

SEBASTIÁN LINARES

LA (I)LEGITIMIDAD
DEMOCRÁTICA
DEL CONTROL JUDICIAL
DE LAS LEYES

Presentación de
Pilar Domingo

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN (Pilar DOMINGO).....	13
AGRADECIMIENTOS	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I.—LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LAS DECISIONES POLÍTICAS	27
INTRODUCCIÓN	27
1. LA LEGITIMIDAD DE LAS DECISIONES POLÍTICAS: PROCEDIMENTALISMO <i>VERSUS</i> SUSTANTIVISMO	29
2. DOS CONCEPCIONES MIXTAS DE LA LEGITIMIDAD POLÍTICA: SUSTANTIVISMO DÉBIL Y PROCEDIMENTALISMO DÉBIL	34
3. UNA DEFENSA DEL PROCEDIMENTALISMO DÉBIL	38
4. IMPLICACIONES INSTITUCIONALES	42
CONCLUSIONES	43
CAPÍTULO II.—EL CONSTITUCIONALISMO EN LA ENCRUCIJADA	45
INTRODUCCIÓN	45
1. EL PROBLEMA DEL COTO VEDADO DE DERECHOS.....	47
1.1. La estrategia del precompromiso.....	49
1.2. La abstracción como estrategia conciliadora.....	51
1.3. La opción por una constitución de rigidez moderada y mayoritaria..	57
2. LA REVISIÓN JUDICIAL: DEFENSORES Y CRÍTICOS.....	61

	<u>Pág.</u>
2.1. DWORKIN: la defensa general de la revisión judicial.....	62
2.2. WALDRON: la crítica general de la revisión judicial.....	67
2.2.1. El núcleo del argumento en contra de la revisión judicial ...	71
2.2.2. La réplica a otros argumentos de defensa de la revisión judicial.....	78
2.3. La defensa contextual de la revisión judicial.....	83
2.4. Una crítica a la defensa contextual de la revisión judicial	87
CONCLUSIONES	94
CAPÍTULO III.—LOS MÉRITOS DEMOCRÁTICOS DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES	99
INTRODUCCIÓN	99
1. EL ORIGINALISMO	101
2. LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN: DWORKIN.....	106
3. EL TEXTUALISMO.....	110
4. EL MINIMALISMO JUDICIAL: SUNSTEIN	115
5. EL USO DE LA REVISIÓN JUDICIAL PARA FORTALECER LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA: ELY	121
6. UNA VERSIÓN DE LA TEORÍA DELIBERATIVA DE LA DEMOCRACIA: NINO Y GARGARELLA	129
7. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA TEORÍA DELIBERATIVA. APUNTES PARA UNA TEORÍA DEL EJERCICIO DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN SOCIEDADES DESIGUALES.....	136
CONCLUSIONES	143
CAPÍTULO IV.—MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEFERENCIA AL PODER LEGISLATIVO	147
INTRODUCCIÓN	147
1. GRADOS DE INTENSIDAD DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA: REVISIÓN JUDICIAL DE LEYES CONTEMPORÁNEAS Y NO CONTEMPORÁNEAS.....	148
2. MODELOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, JUDICIALIZACIÓN DE LEYES CONTEMPORÁNEAS Y EJERCICIO DE LA CAPACIDAD DE VETO.....	154
2.1. Modelos de justicia constitucional y rasgos estructurales diferenciales	154
2.2. Modelos de justicia constitucional e intensidad de la objeción democrática.....	157

	Pág.
2.3. Matices dentro del modelo europeo.....	164
3. EL PROCESO LEGAL DE PROPAGACIÓN DE LOS RASGOS EUROPEOS EN AMÉRICA LATINA	167
4. CINCO CASOS COMPARADOS: ARGENTINA, BRASIL, ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS Y MÉXICO	180
CONCLUSIONES	194
 CAPÍTULO V.—LAS POSIBILIDADES DEL DIÁLOGO INTERORGÁNICO	199
INTRODUCCIÓN	199
1. EL DIÁLOGO INTER-INSTITUCIONAL CORTES-CONGRESO	200
1.1. Constituciones rígidas.....	201
1.2. Constituciones flexibles	211
2. UNA CRÍTICA A LAS FORMAS DE DIÁLOGO INTERORGÁNICO EXISTENTES.....	220
3. PROPUESTAS PARA FORTALECER EL DIÁLOGO DEMOCRÁTICO EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	233
 CAPÍTULO VI.—LA INTENSIDAD DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA: UNA APROXIMACIÓN GRADUAL	241
INTRODUCCIÓN	241
1. LA INTENSIDAD DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA: UNA APROXIMACIÓN GRADUAL.....	241
2. UNA PROPUESTA DE EVALUACIÓN DEL GRADO DE INTENSIDAD DE LA «DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA»	243
2.1. Los mecanismos de reforma constitucional	244
2.2. Efectos de las sentencias: « <i>inter partes</i> » o « <i>erga omnes</i> ».....	248
2.3. Restricciones a la declaración judicial de inconstitucionalidad.....	250
2.4. Los mecanismos de selección de magistrados.....	252
2.5. Las facultades interpretativas del congreso	274
2.6. El derecho de voz.....	278
2.7. Vías de acceso a la Corte o Tribunal.....	282
2.8. Cantidad de puntos de veto efectivos	289
2.9. Variables contextuales.....	296
CONCLUSIONES	300
 CONCLUSIONES.....	304
 BIBLIOGRAFÍA.....	307

