



Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad*

Claudina Orunesu

Universidad Nacional de Mar del Plata

claudina.o@gmail.com

Resumen

Las constituciones, a través de diversos mecanismos como, por ejemplo, un cierto grado de dificultad en los mecanismos de reforma, y el control judicial de constitucionalidad como reaseguro de la supremacía constitucional, constituyen limitaciones a la toma de decisiones por las mayorías. Es por ello que, para diversos autores, tanto la rigidez constitucional como el control judicial de constitucionalidad son mecanismos contramayoritarios, es decir, que atentan contra el ideal del autogobierno. En este trabajo focalizaré mi atención en las críticas al control judicial de constitucionalidad. La hipótesis que desarrollaré es que para poder ofrecer una respuesta satisfactoria a la pregunta de naturaleza normativa sobre si, o en qué medida, los jueces están legitimados en el marco de una democracia a ejercer el control de constitucionalidad, es necesario previamente establecer los límites de la objeción conectando sus argumentos centrales con las diferentes concepciones de la interpretación y con las características de los diseños institucionales en particular.

Palabras clave

Interpretación jurídica, interpretación constitucional, primacía constitucional, democracia constitucional, diseño institucional.

The limits of the countermajoritarian objection to the judicial review

Abstract

Through different mechanisms, such as a certain degree of entrenchment of rights and judicial review for guaranteeing constitutional supremacy, constitutions work as constraints on decision-making powers of the majorities. Thus, many scholars consider that both entrenchment and judicial review are countermajoritarian devices, i.e., they undermine the democratic ideal of self-government. In this paper I will focus on the arguments against judicial review. The thesis to be defended is that in order to offer an adequate answer to the normative question concerning whether –or to what extent– judges in a democracy may legitimately exert judicial review, an analysis of the scope and limits of the countermajoritarian objection is needed, exploring the links between its main arguments and both the different conceptions of interpretation and the singularities of institutional designs.

Keywords

Legal interpretation, constitutional interpretation, constitutional supremacy, constitutional democracy, institutional design.

* Parte de esta investigación fue realizada con el apoyo del Programa PICT Bicentenario 2010 de la Agencia Nacional de Promoción Científica de la República Argentina. Tuve la oportunidad de discutir este trabajo en octubre del año 2011 en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona y en el XVII Seminario hispano-italiano-francés de Teoría del Derecho realizado en la Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a quienes allí participaron por sus valiosas observaciones.

Recibido: 12 de diciembre de 2011

Aceptado: 3 de marzo de 2012

1. Introducción

En la democracia constitucional, la constitución establece límites de diversos tipos al poder, pero el más importante es el que surge a partir de las declaraciones de derechos fundamentales. Para proteger jurídicamente esos derechos se los resguarda a través de una constitución con algún grado de rigidez, que impide que pueda ser modificada por el mismo procedimiento utilizado para la legislación ordinaria. Y, por sobre todo, se instituye un mecanismo de control de constitucionalidad, cuyo papel es garantizar la primacía constitucional mediante la revisión de la validez de las normas dictadas por el legislador. Para diversos autores, tanto la rigidez constitucional como el control de constitucionalidad cuando éste es asignado a los jueces son mecanismos contramayoritarios, es decir, que atentan contra el ideal del autogobierno¹. Una constitución rígida limita lo que los órganos representativos pueden decidir por simple mayoría. Si además se habilita la participación de órganos no representativos como los órganos jurisdiccionales en el control de constitucionalidad, confiriéndoles autorización para establecer los alcances y el contenido de las decisiones del legislador ungido democráticamente, el carácter contramayoritario de la democracia constitucional se profundiza aún más. En este trabajo dejaré de lado las objeciones contra el atrincheramiento constitucional, para focalizar mi atención en las críticas al control judicial de constitucionalidad.

Generalmente las cláusulas constitucionales son formuladas a través de expresiones de carácter abstracto, generales y con un marcado margen de imprecisión. Además, no es raro que incluyan términos cargados de resonancias morales. Estas características dificultan el poder establecer qué es lo que dice la constitución y, por lo tanto, resienten la posibilidad de que cumpla con el papel de suministrar un criterio de corrección de las restantes normas del sistema y de las decisiones institucionales en general. También ponen en el centro de la escena a los órganos encargados de interpretar y hacer cumplir la constitución, incluso contra la voluntad de las mayorías legislativas. Así, en la práctica constitucional no es raro encontrar casos en los que frente a las mismas formulaciones normativas relevantes, tanto constitucionales como infraconstitucionales, haya sido la tarea interpretativa del Tribunal la que produjo un fuerte cambio en los alcances de las normas y los derechos en juego. Por ejemplo, en el año 1980 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Ohio vs. Roberts* (448 U.S. 56 [1980]) consideró que la sexta enmienda que establece que “*en todos los procesos penales, el acusado gozará del derecho de confrontar los testigos de cargo*” permite considerar admisible un testimonio receptado con anterioridad al juicio aún cuando el testigo no esté disponible en el juicio si el testimonio presenta “*adecuados indicios para reputarlo confiable*”. Esa confiabilidad se podría inferir cuando existen “*garantías concretas de su veracidad*”. En el año 2004, en el caso *Crawford vs. Washington* la Corte modificó su criterio y sostuvo que:

... los Padres Fundadores no habrían admitido declaraciones testimoniales de un testigo que no se hubiera presentado en el juicio a menos que no estuviera disponible para prestar testimonio y el acusado hubiese tenido previo al juicio oportunidad de interrogarlo. El texto de la sexta enmienda no sugiere ninguna excepción abierta... a desarrollar por los tribunales [...] Por supuesto, el fin último de la cláusula es asegurar la confiabilidad de la prueba, pero es una garantía procedimental y no sustantiva. Ella ordena no que aquella sea confiable sino que esa confiabilidad sea evaluada de una

¹ Véase, por ejemplo, Waldron (1999) y Tushnet (1999). Fue Alexander Bickel quien acuñó este término al referirse a la “dificultad contramayoritaria”, en Bickel (1962).

manera determinada: poniéndola a prueba en el fragor de un interrogatorio realizado por la parte contraria [...] En lo que respecta a declaraciones testimoniales no pensamos que los Padres Fundadores hubiesen deseado que la sexta enmienda hubiese quedado reducida a los caprichos de las normas probatorias y mucho menos a nociones amorfas como las de 'confiabilidad' [...] (esa noción) es tan impredecible que fracasa en suministrar una protección significativa incluso frente a violaciones manifiestas a la clausula constitucional. La confiabilidad es un concepto amorfo, y por completo subjetivo. Sin embargo, el vicio imperdonable del test del caso Roberts no es su carácter de impredecible sino su capacidad demostrada de admitir declaraciones testimoniales que la Cláusula de confrontación claramente pretende excluir (Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 [2004].)

Frente a casos como éste parece sensato preguntarse si existen razones para asignar a los jueces, que en el mejor de los casos cuentan con una representatividad de segundo grado, la potestad de declarar inválidas a las normas creadas por el poder político debido a su incompatibilidad con lo establecido por la constitución y, en consecuencia, el determinar el alcance de los derechos tutelados por la constitución. Pero para poder tomar partido en esta discusión es importante tener en claro previamente los alcances de la objeción contramayoritaria contra el control judicial de constitucionalidad.

