva, sostiene Ely, la Constitución no establece valores que toque a los jueces desentrañar, sino que fija procedimientos a partir de los cuales las nuevas generaciones van a ocuparse de esos valores. A los representantes del pueblo les corresponde lidiar con las cuestiones sustantivas (o valorativas), mientras que los jueces deben ocuparse sólo de las procedimentales. Resguardando, judicialmente, estos procedimientos, se hace posible que, políticamente, se resuelvan aquellos temas valorativos. Se da aquí, entonces, una clara división de tareas entre el poder político y el Poder Judicial.

Debe advertirse que esta división de tareas propuesta por Ely no implica que él suscriba una postura “pasivista” por parte del Poder Judicial. Más bien, Ely deja bien en claro que su propuesta no es “pasivista” ni “activista”. Él considera que, efectivamente, los jueces deben dejar de intervenir en cantidad de cuestiones en las que hoy se encuentran involucrados (y en este sentido, deben ser “pasivistas”). Pero al mismo tiempo, y esto es tan importante como lo anterior, sostiene que los jueces deben participar de modo muy intenso en otro tipo de cuestiones, vinculadas con el sostenimiento de las bases del procedimiento democrático (y en este sentido, deben ser “activistas”)²³.

²² ELY, J., *Democracy...*, cit., cap. 3.

²³ Notablemente, Ely considera que los jueces deben ser más activos en cuestiones de las que, al menos durante mucho tiempo, se los tendió a excluir, y vinculadas con lo que se ha dado en llamar la doctrina de las “cuestiones políticas no judiciales”.

Cabe señalar también que Ely, como antes Warren, avanza una propuesta por entender que la misma representa la mejor lectura posible de la Constitución. Ellos ven a la Constitución como un “manual de procedimientos” más que como un compendio de valores. Lo que hay en ella son las “tuercas y tornillos” del procedimiento democrático. En ella se dice cómo se deben elegir las autoridades públicas, cómo removerlas, cómo organizar el proceso de toma de decisiones, etc. Por ello, hacer respetar la Constitución es, para ellos, hacer respetar las reglas del juego de la democracia. Al actuar de ese modo, sostiene Ely, los jueces cumplen una función similar a la de los árbitros en un partido de fútbol. Su misión es la de permitir que los jugadores (en este caso, los jugadores del juego democrático) hagan su juego, y no la de participar en el mismo, tomando partido en favor de un sector o el sector rival. El buen árbitro, como el buen juez, es el que deja que los partidos sean resueltos a partir de una disputa a la que ellos sólo siguen desde fuera.

Finalmente, corresponde señalar que una teoría como la propuesta por Ely se comprende mejor cuando se advierte el contexto en el que ella apareció. Con *Democracy and Distrust* Ely vino a defender decisiones judiciales como las generadas por la (así llamada) “Corte Warren”, que se distinguía por sus fallos “progresistas” (o *liberals*), y que se encontraba, tal vez por esa razón, bajo un severo ataque por parte de juristas conservadores y originalistas. Según viéramos, los originalistas tendían a resistir este tipo de decisiones alegando que ellas implicaban distorsionar el sentido que históricamente había tenido la Constitución. Los jueces “progresistas”, al decir del originalismo, eran jueces “activistas” que, en última instancia, reemplazaban el significado real de la Constitución por los valores que ellos preferían que la Constitución tuviese. Lo que vino a hacer Ely fue, en los hechos, una salida en defensa de tribunales como la “Corte Warren”. En su opinión, una Corte como la citada no podía ser descripta como (y acusada por ser) una Corte “activista”. Por el contrario, lo que ella hacía era cumplir con su tarea adecuadamente, lo que implicaba que fuera, en efecto, muy activa, pero sólo en determinadas áreas. Cuando la Corte impulsaba un trato igualitario para los grupos más desaventajados de la sociedad; cuando intervenía en temas de libertad de expresión, libertad de asociación, o derechos procedimentales; cuando se comprometía con temas como los referidos a la cualificación de los electores y la formación de distritos electorales, la Corte estaba simplemente cumpliendo con su tarea específica. Ella no era otra que la definida en aquella famosa nota al pie de “Carolene Products”: mantener abiertos los

canales del cambio político y dar protección especial a minorías poco poderosas y sobre las cuales existían extendidos prejuicios.