PRESENTACIÓN

A principios del nuevo milenio estamos presenciando una era que potencia el discurso de los derechos humanos y de las virtudes cívicas. Esto va de la mano de una nueva visibilidad pública del poder judicial (tanto en democracias nuevas como antiguas, tanto en el nivel nacional como global), de una creciente judicialización de la política y de una creciente movilización legal desde abajo por parte de distintos actores sociales en torno al discurso de los derechos humanos. Esto ha llevado a potenciar el papel político de los jueces, y a que se deposite en ellos nuevas expectativas con respecto a su capacidad de resolver conflictos de carácter político y social que la sociedad percibe que no están siendo debidamente atendidos por las instancias políticas representativas, es decir, el poder legislativo y ejecutivo y los partidos políticos.

Las reglas del juego que determinan la compleja relación entre estado y ciudadanía en la democracia son el fruto de procesos políticos que se constituyen y van modificándose con el tiempo a partir de sucesivas decisiones políticas, luchas sociales, y contextos históricos y culturales muy concretos. En el desarrollo de la democracia inevitablemente surgen dilemas constitucionales acerca de quién debe tener la última palabra institucional en el proceso político de toma de decisiones, y de acuerdo a qué criterios. Dentro de estos dilemas entra en juego el lugar que deben ocupar los jueces en las estructuras de decisión política desde la justicia constitucional.

Este libro representa un lúcido ensayo que navega entre los diversos dilemas morales, normativos e institucionales que se presentan en la evolución política y constitucional del poder judicial en las democracias modernas. Lo hace desde la perspectiva normativa de la teoría de la democracia deliberativa y, dentro de esta última teoría, desde una corriente que defiende un modelo de justicia constitucional más bien débil. En este sentido, el libro nos alerta de los peligros de sobredimensionar el papel político de los jueces en detrimento del

principio democrático, y lo hace a partir de un rico diálogo interdisciplinario entre la ciencia política, la teoría política, la filosofía del derecho y el derecho constitucional.

El argumento que forma el hilo conductor de los diversos capítulos de La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes no es original, pero el autor realiza contribuciones novedosas —tanto teóricas como empíricas— que enriquecen el debate general. En el fondo lo que prevalece a lo largo de estas páginas es una profunda convicción humanista por parte del autor de que el centro moral de cualquier proyecto político de democracia debe ser el ciudadano como agente principal de su entorno político y social.

Londres, 14 de mayo de 2008

Pilar DOMINGO
Institute for the Study of the Americas

AGRADECIMIENTOS

Son muchas las personas a las que quiero agradecer. En primer lugar, a Marisa Ramos. Sin ella este libro no hubiera sido posible. No encuentro palabras para expresarle mi sentimiento de gratitud. Gracias Marisa, gracias por confiar en mí, gracias por tu apoyo intelectual y por tu generosidad.

En segundo lugar, quiero agradecer a Pilar Domingo. Siempre dispuesta al diálogo, siempre dispuesta a oír y a responder con moderación y respeto, siempre tratando de extraer lo mejor de todo. Ella encauzó mis ideas en momentos de extravío intelectual, ella me ayudó a tener una disciplina de trabajo, me recomendó lecturas indispensables, ella desafió las partes de la tesis que creía más inexpugnables. Me ha enseñado el verdadero valor de la humildad y la honestidad intelectual.

Gracias a Manuel Alcántara, porque me ha apoyado en todo momento y siempre me ha tratado con consideración y respeto. Gracias a Roberto Gargarella, por haberme recibido en Bergen y haberse prestado a dialogar conmigo y comentar algunos de mis confusos borradores. La obra de Roberto fue para mí un gran descubrimiento. No tengo ninguna vergüenza en decir que le tengo un gran respeto intelectual.

También quiero agradecer a Luis Pasara, Iván Llamazares y Agustín Ferraro, porque sus intervenciones en los encuentros de los seminarios de investigación siempre me rescataban de la ignorancia. Luis ha sido especialmente generoso conmigo, y me ha tratado siempre como un compañero, pese a las diferencias de trayectoria que nos separan. Gracias por eso. Tampoco puedo de dejar de agradecer a Víctor Ferreres, por el rigor y la agudeza con las que ha comentado este trabajo, y la calidez con la que me ha tratado. Me he beneficiado finalmente de los comentarios de Mariano Torcal, Juan Carlos Velasco y Francisco Sanchez López.