La hipótesis que desarrollaré en este trabajo es que para poder ofrecer una respuesta satisfactoria a la pregunta de naturaleza normativa sobre si, o en qué medida, los jueces están legitimados en el marco de una democracia a ejercer el control de constitucionalidad, es necesario previamente establecer los límites de la objeción conectando sus argumentos centrales con las diferentes concepciones de la interpretación y con las características de los diseños institucionales en particular.

Para ello, primeramente, ofreceré un panorama, bastante simplificado, sobre diferentes concepciones de la interpretación del Derecho en general, y de cómo desde ellas se concibe la tarea de interpretar a los textos constitucionales. No es mi intención aquí profundizar en los aspectos deficitarios que cada una de ellas pudiera tener, sino sólo comprender sus postulados básicos para luego redimensionar a la luz de cada concepción los alcances de la crítica contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad. El análisis se completa con un intento de contextualizar los argumentos centrales de la objeción en el marco de las peculiaridades de los dos sistemas clásicos de control de constitucionalidad a fin de establecer sus genuinos límites.

2. Las concepciones de la interpretación y la interpretación constitucional

Para ciertos teóricos la interpretación nunca es una actividad de conocimiento, sino que siempre involucra valoración y decisión. Para esta concepción, a menudo denominada tesis de la *indeterminación radical*, no hay nada parecido al significado propio de las palabras: todo texto puede entenderse en una pluralidad de modos diferentes, y cada interpretación dependerá de las valoraciones del intérprete. Así, según Guastini (1992: 109), los enunciados interpretativos no serían susceptibles de verdad o falsedad y compartirían con las definiciones estipulativas la misma estructura profunda.

Para Hart, esta visión de la interpretación, a la que denominara la *Pesadilla*, se presenta no sólo como una característica de ciertos casos difíciles de toma de

decisiones judiciales, sino más bien como si la toma de decisiones judiciales fuese esencialmente una forma de creación de Derecho y nunca importase la aplicación de una norma preexistente respecto de un caso (Hart, 1977: 123-188)². Esta concepción asume que nunca es posible asignar un significado a las reglas generales, ya que éstas son sólo “recipientes vacíos” en los que podemos volcar el significado que escojamos (Altman, 1990: 19, 90-91)³. Los indeterministas radicales conciben a la interpretación como una tarea siempre creativa y determinante del significado y alcance de las reglas.

En el extremo opuesto se sitúa la tesis que podría denominarse de la *única respuesta correcta*⁴. Para quienes sostienen esta concepción, la interpretación es siempre una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es descubrir el significado de los textos normativos. Así, los enunciados interpretativos son siempre susceptibles de verdad o falsedad. Por oposición a la tesis anterior, que sostiene que es imposible asignar un significado unívoco a las formulaciones normativas, la tesis de la única respuesta correcta sostiene que cada texto normativo tiene una interpretación verdadera y no hay espacio para la discrecionalidad judicial: los jueces nunca crean el derecho sino que lo descubren.

Un buen ejemplo para ilustrar esta concepción es la versión de corte realista ofrecida por Michael Moore⁵. Así, cuando la tesis realista se proyecta sobre el Derecho, implicaría que cada enunciado jurídico sería verdadero o falso en virtud de una cierta realidad objetiva cuya existencia sería independiente de nuestro conocimiento (Marmor, 1992: 90). La tarea interpretativa sería, desde este punto de vista, una labor esencialmente de descubrimiento, pues consistiría en encontrar la interpretación verdadera.

Por último, la *teoría de la indeterminación parcial* sostiene que la actividad interpretativa es a veces cognoscitiva y a veces decisoria. Según ella, en principio es posible determinar el significado de las formulaciones normativas, pero siempre pueden surgir dudas de aplicación a los casos particulares en virtud de problemas como la textura abierta de las expresiones usadas o posibles conflictos en cuanto a sus alcances. Frente a estos casos los jueces tendrían discrecionalidad. Para la teoría de la indeterminación parcial, a partir de la existencia de casos paradigmáticos sería posible abstraer los criterios generales de uso y establecer las condiciones mínimas para la aplicación correcta de los términos jurídicos (Iglesias Vila, 1998: 135). En los casos claros no existiría indeterminación, pues una vez examinado el significado de cierta formulación normativa de conformidad con las convenciones semánticas existentes, ellas resultarían suficientemente sólidas como para no arrojar dudas a su respecto. En esos supuestos, los tribunales dispondrían de una respuesta correcta, aunque podrían equivocarse a la hora de identificarla. En los casos difíciles, en cambio, los órganos jurisdiccionales tendrían discrecionalidad y sus decisiones no podrían ser evaluadas como jurídicamente correctas o incorrectas.

² La versión más tradicional de esta concepción está representada por el *realismo norteamericano*, que en las décadas del 20 y 30 del siglo XX reaccionó frente al formalismo jurídico de su época. Versiones más contemporáneas podemos encontrar en la corriente *Critical Legal Studies* y en la denominada escuela genovesa.

³ Para Guastini, en cambio, la tesis solo presupone que las palabras no tienen un significado objetivo o propio independiente del uso y la comprensión. Cfr. Guastini, (2006).

⁴ Tomo de Moreso (1997) esta identificación.

⁵ Véase por ejemplo, Moore (1985; 1989). A su juicio el realismo respecto de ciertas clases de entidades implicaría diferentes tesis, entre ellas: que las entidades en cuestión existen y esa existencia es independiente tanto del sujeto como de las convenciones de la comunidad; una teoría correspondentista de la verdad; una teoría de lógica clásica; una teoría de la verdad del significado de los enunciados y una teoría causal de la referencia.

Tras este somero panorama de estas tres concepciones paradigmáticas de la interpretación cabe preguntarse qué aproximación se sigue de cada una de ellas en lo que concierne a la interpretación de los textos constitucionales⁶.

Para la teoría de la indeterminación radical la práctica constitucional, quizá más que ninguna otra, vendría a confirmar que los conceptos constitucionales no son otra cosa que “recipientes vacíos”. Muchas de las teorías surgidas en el seno del constitucionalismo, como el textualismo o el recurso a la intención del constituyente, serían teorías normativas que sólo cobrarían sentido si se asume el hecho de la indeterminación de tales textos. Igualmente, la tarea del intérprete frente a textos que incluyen conceptos cargados moralmente, tales como las que suelen encontrarse en las constituciones, que plantean profundas controversias respecto de su significado y alcance, consistiría en elegir discrecionalmente entre las diferentes concepciones en pugna.

Para un indeterminista radical casos como “*Roberts*” y “*Crawford*” demostrarían que las normas constitucionales están sujetas a interpretaciones que compiten unas con otras, sin que el intérprete cuente con un criterio de corrección que le permita escoger entre ellas. Recuérdese que sus interpretaciones de la norma constitucional son diametralmente opuestas. Justamente, un indeterminista representante de los *Critical Legal Studies* diría que lo que explica ese cambio no es otra cosa que la variación ideológica resultante de la modificación en la composición de los miembros de la Corte⁷.