VI. JEREMY WALDRON: EL DERECHO COMO DESACUERDO

Finalmente, voy a revisar algunas de las ideas expuestas por Jeremy Waldron sobre el tema. Nos encontraremos, ahora, con una postura que confronta en buena medida con todas las anteriores, y considera que la pretensión judicial de definir finalmente el significado de términos constitucionales controvertidos resulta “insultante”, en el marco de una sociedad democrática. Pero vayamos por partes.

En su influyente libro *Derecho y desacuerdo*, Waldron parte de una perplejidad, descrita por Roberto Unger en un trabajo reciente: la existencia de una “hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios; ...el obstinado foco sobre los jueces superiores y su selección como la parte más importante de la política democrática”²⁴. Frente a esta mirada aparentemente arraigada en los estudios legales contemporáneos, propone tomarse en serio el ideal del *autogobierno*, y poner su estudio al servicio del mismo²⁵. Dicho compromiso va a llevarlo a defender una concepción *mayoritaria* de la política, y a calificar como *insultantes* e irrespetuosos hacia la igual dignidad de las personas los intentos de “anclarla” en la esfera judicial²⁶.

Hay una intuición que recorre todo su texto, según la cual la política se desarrolla en condiciones muy particulares, que son las que nos permiten entender el imperio del derecho, o explicar el sentido de virtudes tales como las de la tolerancia o la civilidad. Dichas condiciones son las que denomina (adaptando la idea rawlsiana de las “circunstancias de la justicia”) las *circunstancias de la política* y, como aquéllas (“escasez moderada de recursos” y “altruismo limitado”), vienen en par, siendo en este caso el *desacuerdo* y la *necesidad de actuar de modo concertado*²⁷. En

²⁴ WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 8 (citando a UNGER, R., *What Should Legal Analysis Become?*).

²⁵ WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 9.

²⁶ WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., ps. 15 o 239.

²⁷ Por ejemplo, WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 102. En apoyo de su idea, Waldron cita también la idea rawlsiana de los “límites de la razón”. Como aquél, Waldron considera que “[muchos] de nuestros juicios más importantes... se vinculan con cuestiones y condiciones respecto de las cuales ‘no puede esperarse que personas conscientes y en ejercicio de los poderes plenos de la razón, lleguen a la misma conclusión, aun luego

dichas circunstancias, asume Waldron, “resulta importante que las comunidades tomen sus decisiones en foros y a través de procedimientos que sean respetuosos del desacuerdo y permitan que las distintas voces sean escuchadas en un debate acerca de cuál debería ser la solución del problema”²⁸.

A la luz de aquellos antecedentes, Waldron identifica a la Legislatura como un órgano especialmente bien situado para lidiar con las circunstancias de la política. Siguiendo un argumento dado por Aristóteles, Waldron defiende el valor de la Legislatura como un órgano capaz de “reunir una diversidad de experiencias y perspectivas”. “Una asamblea legislativa –afirma– es capaz de alcanzar mejores respuestas que [uno] porque su composición permite que accedamos a un abanico más amplio de experiencias e ideas de las que cada uno puede acumular por sí mismo”²⁹. La Legislatura –y, con ella, los procedimientos de decisión mayoritaria– se muestra como un instrumento razonable, antes que arbitrario, teniendo en cuenta las circunstancias que son propias de la vida política³⁰.

Su punto de vista descriptivo lo coloca en oposición a buena parte de la literatura politológica contemporánea, que ve a la Legislatura como un órgano poco “digno”, sobre todo cuando se lo compara con otros como el judicial³¹. Su punto de vista normativo, mientras tanto, lo enfrenta a una mayoría de teóricos legales y filósofos políticos que, preocupados por las “malas decisiones” de la política, concentran sus estudios en la idea de los *derechos individuales*, y fundamentan la adopción de estrictas *declaraciones (constitucionales) de derechos*, protegidas a través del *control judicial*³². Para Waldron, esta última postura –que lo llevó a sostener una interesante polémica con Ronald Dworkin, acerca del valor de que Inglaterra adoptara un sistema de protección de derechos similar al vigente en los Estados Unidos³³– resulta una afrenta a la idea

de una discusión libre’”, WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 112. De aquí también sus desacuerdos con ciertas versiones de la democracia deliberativa (aquellas que asumen que la deliberación se dirige a obtener, idealmente, un consenso unánime), WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., ps. 91 a 93.