Quiero agregar algunos agradecimientos especiales. Así, agradezco a Borja Díaz Rivillas, porque él fue mi gran compañero en esta aventura doctoral. Juntos presentamos artículos y ponencias en diversos foros y congresos; entre ellos vale la pena citar el VI Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración (Barcelona, 2003), el Congreso de la *Latin American Studies Association* (LASA) celebrado en Las Vegas, en el año 2004 y el Congreso de la *Society for Latin American Studies* (SLAS), celebrado en Leyden, Holanda, también en el año 2004.

Quiero agradecer también a Elin Skaar, por haberme recibido generosamente en el Instituto *Christian Michelsen* (Bergen, Noruega); a Catalina Smulovitz, por haberme dado respaldo académico, y a Leopoldo Díaz Moure y Jorge Fernández, por haberme acercado información valiosa. He mantenido diálogos informales sobre temas relacionados con este trabajo con muchas otras personas que no quiero olvidar: Alexander Jiménez, Luis Ramírez, Jorge Vargas, Andreas Schedler, Rodolfo Vázquez, Marcelo Bergman, Gabriel Negretto y Francisca Pou. Todos ellos fueron muy amables conmigo.

Los amigos también contribuyeron con su presencia a la realización de este libro. Todos ellos me dejaron recuerdos imborrables e hicieron que disfrutara de una vida mejor: Roberto Pinheiro Machado, Borja Barredo Nistal, Gonzalo Galmarini, Guillermo Ortiz, Jeanne Charbonneau, Alexander Jiménez Matarrita, Carlos Piñas Postill, Loli Alvarez, Ariel Blanco, Gonzalo Quiroga, Marcela Wasserman, Diego Ferrer Fresquet, Ariel Figueroa, Fernando Pedrosa, Renata Alvares Gaspar, Diego Bernardini, Hugo Picado, Nicolás Simone, Jorge Fernández, Juan Francisco Ortega Díaz, Marcelo Barrientos Zamorano, Elena Martínez Barahona, Ricardo Cascone, Spyros, Patricio Carvajal, Mathew Hayes, Felipe Olmos, Freddy Santamaría, Tone Sissener, Stina Petersen, Steinar Hegre y Cristian Delpiano. Gracias especialmente a Ariel Blanco, Diego Galmarini, Natalia Paul y Ezequiel Tiscornia por el verano del 2001 en Valencia.

Gracias a mi familia, que siempre estuvo a mi lado en la distancia.

Y gracias a Ana Albert, porque siempre contagia felicidad, porque su generosidad es inagotable, y porque me ha devuelto todos estos largos y fatigosos años en forma de amor constante.

INTRODUCCIÓN

El «control judicial de las leyes» es una institución originada hace más de doscientos años en los Estados Unidos. Esta institución se ha difundido prodigiosamente en las últimas tres décadas, como uno de los vértices del fenómeno de la «expansión global del poder de los jueces» (TATE y VALLINDER, 1995). Aunque este proceso incluye a muchos regímenes no democráticos, es indudable que la expansión de la revisión judicial en el mundo ha estado ligada a la tercera ola de democratización¹. Hacia el año 2005, más de tres cuartos de los países del mundo consagraban alguna forma de control judicial de constitucionalidad o revisión judicial (HOROWITZ, 2006: 125).

La popularidad del control judicial de las leyes es, pues, un fenómeno relativamente reciente. Como veremos, la revisión judicial puede ser organizada de diferentes maneras. En general la literatura distingue dos «modelos» básicos de control judicial de las leyes: el modelo americano y el modelo europeo. En el primero, todos los jueces pueden declarar la invalidez de las leyes, pero es la Corte Suprema la que cierra el orden jurídico y dice la «última palabra institucional». En el segundo, la función de control de constitucionalidad es ejercida por un tribunal fuera de la órbita del poder judicial ordinario. La distinción es importante para destacar un hecho importante: la tercera ola de democratización no sólo ha expandido el control judicial de las leyes; más específicamente,

¹ Así, con la tercera ola de democratización se produce un reconocimiento concomitante del control judicial de las leyes. Así, la creación de Tribunales Constitucionales en Portugal (1976), España (1978), Bélgica (1980), Polonia (1982), Hungría (1989), Croacia (1990), Rumania, Bulgaria y Eslovenia (1991), Albania, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia, República Checa, Bielorrusia (1993), Moldavia (1994), Bosnia-Herzegovina (1995), Letonia (1996) y la República de Ucrania (1996). También en esta última etapa se incluyen Sudáfrica (1994), Madagascar (1975) y Egipto (1979), así como el Tribunal Constitucional Surcoreano (1987), de Indonesia (2002), Costa de Marfil (2000), Latvia (2003) entre otros (véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1999; FLÓRES JUBERÍAS y TORRES PÉREZ, 2001; FERRER MAC-GREGOR, 2002; HOROWITZ, 2006). Sobre el proceso de fortalecimiento de la justicia constitucional en América Latina desde los inicios de la tercera ola me extiendo en el capítulo cuarto de esta obra.

la mayoría de las nuevas democracias han introducido rasgos propios del denominado modelo europeo² (HOROWITZ, 2006: 125). Hay que decir, no obstante, que en muchos países estos rasgos conviven con elementos propios del modelo americano (así, en muchos países de América Latina).