Para los partidarios de la tesis de la única respuesta correcta, como la de Moore, las cláusulas constitucionales habrían sido dictadas con el objetivo de referirse a ciertas cualidades morales reales como, por ejemplo, la igualdad, y sería tarea de aquellos que interpreten la constitución “describir” esa realidad. Desde una posición como ésta, el cambio en la interpretación respecto de la constitucionalidad de la admisibilidad en juicio de una declaración testimonial receptada previo al juicio no indicaría que el tribunal cambió el significado del término “*cross examination*”, porque sería la naturaleza de aquello a lo que refieren las normas en juego lo que determinaría el significado de tal expresión (Brink, 1988; Moore, 1985). Casos como éste mostrarían que las definiciones mediante criterios o ejemplos paradigmáticos cuanto mucho serían *derrotables*, en el sentido de que estarían sujetas a ser corregidas a la luz de una mejor teoría acerca de la naturaleza del género de la cosa a la que las palabras se refieren (Moore, 2000:100).

Por otra parte, desde una perspectiva como la de Moore, sólo asumiendo el realismo moral se podría justificar el control judicial de constitucionalidad en una democracia:

El realismo moral puede dar sentido a algunas de nuestras prácticas de adjudicación...cosa que no pueden hacer ni el convencionalismo ni el escepticismo moral. Considérese un solo ejemplo, la práctica del control judicial de constitucionalidad en el derecho constitucional americano en tanto ese control es ejercido al interpretar la carta de derechos y las

⁶ Para un análisis detallado de las tres concepciones de la interpretación presentadas aquí véase, entre otros, Bix (1993), Marmor (1992) y Moreso (1997).

⁷ En las décadas de 1970 y 1980 el indeterminismo, de la mano de la corriente denominada *Critical Legal Studies*, focalizó su atención sobre los textos constitucionales y su interpretación especialmente tomando la forma de lo que se conoce en Estados Unidos como *crítica de los derechos*. El Derecho no sería determinado, ni objetivo, ni neutral. La interpretación sería una actividad estratégica: las teorías de la interpretación sólo servirían para racionalizar decisiones puramente políticas de los jueces, que responderían a determinadas ideologías. Para un análisis del surgimiento y evolución de la corriente de los *Critical Legal Studies*, véase Kennedy (1992).

enmiendas de la guerra civil. Un realista moral puede ver esas enmiendas como refiriendo a derechos preexistentes que todas las personas poseen. Cuando hoy un juez realista moral invalida la expresión de la voluntad de la mayoría que supuestamente está representada en una ley, lo hace en el nombre de algo que está más allá de su poder de cambio y más allá del poder de cambio del consenso de la sociedad. Su justificación para ir en contra de la mayoría no es que sus sentimientos son diferentes de los de la mayoría, ni que algún consenso del pasado de una súper mayoría es diferente del consenso actual que una ley representa. Su justificación para el control judicial de constitucionalidad es contundente, y también es su forma de practicarlo: buscará descubrir la verdadera naturaleza de los derechos a los que se hace referencia construyendo la mejor teoría que pueda mostrar acerca de la naturaleza de la igualdad, la naturaleza de la libertad, etc.” (Moore, 1992: 229). La traducción me pertenece⁸.

La teoría de la indeterminación parcial, a su turno, resalta que el significado de las formulaciones normativas se da en el marco de las convenciones y prácticas que constituyen el lenguaje de la comunidad. En muchas ocasiones esas convenciones respecto de los términos en cuestión se encuentran más o menos consolidadas y su significado estará determinado. Pero en otras existen dudas respecto del sentido que debe asignárseles. El cambio de interpretación de “Roberts” a “Crawford” sería, como lo presentaría Moreso, sólo un reflejo de que la semántica de los lenguajes naturales no es completamente “estable” y que, por ende, no lo es la de la Constitución ni la del Derecho en general:

Que el texto constitucional cambie significa solamente que en diversas etapas históricas se privilegia más una de sus interpretaciones posibles que las otras y estos cambios están causados por los desacuerdos acerca del significado del texto, en el sentido de que no todos los actores constitucionales han usado la misma interpretación del grupo de interpretaciones relevantes (Moreso, 1997: 222-223).

3. Repensando la objeción contramayoritaria

¿Debe asignarse a los jueces competencia para declarar inválidas las leyes creadas por el legislador democrático cuando consideran que ellas violan lo establecido en la constitución? Para muchos defensores de la democracia constitucional la respuesta sería afirmativa, en tanto el control judicial verse sobre las decisiones de la legislatura ordinaria y se ejercite para proteger los derechos básicos que fueran establecidos por el poder constituyente, que sería el órgano verdaderamente soberano (Hamilton, Madison y Jay, 1788: 332). La tarea de los jueces consistiría en hacer cumplir las decisiones de la voluntad popular plasmadas en las cartas de derechos (Freeman, 1990: 353-354). Cuando un tribunal ejerce el control de constitucionalidad, protegería los derechos de los individuos y de las minorías frente a los derechos de las mayorías (Hamilton, Madison y Jay, 1788: 333)⁹, constituyéndose así en guardián de la constitución. Según Dworkin (1996: 17; 32), la democracia no exige *per se* que los jueces asuman el control de constitucionalidad, pero remarca que no es incompatible con él.

⁸ En la misma línea había señalado que: *Seguir verdaderamente la ‘voluntad de la (súper) mayoría’ será buscar las respuestas correctas a las preguntas acerca de cuál es el derecho de las personas al debido proceso, cuál es su derecho a la libertad de expresión y religión, qué castigos son crueles, y cuestiones similares” (Moore, 1985: 394). La traducción me pertenece.*

⁹ En un sentido similar, véase Dworkin (1986: 398).

En cambio, desde el enfoque opuesto, si se asume como un elemento esencial de la democracia al autogobierno, cuya expresión sería la supremacía de la legislatura, cualquier tipo de limitación a lo que ella estableciera resultaría inadmisibles. En palabras de Bickel:

La dificultad fundamental consiste en que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino en su contra. Eso, sin los matices místicos, es lo que realmente ocurre [...] es la razón por la que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático (Bickel, 1961: 16-17).

Según Ely, los tribunales presentarían desde una perspectiva democrática un déficit de origen por no constituir un cuerpo electo ni responsable electoralmente. Además, su función también sería antidemocrática, pues al asignárseles competencia para declarar inválida una norma emitida por la legislatura, impondrían límites a lo que el pueblo a través de sus representantes puede decidir (Ely, 1980: 23).

En la misma línea, Waldron (1999: 254) sostiene que, así como el establecer una carta de derechos atrincherada constituiría una limitación injustificada al legislador democrático, el permitir que los jueces tengan la última palabra acerca del contenido y alcances de los derechos implicaría privar a los ciudadanos de la prerrogativa de reflexionar libremente sobre las cuestiones que más les afectan.

