

Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella*

Barry Friedman¹

Me siento profundamente agradecido y halagado por el hecho de que Roberto Gargarella haya respondido a mi artículo *Constitucionalismo popular mediado*. En unas pocas pero bien pensadas páginas, Gargarella nos ha dado a mí y a todos sus lectores mucho que pensar. Aunque discrepo con Gargarella en parte de lo que sostiene, creo que estamos de acuerdo en las cosas importantes. Lo que en última instancia interesa es determinar qué posibilidades pueden existir para el control judicial de constitucionalidad de acuerdo a los fundamentos que tanto Gargarella como yo parecemos apoyar.

Mi respuesta está estructurada en tres partes. En primer lugar quiero sugerir que Gargarella ha derivado erróneamente mis argumentos normativos de mis argumentos descriptivos. En realidad, ambos están relacionados, pero son diferentes. Luego espero demostrar que cuando se trata de las promesas normativas del control judicial, Gargarella y yo coincidimos en mucho. Finalmente, sugeriré algunas dificultades potenciales que la ambiciosa agenda de Gargarella respecto al control judicial puede tener.

I. Separando lo Normativo de lo Descriptivo

En "Constitucionalismo popular mediado" sostengo que, como cuestión descriptiva, el control judicial de constitucionalidad y la democracia no se encuentran en conflicto de la manera en que la mayoría supone. En primer lugar, las encuestas de opinión pública indican que las decisiones judiciales cuentan con apoyo popular. Segundo, cuando los jueces se distancian de la opinión popular, o los jueces modifican su posición o lo hace la gente. (Usualmente lo hacen los jueces.) Finalmente, aún cuando haya desacuerdo, la mayoría apoya la práctica del control judicial de constitucionalidad.

Gargarella objeta lo que él ve como un mayoritarismo simplista. En particular, él se ofende en nombre de los "constitucionalistas populares" que representan un especial blanco de mi artículo original. Gargarella sostiene que los constitucionalistas populares tienen en mente algo más profundo que lo que les adjudico.

Antes de responder a esta crítica en términos más normativos, quiero aclarar que no creo estar siendo injusto en absoluto con los constitucionalistas populares. Por supuesto que ellos tienen agendas más amplias. La verdad, sin embargo, es que a menudo es poco claro qué es lo que los constitucionalistas populares tienen en mente. El movimiento -si sobrevive lo suficiente como para ser llamado así- ha sido notoriamente impreciso en lo que respecta a sus objetivos finales. Pero seguramente estoy en lo cierto en cuanto a que el origen de su posición es su desacuerdo con que el control judicial se imponga sobre la voluntad mayoritaria. Mi artículo sugiere que esa premisa de base es errónea.

• Traducido por Margarita Maxit.

1. El autor agradece a Roberto Gargarella por sus útiles comentarios a esta respuesta.

A pesar de que Gargarella asume lo contrario, mi artículo no intentó en absoluto ser normativo sino puramente descriptivo. Esto puede ser difícil de creer, especialmente cuando uno es parte de una tradición ferozmente normativa. Sin embargo, puede ser más fácil de comprender si explico por qué este artículo (al igual que buena parte de lo que he hecho a lo largo de mi carrera) es persistentemente positivo o descriptivo.

Mi interés en el control judicial de constitucionalidad es de larga data. ¿Y por qué no? Tanto en el debate popular como en la discusión teórica, es mucho lo que se espera de esta práctica. La gente sostiene que el control judicial puede instaurar el Estado de Derecho, y en consecuencia, fomentar el desarrollo económico y la protección de los derechos humanos. Sería bueno que todo esto fuera cierto.

Al mismo tiempo, el control judicial parece estar siempre bajo ataque. La principal objeción, a lo largo de 200 años de historia norteamericana, es que los jueces interfieren con la voluntad popular. A este respecto, los constitucionalistas populares no son diferentes a otros actores que han sido protagonistas de confrontaciones con el poder judicial.