Muchas fuerzas han confluído para que se produjera este proceso de difusión y expansión. En primer lugar, una cuestión de incentivos. Según parece, el control judicial de las leyes es una institución muy atractiva para las élites políticas en un contexto de apertura democrática como el de la tercera ola. Esto es así porque normalmente la apertura democrática genera un marco de incertidumbre, un contexto en el cual los líderes políticos temen perder el poder en las elecciones futuras. En esas condiciones, los gobernantes prefieren consagrar una suerte de «seguro institucional», una suerte de escudo protector capaz de resguardar sus intereses más elementales en el caso de que sus oponentes asuman el poder. La revisión judicial en manos de un tribunal independiente aparece, así, como un mecanismo que reduce el riesgo de los gobernantes actuales en el caso de perder el poder en el futuro (GINSBURG, 2003; HIRSCHL, 2005: 478).

En segundo término, influyó un cuerpo general de ideas políticas sobre la mejor manera de organizar una sociedad. Así, el control judicial de las leyes se presenta normalmente como un componente esencial dentro de un cúmulo de instituciones y mecanismos que dan sentido a un *estado democrático de derecho*. Según esta línea del pensamiento democrático, la constitución es una norma que debe ser respetada. Ahora bien, ¿por qué los gobernantes deciden acatar la constitución? ¿Qué incentivos tienen para ello? Pues bien, se ha dicho que para que el «imperio del derecho» (*rule of law*) pueda convertirse en un equilibrio que determine la conducta de *todos* los individuos, es necesario que exista una distribución de poder en la que ningún agente tenga poder absoluto. Ningún actor debe ser lo suficientemente poderoso para destruir a sus adversarios (véase MARAVALL y PRZEWORSKI, 2003). Para que el imperio del derecho sea un equilibrio estable, pues, deben existir controles horizontales y verticales dispersos sobre los gobernantes (véase O'DONNELL, 2002; 2003). Parapetándose en esta idea básica y general, surgen un sinnúmero de propuestas programáticas: establecer agencias horizontales de control de la legalidad, fortalecer la independencia, el acceso y la eficiencia de la justicia, «empoderar» a los ciudadanos y a los movimientos sociales y, también, *consagrar el control judicial de las leyes*.

La propagación de la revisión judicial, así, estuvo respaldada por una corriente del pensamiento filosófico liberal muy poderosa, que ve en el control judicial de las leyes una institución esencial dentro de un estado democrático de derecho. En efecto, la idea que alumbró este formidable proceso político de

² En 1978, sólo el 26 por 100 de las constituciones del mundo admitían un tribunal constitucional. Hacia el año 2005, ese porcentaje es de 44 por 100 (HOROWITZ, 2006: 125).

difusión ha sido la de que el control de constitucionalidad *es esencial para la consolidación y el mantenimiento del régimen democrático*³, tan pronto como contribuiría a someter a las autoridades políticas al imperio del derecho y a afianzar el respeto a los derechos humanos. Tan poderosa es esta causa, tan bienintencionados son sus propósitos, que ningún político ni ningún formador de opinión se atreve a poner en duda sus cimientos⁴.

Ahora bien, la popularidad global de la institución no debe obnubilarnos: en todo modelo de justicia constitucional existe una tensión que aparece cada vez que los jueces analizan la validez de una ley del Congreso o Parlamento. La tensión a la que me refiero tiene que ver con la posibilidad de que los jueces consideren que dicha norma legal no es válida. Y es que, en cualquiera de estas democracias alguien puede preguntarse, legítimamente: ¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? ¿Cómo puede ser que un reducido grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares, pueda prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? Ésta es la denominada «dificultad contramayoritaria» del control judicial de las leyes (BICKEL, 1962).

Esta dificultad es relativamente sencilla de comprender, pero las respuestas que ha merecido son copiosas y complejas, y están en constante proceso de ramificación. Se trata, por otra parte, de una pregunta que divide (y seguirá dividiendo) a los filósofos, los juristas, los políticos y los ciudadanos. Pues bien, este trabajo pretende dar una respuesta a esta dificultad, esto es, pretende abordar el tema de la *legitimidad democrática* del control judicial de las leyes, y pretende abordarlo con el respeto y la humildad que merece un tema que ha fatigado el pensamiento de las mentes más lúcidas de la filosofía política y jurídica. Más que la exhaustividad, he buscado la precisión y claridad, y he seleccionado aquellos puntos de discusión que a mi juicio representan algunos de los desafíos más importantes.