Uno de los argumentos centrales de esta objeción sostiene que la admisión del control judicial de constitucionalidad se apoyaría en una ilusión: que se puede determinar qué es lo que dijo esa “voz del pueblo” plasmada en la constitución (Gargarella, 1996: 60; 2004: 72). Sería imposible sostener el argumento de que los jueces sólo intervienen cuando las decisiones de la legislatura son violatorias de los derechos, porque en sociedades que se caracterizan por el hecho del desacuerdo, éste podría recaer incluso sobre la cuestión de si una determinada norma viola algún derecho, esto es, sobre los alcances de ese derecho y lo que él requiere (Waldron, 1999: 351-353). Los tribunales no tendrían qué defender, ya que siempre podría existir desacuerdo respecto de cuáles derechos incluir o qué derechos se encuentran realmente plasmados en la constitución. Por ello, los argumentos a favor del control judicial de constitucionalidad serían insostenibles porque “*se basan en la idea de que tenemos nociones firmes acerca de lo que significa, en cada caso, respetar los derechos de todos*” (Gargarella, 2004: 76) y cuáles sean los mejores resultados para preferir un derecho a otro. Debido a que las declaraciones de derechos a menudo se plasman en principios de carácter abierto y mediante términos con resonancias morales, se abriría una “brecha interpretativa” entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican (Gargarella, 1996: 59; Waldron, 2010). A través de la interpretación, los jueces terminarían ocupando un lugar que correspondería a la voluntad popular, instaurando una “dictadura de los jueces”. La democracia constitucional sería “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos” (Bayón, 2000: 69).

El argumento de la dictadura de los jueces postula que el control judicial de constitucionalidad sería incompatible con los ideales democráticos porque a través de la tarea interpretativa serían los jueces los que establecerían el contenido y alcance de los derechos. Sin embargo, este argumento parece presuponer que los



jueces deciden discrecionalmente si una norma es o no compatible con la constitución, y que las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, por su formulación en términos considerablemente vagos, abstractos y con fuerte carga valorativa, no establecen por sí ninguna respuesta clara respecto de la constitucionalidad de una norma o acto, sino que en todos los casos ello dependería de la decisión discrecional de los jueces. Ahora bien, esta afirmación parece comprometerse con la tesis de la indeterminación radical. Waldron, por ejemplo, sostiene que:

...las palabras utilizadas en cada disposición de la carta de derechos tienden a cobrar vida por sí mismas, convirtiéndose en un obsesivo eslogan que sirve para expresar cualquier cosa que uno quiera decir sobre el derecho en cuestión (Waldron, 1999: 262)¹⁰.

Si esto fuera así, las constituciones no atrincherarían mas que textos que admitirían cualquier significado, cuya determinación quedaría al puro arbitrio del intérprete, esto es, el juez. Dado que asumiendo la tesis de la indeterminación radical no habría ningún caso claro de inconstitucionalidad –simplemente porque tampoco habría ningún caso claro de aplicación de ninguna norma–, los tribunales tomarían siempre una decisión discrecional, de modo que la estrategia de tutela constitucional de derechos básicos consistiría en realidad en ponerse en manos de los jueces para que resuelvan como les parezca. Los textos constitucionales no brindarían pauta alguna ya que la atribución de significado sería un acto de pura decisión.

Antes de examinar más detenidamente si realmente puede considerarse que la objeción contramayoritaria presupone la tesis de la indeterminación radical, creo importante señalar que quienes objetan no sólo el control judicial de constitucionalidad sino también la propia idea de atrincherar derechos en la constitución, parecen con ello comprometerse con dos concepciones incompatibles de la interpretación (Perot y Rodríguez, 2005: 23)¹¹. Waldron, por ejemplo, afirma que:

Cuando una disposición queda atrincherada en un documento Constitucional, los que poseen el derecho [que se establece] tienen ahora la ventaja adicional de que se hace difícil o imposible alterar su situación jurídica (Waldron, 1999 p. 263).

Al sostener tal cosa se está reconociendo que la constitución es capaz, a través de una carta de derechos, de retirar ciertos temas de la agenda de discusión ordinaria y así limitar lo que el legislador puede decidir. Pero, para ello debe aceptarse que la constitución tiene algún contenido desde el punto de vista semántico, “dice algo” de antemano que otorga esa ventaja de la que habla Waldron. Ahora bien, en contradicción con esto, el argumento de la dictadura de los jueces parece presuponer, como ya se advirtió, que la discrecionalidad judicial se sigue de la indeterminación de las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, las que no ofrecerían ninguna respuesta clara y, por ende, tampoco podrían fijar límite alguno a los órganos infraconstitucionales.

No niego que sea posible, de algún modo, articular coherentemente estas dos objeciones, pero si se quiere evitar esta tensión es preciso construir un argumento más complejo que el que a menudo ofrecen las versiones más fuertes de

¹⁰ En el mismo sentido, Waldron (2006: 1381).

¹¹ Compárese en este sentido la cita anterior con Waldron (1999: 100).

la objeción contramayoritaria, que haga explícitos los compromisos que en materia interpretativa se están asumiendo. Esto muestra cómo la viabilidad de algunos de los argumentos sustantivos que se esgrimen en este dominio depende en gran medida de los alcances de la concepción de la interpretación que se asuma.

De todos modos, mi atención aquí se circunscribe al argumento de la dictadura de los jueces. Si se asume la tesis de la indeterminación radical, parecería que el argumento funciona, y además que lo hace de forma contundente: el establecimiento del control judicial de constitucionalidad implicaría designar a uno o más órganos para que decidan a su antojo sobre el significado de la constitución y el alcance de nuestros derechos. Sin embargo, desde esta concepción de la interpretación lo que no parece posible es restringir el alcance de la objeción al control judicial de constitucionalidad. Si el lenguaje en general, y las formulaciones normativas en particular, dependen siempre en cuanto a su significado de una decisión libre del intérprete, en nuestro caso el juez, entonces cualquier ejercicio de la función jurisdiccional en que se apliquen normas de cualquier jerarquía implicará en esta reconstrucción un ejercicio de discrecionalidad ya que quien decide el contenido de las normas serían los jueces y no las legislaturas. Pero entonces, si se asume la tesis de la indeterminación radical, no hay modo de circunscribir los alcances de esta crítica al nivel de las normas de la constitución. Lo que de ella se seguiría, tal como lo han planteado algunos escépticos, es una crítica global a la manera en que entendemos ordinariamente cómo funciona el Derecho.

Pero además, quien asume esta concepción de la interpretación y, a su vez, pretende justificar una democracia mayoritaria, debe enfrentar una seria dificultad para asignar un contenido al principio de la supremacía de la legislatura. Si se asume la tesis de la indeterminación radical, en realidad la actividad legislativa no podría ir más allá de un acuerdo sobre ciertos textos, susceptibles luego de cualquier interpretación, desdibujándose así el carácter supremo que se les reserva en este modelo a las decisiones legislativas, pues ellas, al igual que la constitución, no podrían establecer límite alguno al aplicador. De manera que, aunque a primera vista es desde esta concepción de la interpretación que la objeción contramayoritaria cobraría su mayor fuerza de convicción, resulta en realidad que parece incoherente sostener la supremacía de la legislatura y la crítica al control judicial de constitucionalidad bajo este presupuesto hermenéutico.

Si se parte en cambio de alguna versión de la tesis de la única respuesta correcta, que considera que siempre es posible encontrar una respuesta objetiva a los problemas de interpretación que plantea cualquier texto normativo, la objeción de la dictadura de los jueces pierde gran parte de su fuerza de convicción ya que en tal caso la noción de brecha interpretativa, que involucra un componente creador en el intérprete, se volvería un sinsentido. El problema para la objeción contramayoritaria en este marco sería que si la constitución ofrece una respuesta correcta, los jueces no tendrían discrecionalidad sino que al ejercitar el control de constitucionalidad deberían identificar qué consecuencias se siguen de lo que establece la constitución. Así desde una versión realista como la de Michael Moore, el juez no puede asignarle cualquier significado a un término sino que debe hacerlo de acuerdo a la “verdadera naturaleza de la cosa” a la que se refiere la cláusula constitucional (Moore, 1985: 331). De modo que la constitución no sería lo que los tribunales dicen que es, sino lo que la constitución permite a los tribunales decir qué es de manera unívoca¹².