²⁸ WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 86.

²⁹ WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., p. 85. Este supuesto le permite afirmar que las Legislaturas modernas satisfacen los famosos requisitos a los que se refiere Raz para hablar de una “autoridad legal”.

³⁰ WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., ps. 116 a 118.

³¹ Ver, en particular, WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., cap. 2.

³² WALDRON, J., *Law...* (1999), cit., cap. 10.

³³ Ver WALDRON, J., “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, nro. 1 (1993), ps. 18 a 51; DWORKIN, R., *A Bill of Rights*

de *igual respeto* que nos merecen las personas³⁴. Esto no implica decir que Waldron abdica, directa o indirectamente, del valor de la idea de derechos. Waldron acepta, con Dworkin y buena parte de la academia jurídica contemporánea, que existe una importante conexión entre la idea de derechos y la de democracia, o la de que ciertos derechos individuales deben ser considerados como condiciones de una decisión mayoritaria legítima³⁵. Ocurre, sin embargo, que ello no lo lleva a pensar que la custodia de los derechos requiera de Constituciones e instituciones contra-mayoritarias.

El razonamiento que lleva a Waldron a esta conclusión se encuentra, en buena parte, expresado ya en los párrafos anteriores. Y es que si partimos del hecho inevitable del desacuerdo, tenemos que admitir que también vamos a encontrar desacuerdos dramáticos acerca del número, contenido, o alcance de los derechos. Nos enfrentamos, entonces, a un problema de *autoridad*³⁶: tenemos urgencia por encontrar una vía a través de la cual resolver aquellas disputas acerca de nuestros derechos. En tal sentido, el derecho a la participación aparece como especialmente adecuado, y no porque el mismo “tenga alguna prioridad moral sobre los otros derechos”. Sucede, más bien, que la participación es un derecho “cuyo ejercicio resulta particularmente apropiado para situaciones en donde personas razonables, y portadoras de derechos, se encuentran en desacuerdo acerca de los derechos que tienen”³⁷. El derecho de participación, en tal sentido, es

for Britain, Chatto and Windus, Londres, 1990. En WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 2001, sus críticas contra Dworkin aparecen concentradas, particularmente, en el cap. 13, y resumidas en p. 303.

³⁴ WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 116.

³⁵ WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 303.

³⁶ Al respecto, retoma el pensamiento de Hobbes según el cual el desacuerdo radical entre las personas es el que torna necesario establecer y reconocer una autoridad. WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 245.

³⁷ WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 232. Contra una postura como la sostenida por Waldron, quienes defienden los mecanismos de control judicial no pueden alegar que la misma es teóricamente problemática, al reclamar que se recurra a procedimientos democráticos mayoritarios para resolver cuestiones que tienen que ver con las condiciones de la democracia. Cualquier procedimiento alternativo, en definitiva, incurriría en problemas similares (en el caso del control judicial, los jueces también estarían siendo jueces en cuestiones que los involucran directamente). WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 302. Waldron niega, además, que procedimientos como el del control judicial resulten (tal como piensa Dworkin) mejores que los mayoritarios en cuanto a su concreta eficiencia práctica, o en su capacidad para mejorar la discusión democrática (piénsese, dice Waldron, en lo “liberador” que es discutir sobre el aborto sin tener que girar, como lo

el derecho de los derechos. Ello así, en definitiva, porque la participación y decisión mayoritarias se muestran como las únicas herramientas procedimentales que, en las circunstancias de la política, resultan consistentes con la idea de que todas las personas son fundamentalmente *iguales*³⁸. Ellas son las únicas herramientas que se hacen cargo del “respeto que debemos [a cada individuo] como sujeto activo y pensante”³⁹. Ellas son las únicas que no se basan en una radical actitud de “desconfianza” hacia los individuos, ni en una “visión predatoria de la naturaleza humana”⁴⁰.