En el presente trabajo pongo en tela de juicio los presupuestos filosóficos sobre los que está basado el proceso de expansión del control judicial de las leyes en el mundo. Defenderé así la tesis de que *el control judicial de las leyes*,

³ Una cita reflejará esta idea: «los tribunales pueden ejercer una importante función en la consolidación y el mantenimiento del régimen democrático. Proveen de un foro ideal para la defensa de los derechos humanos y para la determinación de los poderes del gobierno. Al adjudicar cuestiones constitucionales, los tribunales constitucionales convierten a la constitución en un documento vivo que moldea y dirige el ejercicio del poder político, en vez de ser una colección de aspiraciones y frases elegantes. Pueden contribuir, en otras palabras, a la formación de un nuevo régimen, no meramente un régimen democrático, sino un estado democrático de derecho» [mi traducción] (HOROWITZ, 2006: 126).

⁴ Valga aquí la mención del «Informe sobre la democracia en América Latina» (PNUD, 2004), en el cual O'DONNELL plantea de manera escueta la cuestión del control judicial de constitucionalidad sólo como un dilema entre el modelo americano o europeo de justicia constitucional, y concluye que, de acuerdo con el estado actual de nuestro conocimiento, ninguna de ambas opciones puede predicarse como más o menos democrática (O'DONNELL, 2004: 28).

bajo una constitución rígida, significa una afrenta a los valores que dan sentido a un gobierno democrático y a los valores de igual dignidad y autonomía personal. Nótese que se trata de una tesis bastante virulenta, si tenemos en cuenta que la gran mayoría de los regímenes democráticos existentes se encuadran en la categoría de democracias constitucionales, esto es, sistemas que consagran el control judicial de las leyes y que adoptan constituciones rígidas. Obsérvese también que esta tesis no cuestiona la legitimidad del control judicial de los actos del poder ejecutivo, ni impugna otras funciones que la justicia constitucional pudiera tener (como la resolución de las acciones de amparo en tanto que no involucren la validez de una ley, o la resolución de conflictos de competencias entre poderes). La tesis cuestiona, así, única y exclusivamente el control judicial *de las leyes del Congreso* bajo una constitución rígida. Adviértase, pues, que son dos los elementos que tienen que verificarse para que aparezca la objeción democrática: 1) la existencia de una constitución rígida, y 2) la consagración de un modelo «robusto» de control judicial de las leyes. Por modelo «robusto» entenderé aquel que concede a los jueces constitucionales el poder de vetar, con carácter definitivo, las leyes del Congreso. Pues bien, si uno de esos dos elementos no se verifica, entonces la objeción democrática se disipa. Es decir, estos dos elementos funcionan como condiciones «necesarias» y conjuntamente suficientes de la objeción democrática al control judicial de las leyes.

De todos modos, en este trabajo no me limito a atacar el control judicial de las leyes en términos categóricos y generales. También argumento que es posible discernir *grados de intensidad* de la objeción democrática. Así, y en primer lugar, distinguiré entre leyes «*contemporáneas*» y «*no contemporáneas*», según que las mismas hayan sido aprobadas por el Congreso de turno o por una antigua legislatura. A partir de esta distinción, defenderé que *sobre el ejercicio del control judicial de las leyes no contemporáneas pesa una objeción democrática de menor intensidad*. La razón que me mueve a sostener esto reside en una simple intuición: que el veto judicial a las leyes antiguas (aprobadas por gobiernos pasados) en ocasiones puede ser de utilidad para las mayorías legislativas que actualmente están en el poder. En base a esta idea, defenderé que uno de los rasgos más sobresalientes del modelo europeo de justicia constitucional —concretamente, la *acción abstracta de inconstitucionalidad*— coloca a los tribunales constitucionales europeos en una posición más delicada y embarazosa, por cuanto esta clase de acciones propician la *judicialización de leyes contemporáneas*.

En segundo lugar, en este trabajo defiendo que la objeción democrática al control judicial de las leyes puede ser de *mayor o menor intensidad* según cómo varíen distintos elementos institucionales y contextuales. Así, y sin pretensión de agotar la cuestión, argumentaré que la objeción democrática es de mayor o menor intensidad dependiendo del grado de rigidez de la constitución, de la clase de mecanismos de selección de jueces, de los efectos de las senten-

cias de inconstitucionalidad, de quiénes están legitimados para presentar argumentos en defensa de la ley impugnada, de las restricciones a la declaración de inconstitucionalidad, de las facultades interpretativas del Congreso, de las vías de acceso a la justicia constitucional, y del contexto social en el que opera el control de constitucionalidad. De todos modos, debe quedar bien claro que, aun cuando defienda que el grado de intensidad sea variable, en ningún momento sostengo que la objeción democrática quede disipada cuando un país se ubica en las posiciones de menor intensidad. En tanto que se mantengan las dos condiciones básicas que dan origen a la dificultad contramayoritaria (esto es, una constitución rígida y el control judicial de las leyes), la crítica sigue indemne.