¹² En sentido similar, véase Rawls (1993: 273).

Desde luego, incluso aceptando la objetividad en el dominio moral, que haya una respuesta correcta no garantiza que se la vaya a encontrar.¹³ De manera que incluso asumiendo esta tesis se podría objetar el dejar en manos de órganos no representativos tomar decisiones que conciernen a derechos fundamentales. Pero lo que se debería justificar ahora para que la objeción funcione son las razones por las que los jueces estarían en peores condiciones que los miembros de la legislatura para descubrir esa respuesta correcta. La objeción debería ir acompañada de un elaborado argumento que justifique la supremacía epistémica de la legislatura. Y ese argumento debe ser apto para contrarrestar el refuerzo adicional que gana bajo esta concepción de la interpretación el tradicional argumento a favor del constitucionalismo: si la constitución tiene un contenido determinado y, por ende, limita lo que la mayoría ordinaria puede decidir, ¿tiene sentido dejar en manos del órgano que se pretende limitar el papel de intérprete privilegiado de esos límites?

Pero el partidario de la crítica contramayoritaria no necesita comprometerse con ninguna de estas concepciones interpretativas: podría presuponer la tesis de la indeterminación parcial. La tarea interpretativa no sería puramente cognoscitiva ni tampoco exenta de límites. En los casos claros no existiría brecha interpretativa y los jueces sólo deberían controlar que se respeten los límites fijados por la constitución para ciertos derechos básicos. Pero en los casos problemáticos, los jueces sí tendrían discrecionalidad. De manera que el alcance de la objeción contramayoritaria desde este presupuesto se circunscribiría básicamente a los supuestos en los que la constitución resulta indeterminada, que por cierto no son pocos. Ahora bien, aunque bajo esta concepción de la interpretación la objeción no parece sujeta a las dificultades que se indicaron al examinar las dos concepciones alternativas extremas, sus alcances resultan ahora mucho más modestos de los que a primera vista puede parecer. Ello así puesto que dentro de este marco parece difícil considerar en abstracto la objeción sin tomar en cuenta las concretas configuraciones institucionales que asuma el control de constitucionalidad.

4. Objeción contramayoritaria, diseño institucional y la cuestión de la “última palabra institucional”

En general, los críticos del control judicial de constitucionalidad toman como blanco paradigmático de sus críticas al modelo estadounidense, que se caracteriza por no contar con un órgano específicamente designado para efectuarlo y donde los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es *inter partes*, sólo para el caso concreto (Waldron, 2006: 1346; Kramer, 2004; Tushnet, 1999). Considero que si el sistema admite el atrincheramiento de las cláusulas constitucionales y, más específicamente, una carta de derechos, y no existe un órgano especialmente investido para el control de constitucionalidad, no puede rechazarse que los jueces asuman esa potestad ya que ella no constituye sino el inevitable ejercicio de la función jurisdiccional sólo que aplicada a las normas de superior jerarquía¹⁴. Ahora bien, en la justificación de la objeción existen matices. En una posible lectura, la preocupación fundamental de los críticos del control judicial se centra en que la tarea de interpretar las cláusulas constitucionales, que se caracterizan por su carácter general y abstracto, no debería quedar en manos de órganos carentes de representatividad. Así entendida, la objeción resaltaría la importancia de buscar mecanismos que democratizen la designación y el control de aquellos que deben aplicar las normas constitucionales, o que propugnen un mayor diálogo entre el

¹³ En este sentido, Waldron señala que “una respuesta correcta ahí afuera significa que un juez no se está volviendo loco cuando sale arduamente en su busca. Pero su mera existencia no conduce al juez a perseguirla, y ya no digamos a determinar que será capaz de alcanzarla” (Waldron, 1999: 222).

¹⁴ Desarrollé este argumento en Orunesu (2012).

poder legislativo y el judicial.¹⁵ En una versión más fuerte, la objeción contramayoritaria impugna no sólo la cuestión de la carencia de representatividad del órgano judicial sino la propia potestad para evaluar la constitucionalidad de las leyes por parte de cualquier órgano que no sea el legislativo. Waldron al respecto sostiene:

En ocasiones, sin embargo, cuando se considera necesario rebatir las críticas democráticas contra el control judicial de constitucionalidad, los defensores de éste señalarán con orgullo hacia los estados donde los jueces son electos. Esto sucede en ciertos estados de los Estados Unidos. Pero incluso cuando los jueces son electos, la tarea de los tribunales normalmente no se conduce, como la de la legislatura, de acuerdo con el ethos de la representación y la rendición de cuentas electoral [...] Así, por caso, que la legislatura está completamente consciente de las cuestiones de derecho a las que una determinada carta de derechos puede dar lugar, y que, habiendo deliberado sobre la cuestión, resuelve – a través del debate y el voto – establecer esas cuestiones de una manera determinada. La legislatura ha optado por uno de los bandos del desacuerdo [...] La cuestión que enfrentamos es si tal resolución de la legislatura debe ser dispositiva o si existe una razón para que sea reevaluada y quizá invalidada por los jueces (Waldron, 2006: 1363; 1371). La traducción me pertenece.

Quienes sostienen la objeción contramayoritaria estiman que no existen tales razones. No obstante, planteada en estos términos la crítica no se reduce a objetar que el control de constitucionalidad esté en manos de los jueces, sino que cuestiona la función jurisdiccional en su totalidad. Una vez que la legislatura ha tomado posición respecto de un determinado desacuerdo y legislado en consecuencia, del argumento parecería seguirse que no existen razones para que los jueces entiendan en esa ocasión ni en ninguna otra. Si se acepta el presupuesto de Waldron, nuevamente no hay forma de acotarlo únicamente a aquellos casos en los que se dirimen cuestiones de constitucionalidad: ningún tribunal podría evaluar los alcances de una ley infraconstitucional en relación con otra de superior jerarquía pero infraconstitucional, porque se supone que esas normas son también el resultado de una decisión consciente de la legislatura respecto de un determinado desacuerdo. La carga de la prueba ahora pasa al que rechaza sobre estas bases el control de constitucionalidad: ¿se puede lisa y llanamente prescindir en los Estados modernos de la función jurisdiccional?

Obsérvese que ni siquiera quienes sostienen la existencia de alguna diferencia cualitativa entre las cláusulas que integran la constitución y las normas de inferior jerarquía –que sería el único presupuesto plausible para aceptar un trato diferente respecto de unas y otras– estiman que puede prescindirse de la función jurisdiccional. Tal como lo señalaba Hart:

De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y

¹⁵ Para un análisis sobre las posibilidades de un diálogo interorgánico, ventajas y desafíos véase, por ejemplo, Gargarella (2008), Linares (2008: 199-239).

resueltas cuando se presentan en un caso concreto ... es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación, varía en grados según los diferentes campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad mediante una correspondiente variedad de técnicas (Hart, 1961: 162-163)¹⁶.