¿Qué es lo que significa, entonces, esta robusta defensa de la democracia mayoritaria (una que niega la justificación de órganos contramayoritarios como los que hoy existen en cualquier democracia moderna; que rechaza la existencia de límites *a priori* frente a los resultados políticos)? ¿Quiere decir esto —se pregunta Waldron— que todo se encuentra abierto al “arrebato” de una circunstancial mayoría?⁴¹. La respuesta de Waldron es, simplemente, que sí, que todo lo que pueda ser sujeto de un desacuerdo de buena fe resulta susceptible de quedar sujeto a la regla democrática⁴². El “pánico” frente a esta posibilidad, agrega, es el pánico

hacen los norteamericanos, en torno a gravosos debates sobre la “cláusula del debido proceso”, o sobre la pena de muerte sin tener que lidiar con la idea de “castigos crueles e inusuales”, también propia de la discusión judicial norteamericana). WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 290.

³⁸ WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., ps. 116 y 249. “Lo que toca a todos debe ser decidido por todos” —dice Waldron—. WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 116. Waldron sostiene esta postura reconociendo, junto con Charles Beitz, las tensiones que se suscitan entre el compromiso mayoritario y la idea de igual respeto a todos (idea que puede terminar siendo afectada por el procedimiento mayoritario, en su impacto negativo sobre algún individuo). Sin embargo, Waldron concluye diciendo que, al menos en un sentido restringido del término “igual respeto”, el procedimiento mayoritario es el único capaz de mostrarse consistentemente respetuoso con el mismo.

³⁹ WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 251. Piénsense, en cambio, en el efecto de adoptar soluciones alternativas a la sugerida por Waldron, como la de consagrar una lista de derechos en la Constitución (¿por qué grabar nuestras conclusiones en piedra, diría Waldron, en cuestiones sobre las cuales tenemos tantas dudas? WALDRON, J., *Law...* [2001], cit., p. 224), articulando formas de control judicial. Siguiendo a Hohfeld, Waldron recuerda cuál es la contracara de las inmunidades constitucionales que consagramos: lo que Hohfeld denomina una incapacitación, en este caso la de la Legislatura, que queda incapacitada para realizar sus tareas habituales de revisión, reforma e innovación legales. WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 221.

⁴⁰ WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., ps. 221 y 222.

⁴¹ WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 302.

⁴² Ello no implica ver como una “afrenta a la democracia” la posibilidad de instituir mecanismos de moderación (*slowing-down mechanisms*) capaces de tornar al proce-

ante la idea del autogobierno político⁴³. Pero ocurre que “si estamos decididos a tratar con respeto a los puntos de vista de los demás, si no tratamos de ocultar el hecho de que tenemos diferencias ni intentamos suprimir el disenso, entonces no tenemos otra opción que la de adoptar procedimientos capaces de resolver nuestros desacuerdos políticos que no especifiquen, por sí mismos, cuáles deben ser los resultados a obtenerse”⁴⁴.

VII. REPENSANDO LA FUNCIÓN JUDICIAL

Llegados a este punto, quisiera recuperar algunas de las consideraciones realizadas hasta aquí —las que, en mi opinión, mejor se sostienen frente a críticas posibles— para resumirlas en parte y extenderlas por otra parte.

Ante todo, y según entiendo, sobrevuela a toda la discusión anterior una reflexión en torno a la llamada “objeción contramayoritaria” sobre el papel de los jueces en la revisión de la constitucionalidad de las normas. Según entiendo, el caso en favor de un Poder Judicial como el que existe actualmente en una mayoría de países —un Poder Judicial con el poder final de revisar la validez constitucional de cualquier norma— está, en mi opinión, perdido. Sólo tiene sentido, creo, pensar de qué modo debe reorganizarse la función judicial. Junto con Waldron, no veo una buena forma para justificar que la magistratura guarde la “última palabra” en materia constitucional. Vivimos en democracia, entre otras razones, porque asumimos que todos, aun los jueces, pueden equivocarse. Y, asumiendo este dato, no hay buenos argumentos para privar a la ciudadanía de su

so legislativo más “complejo y laborioso” o de “tornar más difícil la revisión de cuestiones de principio por un tiempo, luego de que ellas se han sustanciado”. Así, al menos, si es que los mismos no resultan de asumir que existe algo “patológico” en alguno de los lados del debate acerca de alguna controvertida cuestión de principios; WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., ps. 305 y 306.