En tercer término, quiero aclarar que mis invectivas contra el control judicial de las leyes no deben entenderse como una defensa dogmática de las decisiones del Congreso, sea cual sea el contenido de esas decisiones. Nada de eso. Sólo pretendo defender dos argumentos que deberían ser tenidos en cuenta por cualquier político a la hora de preguntarse *quién debe tener la última palabra institucional en un régimen democrático*: primero, la intuición de que ambos órganos —el Congreso o la Corte— son falibles, y que ambos tienen unas mismas probabilidades de equivocarse y vulnerar derechos; y segundo, la idea de que nuestros derechos (su contenido, sus alcances, sus jerarquías) son materia de un desacuerdo profundo y persistente entre las personas. Estas dos ideas me inclinan a pensar que el Congreso debería tener la última palabra institucional, dado que este órgano —aunque de manera imperfecta— es el que respeta *mejor* el derecho de participación ciudadana *en pie de igualdad*. Seguiremos estando en desacuerdo con muchas decisiones del Congreso, y usaremos nuestro derecho a protestar para que estas decisiones se cambien, así como ejerceremos nuestro derecho a voto para intentar echar a los gobernantes que no nos gustan. Incluso en ocasiones tendremos razones para desobedecer esas normas. Pero alguien tiene que tener la última palabra institucional, y no resulta legítimo que esa última palabra esté en manos de los jueces.

Sobre la base de estos mismos presupuestos —esto es, de que ambos órganos (Congreso y Corte) son igualmente falibles— defenderé que, *asumida como dada la existencia de la revisión judicial* en el marco de una constitución rígida, algunas decisiones judiciales en *ejercicio* de la revisión judicial están justificadas en ciertos casos. Esto es, no hay ninguna incoherencia en criticar el control judicial de las leyes *como institución* y admitir que, en ciertos casos concretos, algunas decisiones judiciales son valiosas por sus «*outcomes*». Y es que la crítica a la revisión judicial se ubica en un plano general. Es decir, nos invita a imaginar, si se quiere, la situación de una asamblea constituyente que se pregunta a quién debemos confiar la autoridad final en una sociedad democrática, sopesando argumentos relacionados con la igual dignidad y autonomía de las personas, el desacuerdo filosófico y político, y reflexionando acerca del valor epistémico de los distintos procedimientos de toma de decisiones. En cambio, la justificación de una decisión judicial en un caso concreto se ubica en

el «aquí y ahora», es decir, asume como dada la *institución* de la revisión judicial y evalúa el mérito y las circunstancias que rodearon el dictamen de cada decisión judicial. Ahora bien, para realizar esa evaluación debemos desarrollar una teoría del «uso correcto» de la revisión judicial. Sin embargo, el problema es que existen muchas teorías del «uso correcto» de la revisión judicial; y aunque en mi opinión sólo una de ellas es convincente (según diré, una teoría fundada en la democracia deliberativa), no tenemos ninguna seguridad de que ésta se granjee la fidelidad de los jueces constitucionales. Y es justamente por ello que el control judicial de las leyes, como *institución*, es cuestionable, aunque algunas decisiones judiciales no lo sean. El uso correcto de la revisión judicial, en una democracia, es una cuestión sobre la que muchas personas razonables tienen diferentes opiniones. Si todos los jueces compartieran una misma fe en una teoría del ejercicio correcto de la revisión judicial, tal vez no habría mayores problemas en delegar en ellos la última palabra institucional. Pero como el desacuerdo también contamina la adjudicación judicial, no parece que sea justo darles la autoridad final sobre esas cuestiones controvertidas.

Mi defensa de la primacía institucional del Congreso no supone, como muchos podrían imaginar, el respaldo de un sistema «puro» de supremacía parlamentaria, un sistema del tipo de Westminster. Es cierto: en este trabajo apoyaré la idea general de que el Congreso tiene mejores credenciales democráticas que la judicatura, pero entiendo que el sistema de Westminster no configura la única alternativa viable. Según creo, existen buenos argumentos para preferir la primacía de aquel procedimiento que *haga posible* una genuina *deliberación democrática*, esto es, un procedimiento que *a)* propicie un diálogo centrado en razones que cualquier persona racional podría suscribir, y *b)* un procedimiento que respete del mejor modo posible el derecho de participación en pie de igualdad. Según desarrollaré, ni el sistema «puro» de Westminster, ni algunos sistemas intermedios (como el receptado por el Reino Unido desde 1998, el canadiense, o el israelí) dan margen para la formación de un genuino diálogo democrático. Propondré en contraposición un sistema de justicia constitucional en el cual *a)* los jueces ordinarios inferiores a la Corte Suprema tengan prohibido declarar la invalidez de las leyes contemporáneas, pero puedan dictar «*declaraciones de incompatibilidad*» para advertir al Congreso de los problemas jurídicos y morales que plantean las leyes, *b)* sólo la Corte Suprema pueda declarar la invalidez de las leyes contemporáneas, y *c)* el Congreso pueda invocar, con posterioridad a una sentencia de inconstitucionalidad de la Corte, una cláusula «*override*» para hacer prevalecer su voluntad, tras una audiencia pública en la que se expongan las razones de esa decisión. Según argumentaré, un sistema semejante (con algunos matices adicionales) *haría posible* un diálogo entre el poder judicial y el Congreso, aprovecharía las virtudes deliberativas del control judicial de las leyes, y respetaría asimismo las mejores credenciales democráticas del Congreso.