En otras palabras, se debe hacer frente a una realidad: aun con la mejor diligencia y calidad deliberativa, es posible que los legisladores a la hora de crear normas ignoren ciertos hechos o condiciones sociales y tecnológicas que cambian y evolucionan, o sobreestimen la ocurrencia de determinadas situaciones y subestimen otras¹⁷. A esto debe sumarse la posibilidad de que al momento de aplicar las reglas generales se revelen casos que el legislador no pudo prever (Schauer, 1991: 89-90). También ocurre que en ocasiones el legislador no tiene otra alternativa que dejar determinadas cláusulas abiertas y dictar reglas que incorporan términos como “razonable” o, que proveen una cierta guía, pero permiten a la vez a los jueces y ciudadanos decidir al momento de la aplicación cuestiones que no podrían adecuadamente resolverse por anticipado. De manera que a la hora de diseñar instituciones se debe tener en cuenta esta característica de las reglas generales: ellas no pueden resolver todo por adelantado¹⁸.

Una posibilidad para reducir la discrecionalidad del órgano de control sería optar por una constitución de detalle (Kelsen, 1931: 34-37). Pero ni aún así las normas constitucionales quedarán totalmente a salvo de la intervención judicial. Por ejemplo, pueden surgir casos de conflicto entre derechos constitucionales, en los que independientemente de que las normas sean determinadas, resulta ineludible una decisión por parte de los jueces. El procedimiento judicial sirve para remediar los errores o imprevisiones que surgen del nivel de generalidad en el que las legislaturas deliberan. Aun contando con un modelo ideal de legislatura como el que propone Waldron, que por ejemplo sea más sensible a cuestiones particulares, introduciendo audiencias públicas antes de la sanción de las leyes o estableciendo la obligación de consultar a los agentes afectados por determinadas leyes, siempre pueden surgir casos problemáticos en la aplicación de las normas.

En este contexto, el advertir que el control de constitucionalidad no es otra cosa que el ejercicio de la función jurisdiccional aplicada a las normas de mayor jerarquía no tiene por qué implicar que en estos casos la protección de los derechos de jerarquía constitucional se traduzca necesariamente en una tan amplia delegación al poder judicial para establecer lo que los derechos son. El sistema podría, por ejemplo, prever que los jueces deben limitarse a la hora de invalidar por inconstitucional una norma, asumiendo la presunción de constitucionalidad de las leyes dictadas por el legislador, y que sólo en casos en que la inconstitucionalidad sea manifiesta se puede avanzar sobre la validez¹⁹. Pero además, en el caso del

¹⁶ En el mismo sentido, Hart (1970: 269-271).

¹⁷ Así, los legisladores en ocasiones actúan en respuesta a hechos sobresalientes y cercanos que distraen su atención de otras consecuencias y probables circunstancias subyacentes a la cuestión. Los legisladores pueden tomar decisiones que dependan de forma exagerada de un hecho particular, sobreestimando su papel dentro del rango más amplio de hechos. Cf. Schauer (2006: 893-899).

¹⁸ Para un análisis del carácter sub y sobre incluyente de las reglas, véase Schauer (1991: 89-91).

¹⁹ Por ejemplo, las Constituciones de Suecia y Finlandia declaran expresamente que sólo puede inaplicarse una norma cuando ella es *manifiestamente* inconstitucional. Esta es la doctrina que defendía Thayer, quien postulaba la obligación de los tribunales de asumir una actitud de deferencia fuerte hacia el legislador (Thayer, 1893). Para un análisis de esta concepción véase De Lora (2000). La Corte Suprema Argentina formuló un criterio similar varios años antes de la publicación de Thayer en el caso «Avegno, José c/ Pcia. de Buenos Aires», donde sostuvo que «es necesario tener presente que, para que una ley debidamente sancionada y promulgada sea declarada ineficaz por razón de inconstitucionalidad, se requiere que las disposiciones de una y otra sean absolutamente incompatibles, que haya entre ellas una evidente oposición» (CSJN 1874 Fallos 14: 425).

sistema americano, la declaración de inconstitucionalidad tiene una importante limitación: sólo se declara respecto del caso concreto, y en virtud de esta limitación se ha argüido que parece ser más respetuosa de las atribuciones del poder legislativo²⁰.

En conclusión, en el marco de un sistema que no prevea un órgano especializado a cargo del control, la objeción contramayoritaria en su versión más fuerte deja de ser una crítica al control judicial de constitucionalidad para convertirse en una crítica a la función jurisdiccional en general, de la que es imposible prescindir. Salvo que se asuma que las cláusulas constitucionales no son operativas para los jueces, ella sólo puede sostenerse en su versión más débil como un llamado de atención respecto de la necesidad de, por un lado, subsanar el carácter deficitario que desde el punto de vista democrático puedan tener los mecanismos de selección de los jueces y las reglas para su permanencia y remoción y, por el otro, propugnar que los tribunales al ejercer el control asuman una actitud deferente hacia las legislaturas. Pero de esto no puede derivarse el rechazo del control judicial de constitucionalidad sin argumentos adicionales.

Cabe ahora analizar cómo afectan las objeciones contramayoritarias a los sistemas que sí prevén un órgano expresamente designado para el control de constitucionalidad, como sucede en aquellos países que cuentan con un tribunal constitucional y un régimen concentrado de control. En general, en tales sistemas, mientras que el tribunal constitucional es el único que puede invalidar leyes a la luz de lo que establece la constitución, los tribunales ordinarios tienen a su cargo la aplicación de la legislación a casos concretos. La opción por tribunales constitucionales en un primer momento estuvo vinculada con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica evitando las discrepancias que entre diferentes tribunales pudieran surgir cuando se ventilan cuestiones constitucionales²¹. En la actualidad, además se ha señalado que este modelo tendría otras ventajas. Así, de acuerdo a Ferreres Comella (2003: 80-87), una de sus cualidades residiría en la posibilidad de diseñar de manera diferenciada el tribunal constitucional y la justicia ordinaria. Este sistema permitiría reservar para la justicia ordinaria un sistema menos politizado, vitalicio y más sensible al principio de división de poderes, mientras que para la justicia constitucional se podrían instrumentar mecanismos de selección de sus miembros directamente dependientes de las mayorías parlamentarias, estableciendo su elección a través de éstas y por períodos cortos, no vitalicios, aumentando así el grado de convergencia con el poder legislativo. Según el profesor español el unificar el control en un único tribunal permitiría además que el poder político calibre con mayor claridad el grado de resistencia judicial frente a una ley por razones de su inconstitucionalidad, y así oponer sus propios argumentos a esa resistencia, ya sea a través de la opinión pública o promoviendo la reforma constitucional para rechazar los criterios del tribunal²².

Para los partidarios de la objeción contramayoritaria estas características no resultan suficientes para otorgarles credenciales democráticas a los tribunales constitucionales. En primer lugar, porque la designación o confirmación por representantes electos de los miembros del tribunal constitucional no podría asimilarse con las credenciales democráticas de quienes son elegidos directamente

²⁰ Existen otros elementos en la configuración del sistema que también pueden incidir en este mismo sentido, como por ejemplo cuáles sean las vías de acceso al control de constitucionalidad o cuál sea la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Suprema para los tribunales inferiores. Para un panorama sobre esta cuestión véase Linares (2008: 147-197).