⁴³ WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 303.

⁴⁴ WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 304. Junto con John Stuart Mill, Waldron afirma que, si estamos preocupados por la libertad individual, entonces la primera cosa que debemos hacer no es crear una Declaración de Derechos a ser protegida por la justicia, sino desarrollar entre nosotros “una cultura de la libertad en la cual la idea sea apreciada y tomada en serio por parte de aquellos que participan de las principales decisiones sociales y políticas”. Como Mill, él prefiere no insistir sobre la necesidad de leyes y Constituciones sino, más bien, sobre la necesidad de crear “‘una fuerte barrera de convicción moral’ contra ‘la creciente inclinación a utilizar indebidamente los poderes de la sociedad sobre los individuos’”. WALDRON, J., *Law...* (2001), cit., p. 310.

derecho final a decidir: sus errores, como los de cualquier otro individuo, grupo u órgano, pueden ser muy graves, pero nada nos dice que haya razones para pensar que corremos mayores riesgos dejando la "última palabra" legal en manos de la ciudadanía. Ella, tanto como los miembros de la judicatura, pueden actuar irrazonable, apasionada, o autointeresadamente. Decir esto no niega la posibilidad de que, por razones de celeridad o "división del trabajo", se opte por delegar dicha función en algún cuerpo institucional particular. Pero, debe advertirse, esta opción poco tendría que ver con los modelos de organización actualmente existentes, que privan a la ciudadanía de esta posibilidad, apelando a argumentos supuestamente lógicos, o alegando que aquella no tiene capacidad o derecho para actuar como último árbitro en sus propios asuntos. Como dice Waldron, las mismas razones que nos llevan a reconocernos unos a otros como sujetos de derecho sustentan nuestro derecho a hacernos cargo de nuestra vida en común.

Ahora bien, el hecho de que no existan buenas razones para que los jueces guarden la última llave del control constitucional no significa que ellos no puedan participar en el proceso colectivo de mejora y refinamiento de las decisiones colectivas, o que no haya razones para obligar a los cuerpos representativos a pensar sus decisiones dos veces, o a decidir con más calma. Más bien, por el contrario: como sujetos falibles, como tendemos a apasionarnos y a actuar irreflexivamente, movidos por nuestros primeros impulsos, es que tiene sentido diseñar herramientas para pensar mejor. En tal sentido, la institución judicial puede llegar a jugar un papel especialmente atractivo, obligándonos a pensar mejor, trayéndonos a cuenta argumentos que en primera instancia no habíamos considerado, u obligándonos a utilizar razones públicas para justificar nuestras decisiones, frente a quienes no hemos tomado debidamente en cuenta.

Los jueces pueden jugar un papel especialmente importante en este sentido, gracias a su peculiar posición institucional: ellos se encuentran situados fuera del escenario principal de las disputas políticas, y obligados a escuchar a aquellos que han sido afectados a resultas de aquéllas. Es a la justicia adonde se dirigen, en efecto, todos aquellos que han sido desatendidos o maltratados institucionalmente, por lo que los tribunales pueden convertirse en un excelente medio para dotar de mayor imparcialidad a las decisiones colectivas. En la actualidad, sin embargo, varias causas confluyen para dificultar esta tarea: desde la composición, más bien elitista, de los tribunales superiores, hasta una carencia o falta de desarrollo de instrumentos institucionales destinados a facilitar dicha tarea. No existen hoy (o están claramente subdesarrollados) los medios para propi-

ciar el “reenvío” de normas desde el Poder Judicial hacia los órganos políticos, para facilitar un posible diálogo y debate entre poderes. El poder que, de hecho, ejercen los jueces como “última voz” del sistema institucional también conspira contra la posibilidad de que se instrumente un intercambio fructífero entre poderes. Dicho hipotético y saludable intercambio, entonces, se convierte en una conflictiva disputa de poder, en donde una rama del gobierno “golpea” a la otra, bloqueando o vetando su capacidad de decisión.