Lo que es irónico es que aun aquellos que defienden el control judicial *también* argumenten que los jueces interfieren con la voluntad popular. Los jueces son héroes o demonios precisamente por haberse parado en contra de la pasión popular. Quienes más respetan a los jueces y al control judicial lo hacen porque los jueces protegen los derechos fundamentales contra las multitudes enardecidas. Los académicos que en los Estados Unidos han ofrecido teorías famosas sobre el control judicial -gente como Alexander Bickel o John Hart Ely- han partido de la premisa de que el rol contramayoritario de los jueces debe ser justificado.

Yo siempre he sido escéptico respecto a que los jueces en una democracia puedan oponerse durante mucho tiempo a la voluntad popular. Cuando comencé a escribir sobre este tema, hace aproximadamente veinte años, observé como una cuestión empírica casual que esto no parecía ser así. Cualquiera fuera la discusión del momento -la pena de muerte, el aborto, las garantías en el proceso penal, o cualquier otra- los jueces y la gente no se mantenían separados por mucho tiempo.

Durante la mayor parte de mi carrera como académico, en consecuencia, me he dedicado a entender el modo en que funciona el sistema de control judicial, antes que a formular argumentos normativos basados en evidencia endeble. No sé si he hecho algún progreso, pero he leído toda la historia y la ciencia política que pude encontrar relacionada a la cuestión del control de constitucionalidad. He sido *persistentemente* descriptivo en mi abordaje, porque no veía cómo podría formular argumentos normativos antes de entender cómo opera el sistema. Tal como he sostenido en otra oportunidad, "ser" no implica "deber ser" pero "debe" tiene por necesidad que implicar "puede".

Hace mucho tiempo llegué a la conclusión de que la mayoría de los académicos que han escrito sobre el control judicial lo hicieron como activistas de su época, y no sólo como teóricos puros. Tal vez sea difícil en teoría constitucional separar estas dos cualidades. Los constitucionalistas populares seguramente no son una excepción. Ellos son académicos liberales disgustados con la actual Corte Suprema conservadora. Si la Corte Suprema fuera diferente, su producción también lo sería. (Por supuesto, serían entonces los académicos conservadores quienes se quejarían de la Corte Suprema.)

El Constitucionalismo Popular Mediado es sólo una parte de lo que he aprendido, pero es suficientemente representativa. Los jueces *no están* frecuentemente o durante mucho tiempo alejados de la opinión popular. Y esto tampoco es, como Gargarella sugiere, algo "azaroso". Los propios mecanismos de la política en los Estados Unidos aseguran que esto sea así. Sea debido a la serie de sucesivas designaciones en la Corte, a la necesidad que la Corte tiene de evitar ser castigada por las otras ramas del gobierno, o al hecho de que los jueces de la Corte quieren ser admirados, o a todo esto y a otros factores, el hecho es que existe una relación simbiótica entre la opinión pública y el control judicial de constitucionalidad. Esto no es accidental.

II. El Costado Normativo del Control Judicial de Constitucionalidad

Si mi punto sobre este tema es correcto, entonces la pregunta apropiada -la que Gargarella formula- es cuál es el valor normativo del control judicial de constitucionalidad. De nuevo, podría parecer extraño que me llevara veinte años llegar hasta aquí, pero sólo recientemente he comenzado a tratar esta cuestión en mi trabajo. Como resultará claro, Gargarella y yo compartimos sobre este tema visiones sorprendentemente afines.

Mi primer artículo sobre esta cuestión se tituló *Dialogue and Judicial Review*.^{*} En él defendí un argumento descriptivo según el cual lo que hace el control judicial es facilitar un diálogo nacional sobre el significado de la Constitución. Los jueces hablan, y -que nadie se equivoque- sus palabras poseen un gran peso. Sin embargo, a la larga la sociedad responde. Cuando esto sucede, y cuando ambas partes discrepan, los jueces tienden a alinearse con la gente.