El trabajo adopta un enfoque interdisciplinario. Esto es, a lo largo de toda la obra se barajan proposiciones normativas (propias de la filosofía política y del derecho), proposiciones empíricas (propias de la ciencia política) y proposiciones programáticas (propias de la ingeniería institucional), todas ellas unidas o ensambladas por un mismo objeto de estudio y un mismo propósito. Considero que la diversidad de perspectivas a través de las cuales analizo el control judicial de las leyes es una opción metodológica que está plenamente justificada debido a la naturaleza del tema. No creo en ningún dogma; tampoco en los dogmas metodológicos. Tengo en cambio la convicción de que es el propio tema u objeto de estudio el que impone el método. Tampoco creo que uno esté obligado a circunscribirse siempre a la lógica *explicativa* si el tema que se trata es un tema en el que están comprometidos *valores* en conflicto. En esa línea, soy de la opinión de que se perdería mucho si analizáramos el control judicial de las leyes desde una perspectiva exclusivamente empírica, sin referirnos siquiera a las afrentas que esa institución provoca en nuestros compromisos democráticos. Un estudio que no incluyera un análisis de estas afrentas podría ser perfectamente válido, e incluso podría aportar datos interesantes, pero no es el estudio que a mí me interesó iniciar cuando me propuse abordar el tema. Por eso el trabajo se mueve en un terreno «fronterizo», un terreno que integra aportes propios de la filosofía con contenidos y enfoques característicos de la ciencia política. Este carácter interdisciplinario, a mi juicio, no es algo que *a priori* disminuya el valor de una investigación. Y es que sería absurdo pensar que no puede darse una suerte de diálogo entre la filosofía y la ciencia política. En ese sentido, considero que la filosofía política nos enriquece con sus desarrollos teóricos y propuestas de cambio, y nos ayuda a dilucidar y sopesar las metas y valores en juego. En cambio, la ciencia política enriquece nuestros enfoques normativos al investigar si algunas proposiciones son empíricamente válidas y si las propuestas de cambio son factibles (véase MAZZUCA, 2003). Digamos que entre filosofía política y ciencia política puede darse una relación de ida y vuelta: las teorías que una construye para justificar o cuestionar la realidad, son tenidas en cuenta por la otra para construir hipótesis empíricas y a la luz de ellas observar la realidad. Por el otro lado, las evidencias que esta última descubre sirven a la primera para juzgar la realidad con mayor precisión.

La tesis está dividida en seis capítulos, cada uno relativamente autónomo pero engastado dentro de un argumento general que se sostiene a lo largo de todo el trabajo. En el primer capítulo se aborda el tema de la objeción democrática al control judicial de las leyes desde una perspectiva filosófica general. Según diré, la objeción democrática al control judicial de las leyes (en el marco de una constitución rígida) plantea el problema más general de la legitimidad de las decisiones políticas. En este marco más general encontramos dos visiones contrapuestas sobre la legitimidad: el procedimentalismo y el sustantivismo. El procedimentalismo sostiene, en ese sentido, que el criterio fundamental

para evaluar la legitimidad de las decisiones políticas está afincado en el procedimiento, esto es, en el modo o la forma en que esa decisión ha sido tomada. En cambio, el sustantivismo sostiene que el único criterio válido para determinar la legitimidad de una decisión política depende de su corrección sustantiva, esto es, de si la decisión es justa o no. Ambas visiones se arrojan la justificación de la legitimidad de las decisiones políticas, pero sucede que son conflictivas. Siguiendo el trabajo de MARTÍ (2006a), defenderé una posición denominada *procedimentalismo débil*, que concede primacía al procedimiento democrático pero admite la importancia de las consideraciones sustantivas en la evaluación de la legitimidad. Más concretamente, defenderé la primacía de aquel procedimiento que hace posible el *diálogo democrático*.

El segundo capítulo aborda los problemas específicos que plantea el control judicial de las leyes a la teoría de la democracia. Para una mejor comprensión del tema comienzo distinguiendo entre dos cuestiones parcialmente independientes, aunque interrelacionadas: en primer lugar, el problema del «coto vedado de derechos» o, más genéricamente, de la rigidez constitucional y, en segundo lugar, los problemas específicos comprometidos en la institución de la revisión judicial. Según diré, la rigidez constitucional es problemática porque plantea dos objeciones democráticas: *a)* ¿cuál es la razón para que una minoría sea capaz de bloquear la voluntad de cambio o reforma pretendida por las mayorías contemporáneas?; y *b)* ¿por qué las generaciones futuras han de estar obligadas por lo que decidieron las generaciones pasadas, si no han podido participar en dicho arreglo? Para salvar estas objeciones se han esgrimido dos argumentos principales, uno relacionado con la estrategia del «precompromiso», y el otro vinculado al carácter abstracto de las cláusulas constitucionales. En este capítulo sostendré que ninguna de estas estrategias es convincente, y defenderé en cambio la idea de una constitución de rigidez «moderada» pero «mayoritaria»