Un sistema institucional más sensato, en cambio, podría orientarse a facilitar otro tipo de relaciones entre los poderes, permitiendo la mutua corrección entre los mismos. El Poder Judicial, por caso, podría obligar al poder político a rever su decisión, o a fundamentarla o justificarla de otro modo. En tal sentido, y *entre otras cosas*, debería ocuparse de hacer exactamente lo que hoy se niega a hacer, que es exigirle al poder político que dé razones públicamente aceptables de sus decisiones, impidiendo que las leyes sean el mero producto de las presiones de grupos de interés, el mero producto de intercambios de favores, o el mero resultado de la voluntad arbitraria de una ocasional mayoría parlamentaria. Una decisión democrática es algo distinto de todo aquello: es la que resulta de un debate colectivo, inclusivo, abierto, entre iguales, y que tiene un privilegiado centro de desarrollo en el Parlamento. El Poder Judicial, en tal sentido, debería ayudar a que el sistema de toma de decisiones se aleje cada vez más del escenario ficcional en el que hoy se ubica: un mundo en donde las decisiones públicas invocan la voluntad popular sin consultarla, mientras afirman los intereses de una élite cualquiera (política, económica, religiosa) según su capacidad de influencia. Por otra parte (aunque en el mismo sentido), el Poder Judicial podría ayudar a los órganos políticos a tomar sus decisiones de modo más informado y deliberado. Ello así, por caso, abriendo cada decisión pública significativa al contacto con expertos y ciudadanos comunes, que puedan informar a la misma con puntos de vista imprescindibles para dotarla de imparcialidad. Algunos de los pasos que ha dado la Corte Suprema argentina, en tal sentido (casos “Verbitsky” o “Mendoza”), parecen bien orientados en esta dirección.

Este tipo de “controles internos”, a su vez, debería sumarse a otros “externos”, destinados a asegurar la responsabilidad de los principales decisores; y a otros mecanismos destinados a asegurar el diálogo colectivo: de los ciudadanos entre sí; de los ciudadanos con sus representantes; de los funcionarios públicos entre sí.

Controles como los referidos hasta aquí merecerían ejercerse con mayor intensidad cuanto más sensibles o riesgosas sean las decisiones en

juego. Claramente, si la decisión en cuestión es capaz de poner en riesgo la propia maquinaria de toma de decisiones democráticas, los controles deberían ser más intensos, y menor la presunción de validez de la decisión en cuestión –retomando la terminología utilizada por la jurisprudencia norteamericana, tales decisiones merecerían ser sujetas a las formas de escrutinio judicial más estrictas (*high o intermediate scrutiny*)–. Ello así, por ejemplo, si se trata de una medida por la cual quienes están en el poder pretenden prolongar su permanencia en el mismo, o dificultar la posibilidad de que los opositores protesten o levanten reclamos contra ellos. Siempre, pero muy especialmente cuando existen grupos de la sociedad con dificultades para protestar o para hacer sentir sus quejas, los jueces deberán mostrarse especialmente atentos frente a las demandas de los perjudicados, y firmes frente al poder político exigiéndole que preste atención o que responda a las exigencias de quienes han sido indebidamente desconsiderados en el proceso de toma de decisiones. Del mismo modo, los jueces deberían ser facilitadores y promotores del diálogo colectivo, y especialmente sensibles frente a las medidas orientadas a entorpecer ese diálogo, a privar o desplazar la “voz” de algunos sectores, o a concentrar la discusión pública entre algunos privilegiados (aquellos con mayor poder político, aquellos con mayores recursos económicos, etc.). Nuevamente, los jueces merecerán encender sus alarmas cada vez que se enfrenten a alguna medida destinada a empobrecer el debate democrático.

De todos modos, el propósito de este trabajo ha sido otro, es decir, el de abrir el abanico de ideas en materia de interpretación constitucional. En todo caso, estas líneas finales pueden servir como un pequeño y primerísimo paso en una discusión todavía pendiente, sobre los modos en que debería hacerse efectiva la interpretación constitucional, y el rol que podría jugar el Poder Judicial en dicha materia.