²¹ Kelsen (1942) desarrolló este argumento.

²² Sobre las dificultades de mantener una clara división de funciones entre los tribunales constitucionales y los ordinarios véase Garlicki (2007).

por el voto popular (Waldron, 2006: 1394). En segundo lugar, porque el núcleo central de la objeción, esto es, que los tribunales no deben declarar la invalidez de normas dictadas por el parlamento porque ello significaría sustraer el poder de los órganos representativos, parece no sólo mantenerse incólume frente a los tribunales constitucionales sino cobrar mayor fuerza, porque la declaración de inconstitucionalidad tiene en este sistema efectos *erga omnes* (Waldron, 2006: 1354).

Pese a esto, en lo que respecta a la insuficiente representatividad de los tribunales constitucionales en comparación con las legislaturas, cómo ya señalé, sin duda podrían existir mejores mecanismos de designación tanto de los miembros de los tribunales constitucionales como de los jueces en general. En este caso existe un mayor esfuerzo por reflejar la voluntad política de la sociedad en la conformación del tribunal en comparación, por ejemplo, con el tradicional objeto de la crítica, esto es, el sistema de estilo estadounidense. De todos modos, el problema de la mayor o menor representatividad de los mecanismos de selección debería independizarse conceptualmente de la cuestión de si los tribunales constitucionales deben o no tener la potestad de declarar inválida una norma por inconstitucional. Pueden existir, del mismo modo, sistemas más y menos representativos para la selección de los miembros de las legislaturas, pero esto no puede constituir un argumento contra la asignación a un órgano colegiado de la potestad de crear normas generales.

En cuanto al carácter *erga omnes* de las declaraciones de inconstitucionalidad en los sistemas de control concentrado, en primer lugar debe recordarse que la circunstancia de que se invista a un órgano específico para el control de constitucionalidad no necesariamente implica que sus decisiones al respecto tengan carácter *erga omnes*. Esa asociación es sólo contingente y se registran muchos casos en los que las decisiones de los tribunales constitucionales no revisten tal carácter²³. Pero, además, se podría argumentar que cuando se opta por un diseño que admite la declaración de invalidez *erga omnes*, lo que se busca preservar es la seguridad jurídica, esto es, que individuos que se encuentran en situaciones similares reciban un trato igualitario en virtud de la valoración única que efectúa el tribunal designado respecto de la constitucionalidad de la norma que le es aplicable. En otras palabras, la seguridad jurídica vendría a preservar en el plano de la aplicación de las normas judiciales el principio de igual consideración y respeto, que en los sistemas de control difuso se vería afectado pues podría darse el caso de que individuos que se encuentran en situaciones semejantes no reciban un trato igual como consecuencia de que diferentes jueces juzgaron de manera disímil la constitucionalidad de las normas aplicables. Ahora bien, recuérdese que una de las razones que los partidarios de la objeción contramayoritaria ofrecen para privilegiar a la regla de la mayoría está dada precisamente por el respeto de este principio. Siendo ello así, desde este punto de vista se podría sostener que un diseño institucional que inviste a un tribunal constitucional de la competencia para declarar la invalidez *erga omnes* de las leyes no es más deficitario desde el punto de vista democrático que los sistemas de control difuso. Es más, en esta línea se podría argumentar que el cargo de antidemocrático contra este diseño pierde parte de su fuerza, ya que tanto la conformación del tribunal como los efectos que se asignan a sus decisiones revelan claramente un esfuerzo por consagrar un control de constitucionalidad más apegado a los ideales democráticos.

Por supuesto, se puede sostener frente a este tipo de defensas que ellas, en el mejor de los casos, sólo logran atenuar la intensidad de la objeción democrática y

²³ Véase Linares (2008: 249-250) donde se efectúa un relevamiento de los efectos *inter partes* o *erga omnes* de las sentencias en diferentes sistemas de control de Latinoamérica.

resultan insuficientes para justificar que los jueces a través del control de constitucionalidad tengan la última palabra institucional. Quienes se toman en serio la objeción contramayoritaria sostienen que en un sistema genuinamente democrático esa última palabra debe quedar siempre en manos del Parlamento y nunca en manos de los jueces. Debe advertirse, sin embargo, que esta tesis, sus alcances y específicamente qué se entienda por “tener la última palabra institucional” tampoco puede analizarse sin considerar cuál es la teoría interpretativa que se presupone y cuál el sistema específico de control de que se trate. Así, por ejemplo, si se asume la teoría de la indeterminación parcial, que circunscribe la discrecionalidad de los jueces a los casos problemáticos de interpretación, en conjunción con un sistema donde la declaración de inconstitucionalidad se dicta únicamente para el caso concreto y sólo tiene efectos *inter partes*, es difícil identificar en qué podría consistir en tal caso afirmar que el Congreso debe tener la última palabra institucional sin desnaturalizar sus funciones y el principio de separación de poderes.

A menudo se pone como ejemplo de una solución salomónica entre los defensores del control de constitucionalidad y sus críticos un diseño como el de la constitución canadiense de 1982. En el modelo canadiense se adopta una constitución que incorpora una carta de derechos que sólo puede modificarse por mecanismos agravados (secciones 38-49) y se considera suprema (sección 52). Si bien no existe una cláusula que otorgue expresamente a los tribunales la competencia para declarar invalidas las leyes contrarias a la Carta, la Suprema Corte de Canadá ha ejercido el control de constitucionalidad desde 1982 en virtud de lo establecido en las secciones 52 y 24(1)²⁴. No obstante, lo novedoso es la sección 33 de la Carta de Derechos de Canadá, que habilita al Parlamento y a las legislaturas provinciales a adoptar una legislación que contraría ciertas secciones de la Carta que tutelan derechos básicos²⁵. La denominada *cláusula derogatoria* (*clause derogatoire* o *notwithstanding clause*) hace que ciertos derechos no se encuentren atrincherados respecto de una determinada norma que elabora la legislatura (Johansen-Rossen, 2005). Su ejercicio tiene una vida máxima de cinco años, después de los cuales se requiere un nuevo ejercicio de ella por el Parlamento a efectos de que la suspensión del atrincheramiento pueda continuar por otros cinco años. Esta cláusula está pensada, más que como una forma de reenvío, como una manera de evitar el control de adecuación de una norma a la constitución por parte del Superior Tribunal y puede ejercerse al momento de dictarse la ley o *a posteriori* de una declaración de inconstitucionalidad. Este es sólo un ejemplo de que es posible concebir alternativas a los dos modelos tradicionales de control judicial de constitucionalidad que resulten más sensibles al principio mayoritario²⁶.

²⁴ 24. (1) *Toda persona, víctima de la violación o negación de los derechos o libertades que le son garantizados por la presente carta, puede dirigirse a un tribunal competente para obtener la reparación que el tribunal estime adecuada y justa de acuerdo a las circunstancias.* 52. (1) *La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá y cualquier norma contraria a las cláusulas de la Constitución será, en la medida de su inconsistencia, inválida.*

²⁵ Los derechos respecto de los cuales se puede ejercer la cláusula derogatoria son los de la sección 2, que contiene los derechos de libertad de expresión, de conciencia, de asociación y de asamblea, y las secciones 7 a la 15, que contienen entre otros el derecho a la vida, a la libertad y el derecho de igualdad. No están sujetos al procedimiento del artículo 33, entre otros, los derechos políticos, de movilidad, los vinculados a la protección del lenguaje de las minorías, y la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer. La denominada cláusula garantizadora (*enforcement rule*) de la sección 24, que establece que cuando un ciudadano ve violado un derecho puede recurrir a los tribunales para que le sea garantizado, tampoco es pasible del procedimiento del artículo 33. En Israel existe una cláusula similar en una de sus Leyes Básicas, aplicable sólo a la libertad de ocupación. Para un análisis de su funcionamiento en la práctica del Estado de Israel, véase Sommer (2004).