Después paso a desarrollar la polémica sobre el control judicial de las leyes, prestando especial atención al pensamiento de Jeremy WALDRON y Ronald DWORKIN. Distinguiré así entre una *defensa general*, una *crítica general*, y una *defensa «contextual»* de la revisión judicial. La defensa general sostiene que el control judicial de las leyes es una institución deseable en cualquier democracia. La crítica general, en cambio, ataca la revisión judicial de manera universal. La defensa contextual, finalmente, justifica el control judicial de las leyes en determinados *contextos*. Pese a lo atractivo de la defensa contextual, diré que no logra justificar el control judicial de las leyes ni siquiera en aquellos contextos anómalos para los que se presume que esa institución podría tener alguna primacía especial.

En el tercer capítulo, desarrollo distintas teorías sobre el uso correcto del control judicial de las leyes, teorías que reclaman méritos democráticos especiales. Hablaré así de seis teorías: el *originalismo*, el *textualismo*, la *lectura*

moral de la constitución, el *minimalismo judicial*, la teoría del John Hart ELY, y una versión de la teoría deliberativa de la democracia (defendida por Carlos NINO y Roberto GARGARELLA). En dicho capítulo señalo los puntos débiles de cada teoría y me decanto por la última, esto es, por la versión deliberativa de la democracia. Defenderé, sin embargo, que no tenemos ninguna seguridad de que esta teoría se granjee la aceptación de los jueces constitucionales. Ello, según creo, vuelve a plantear la dificultad contramayoritaria de la revisión judicial como institución y nos obliga a dejar en manos del Congreso la última palabra.

En el cuarto capítulo, distingo entre el veto judicial a las leyes «contemporáneas» y «no contemporáneas». Más específicamente, sostengo que el veto judicial a las leyes contemporáneas *siempre es contramayoritario*, mientras que el veto a las leyes antiguas en ocasiones puede ser funcional a las mayorías legislativas de turno. En base a esa premisa, sugiero la posibilidad de discernir *grados de intensidad de la objeción democrática* a la revisión judicial, según cómo los diferentes rasgos estructurales de la justicia constitucional propicien dos fenómenos: la judicialización de las leyes contemporáneas y el ejercicio de la capacidad de veto contra esa misma clase de leyes. Sostendré así que el modelo americano propicia una menor judicialización de las leyes contemporáneas en los estrados de la Corte Suprema, y un ejercicio menos pronunciado de la capacidad de veto contra esa misma clase de leyes. Estudio en perspectiva comparada los casos de Argentina y Estados Unidos (modelos americanos) con los de Brasil, España y México (sistemas que receptan acciones *abstractas* de inconstitucionalidad, típicas del modelo europeo). En ese sentido, apporto evidencias que confirman la menor judicialización de leyes contemporáneas en los estrados de la Corte del modelo americano, pero no el ejercicio más pronunciado de la capacidad de veto.

En el quinto capítulo, desarrollo las posibilidades del diálogo entre las Cortes y el Congreso, según cómo varíen distintos elementos: entre ellos, las constituciones (rígidas o flexibles), las potestades judiciales, y la capacidad de respuesta del Congreso. En esa línea, describo todas las formas posibles de diálogo interorgánico existentes y realizo una crítica a las mismas. Me detendré especialmente en el sistema británico, canadiense e israelí, por configurar modelos «débiles» de justicia constitucional, esto es, modelos que, pese a aceptar algún tipo de control de constitucionalidad, conceden la última palabra al Congreso. Sostendré en ese sentido que ninguno de los canales existentes es capaz de configurar un genuino *diálogo democrático*. Como alternativa, propongo un modelo nuevo de diálogo interorgánico y de justicia constitucional, un modelo capaz de sortear todas las dificultades halladas en los modelos analizados.

En el sexto capítulo, finalmente, desarrollo la propuesta de distinguir grados de intensidad de la objeción democrática según cómo varíen nueve compo-

nentes institucionales y contextuales: los mecanismos de reforma constitucional, los efectos de las sentencias, las restricciones a la declaración de inconstitucionalidad, los mecanismos de selección de magistrados, las facultades interpretativas del Congreso, el derecho de voz, la cantidad de puntos de veto efectivos, las vías de acceso a la Corte o Tribunal, y algunas variables contextuales. En cada uno de los componentes estudio cómo varían los sistemas de justicia constitucional latinoamericanos y estadounidense.

Mi máximo objetivo, aquello que haría sentirme verdaderamente satisfecho, es contribuir con humildad al debate académico y político. Así que he pretendido en todo momento que mis argumentos fueran claros y fácilmente entendibles. Sé que en ocasiones he sacrificado la brevedad para recalcar una y otra vez un argumento, un concepto o un matiz que me parecían importantes. Espero que sepan perdonarme, espero que sepan atribuir ese defecto a mi torpeza y no a una actitud de descortesía con el lector.