²⁶ En la actualidad se considera que el sistema canadiense representa una nueva tendencia en el marco del constitucionalismo que busca encontrar un equilibrio entre el ideal del autogobierno y el ideal



En síntesis, los alcances de la objeción contramayoritaria respecto del control judicial de constitucionalidad son más modestos de lo que a primera vista puede parecer. En primer lugar, asumiendo una concepción indeterminista parcial de la interpretación, su blanco sólo afectaría a la toma de decisiones judiciales en los casos problemáticos. En segundo lugar, en su versión más fuerte la objeción no rechaza sólo el control judicial de constitucionalidad sino todo el ejercicio de la función jurisdiccional. Si no se quiere asumir este costo y se desea circunscribir sus alcances al control de constitucionalidad, la crítica sólo puede preservarse en términos de una llamada de atención respecto de cómo son elegidos los jueces que deben tener a su cargo el control de constitucionalidad por considerarlos más o menos deficitarios desde el punto de vista de su legitimidad democrática. El ser conscientes de ese problema no debe conducir a renegar de la función jurisdiccional, sino que por el contrario nos compromete a pensar en nuevos diseños y propugnar prácticas institucionales que permitan garantizar la supremacía de la constitución y los derechos con una mayor deferencia al principio mayoritario.

Bibliografía

- ALLAN, J. (2010), "You don't always get what you pay for: no Bill of Rights for Australia", *New Zealand Universities Law Review*, Vol. 24, Núm. 2, pp. 179-196.
- ALTMAN, A. (1990), *Critical Legal Studies: A Liberal Critique*, Princeton University Press, Princeton.
- BAYÓN, J.C. (2000), "Derechos, democracia y constitución", *Discusiones*, Núm. 1, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, pp. 65-94.
- BICKEL, A. (1986), *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven.
- BIX, B. (1993), *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford.
- BRINK, D. (1988), "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 17, Núm. 2, pp. 105-148.
- DE LORA, P. (2000), "La posibilidad del constitucional thayerano", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 23, pp. 49-78.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge.
- ELY, J.H. (1997), *Democracia y Desconfianza, Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- FERRERES COMELLA, V., (2003), "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, Vol. 2, Núm. 65, pp. 73-122.
- FREEMAN, S. (1990), "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, Vol. 9, Núm 4, pp. 327-370.
- GARDBAUM, S. (2001), "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, Núm. 4, pp. 707-760.

de los derechos. Así se habla del nuevo constitucionalismo de la Commonwealth o más específicamente de un control de constitucionalidad débil (*weak judicial review*). En esta categoría también se incluyen a Gran Bretaña tras la sanción de la Humans Rights Act de 1998 por la que se incorpora al derecho inglés la Convención Europea de los Derechos Humanos y Nueva Zelanda tras la incorporación de la Carta de Derechos de 1990. La HRA británica establece la obligación para los tribunales de interpretar las normas en consonancia con los derechos consagrados en la convención toda vez que sea posible. Cuando ese no sea el caso podrá emitir una declaración de incompatibilidad. Cuando eso sucede el ministro a cargo de garantizar la norma puede solicitar un procedimiento de vía rápida para dictar una nueva norma compatible con la Convención. En Nueva Zelanda, también se preserva el principio de la soberanía del parlamento y el modelo de la constitución flexible, pero ahora se impone a los tribunales el deber de interpretar todas las normas de manera consistente con la Carta de Derechos. Para un análisis de estos sistemas, sus limitaciones y posibilidades veáse Allan (2010); Gardbaum (2001; 2010); Roach (2004); Tushnet (2003a; 2003b).

- GARDBAUM, S. (2010), "Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Núm. 2, pp. 167-206.
- GARGARELLA, R. (1996), *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona.
- GARGARELLA, R. (2004), *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Capital Intelectual, Buenos Aires.
- GARGARELLA, R. (2008), "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución", *Gaceta Constitucional*, Lima, pp. 573-590.
- GARLICKI, L. (2007), "Constitutional courts versus supreme courts", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Núm. 1, pp. 44-68.
- GUASTINI, R. (1992), *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli Editore, Torino.
- GUASTINI, R. (2006), "A sceptical view on interpretation", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R., *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica 2005*, Giappichelli Editore, Torino, pp.139-144.
- HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J. (2000), *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México.
- HART, H. (1977), *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- HART, H. (1983), "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Georgia Law Review*, Vol. 11, Núm. 5, pp. 123-188.
- HART, H. (1983), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- IGLESIAS VILA, M. (1998), "Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas", en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R., *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica 1998*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 129-144.
- KELSEN, H. (1942), "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, Núm. 4, pp. 183-200.
- KENNEDY, D. (1992), "Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 11, pp. 283-293.
- KRAMER, L. (2004), *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York.
- LINARES, S. (2008), *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid.
- MARMOR, A. (1992), *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- MOORE, M. (1985), "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, Núm. 58, pp. 279-398.
- MOORE, M. (1989), "The Interpretive Turn in Modern Theory. A turn for the worse?", *Stanford Law Review*, Vol. 41, Núm 4, pp. 871-957.
- MOORE, M. (1992), "Law as a Functional Kind", en George, R.P., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, pp. 188-242.
- MOORE, M. (2000), *Educating Oneself in Public. Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford.
- MORESO, J. (1997), *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ORUNESU, C. (2012), *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.
- ORUNESU, C., PEROT, P. y RODRÍGUEZ, J. (2005), *Interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, Fontamara, México.
- PEROT, P. y RODRÍGUEZ, J. (2005), "Dinámica e interpretación de los sistemas constitucionales", en ORUNESU, C., PEROT, P. y RODRÍGUEZ, *Estudios sobre interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, Fontamara, México, pp. 13-29.

- RAWLS, J. (1996), *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica.
- ROACH, K. (2004), "Dialogic Judicial Review and its Critics", *Supreme Court Law Review*, Núm. 23, pp. 49-104.
- THAYER, J. (1893), "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. 7, Núm. 3, pp. 129-156.
- TUSHNET, M. (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton.
- TUSHNET, M. (2003a), "Alternative Forms of Judicial Review", *Michigan Law Review*, Vol. 101, Núm. 8, pp. 2781-2802.
- TUSHNET, M. (2003b), "New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and-Democracy-Based Worries", *Wake Forest Law Review*, Núm. 38, pp. 813.
- WALDRON, J. (2004), *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Barcelona.
- WALDRON, J. (2006), "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, Vol. 115, pp. 1348-1406.
- WALDRON, J. (2010), "Constitutionalism: A Skeptical View", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 248. Disponible en línea: http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/248. Revisado el 12 de enero de 2012.