A lo largo de los años he llegado a comprender que este proceso es aún más complicado. A menudo, cuando los jueces deciden casos, la reacción más importante es la negativa, lo que Michael Klarman denomina "reacción hostil" (*backlash*). La gente critica tanto las decisiones como a la propia Corte. Cuando está verdaderamente descontenta, se organiza y busca un cambio constitucional.

Cuando la sociedad verdaderamente clama por un cambio constitucional, ella tiende a lograrlo. Por esta razón, las afirmaciones sobre la supremacía judicial son en el mejor de los casos exageradas. En una democracia en la que (como en la famosa frase de Alexander Hamilton) los jueces no tienen ni la bolsa ni la espada, sería una sorpresa descubrir que la palabra de los jueces es la última. Raramente -si es que alguna vez sucede- ella lo es. El cambio podrá llegar rápida o lentamente, pero cuando la gente esté insatisfecha con las decisiones de los jueces, simplemente llegará.

El proceso de cambio constitucional es complejo, pero el punto importante es que es diferente a la política común. Por la misma razón que hace difícil esquivar los pronunciamientos judiciales, cuando los jueces dictan resoluciones impopulares se requiere una gran movilización y una campaña sostenida para alcanzar el cambio constitucional. Esto es lo que enoja a los críticos. Pero en algún sentido, para esto se supone que está la Constitución, ¿no es así?

^{*} N. de la T.: *El Diálogo y el Control Judicial de Constitucionalidad*. Publicado en inglés en 91 Michigan Law Review 577 (1993).

Las constituciones deben representar los valores profundos y fundamentales de la gente, y no sus deseos pasajeros. Esto es precisamente lo que Gargarella argumenta. El rechaza la idea de que la opinión pública del momento pueda justificar el control judicial, y yo también lo hago. Él piensa que los valores constitucionales deben ser el producto de un debate deliberativo profundo, y yo también.

Mi posición normativa es que el control judicial no sólo fomenta este diálogo social, sino que también debe hacerlo. Este es precisamente el valor del control judicial. Por supuesto que cualquier sistema de control judicial puede alcanzar este objetivo de modo imperfecto. Mi proyecto más amplio es entender cómo opera el control judicial, y cómo puede ser mejorado. Muchas naciones y estructuras supranacionales han adoptado alguna clase de control judicial, pero las modalidades varían de caso en caso. (Los Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, la Unión Europea y Canadá representan distintas formas). En tanto *académicos* debemos intentar entender las virtudes de cada sistema, de modo de poder recomendar un sistema ideal.

No pretendo sostener que mi posición es correcta siquiera respecto del caso de los Estados Unidos. Me ha llevado mucho tiempo aprender lo suficiente respecto de este sistema, y queda mucho para aprender del resto del mundo. Pero mi abordaje ha sido el de un académico y no el de un activista, y ha consistido en situarme por fuera de mis propias opiniones acerca de lo que la Suprema Corte está haciendo, para poder entender las posibilidades del sistema. Puedo asegurarle a Gargarella y a cualquier otro lector que no soy un gran defensor de buena parte de lo que la Corte ha hecho, por no mencionar el caso *Bush. v. Gore*, que fue una parodia.

Lo que sí parece claro es que Gargarella y yo compartimos un conjunto similar de valores normativos. Ambos apreciamos la democracia. Pensamos que es valioso que el debate público sobre las cuestiones fundamentales sea sostenido y discursivo. Y ambos creemos que el control judicial puede -o al menos debería- jugar algún papel en ello.

III- Cautela Respecto de las Perspectivas Normativas

Luego de señalar un espacio de encuentro con Gargarella, quiero introducir unas palabras de advertencia. Al mismo tiempo que respeto el poder de sus argumentos, veo también algunas dificultades. En el mejor de los casos, Gargarella podría querer tener razón de cualquier modo*; en el peor, sus expectativas podrían llegar a ser demasiado poco realistas.

La mayor parte de la literatura académica sobre el control judicial es del tipo "una cosa o la otra". O bien es correcto que el poder judicial decida cuestiones constitucionales, sin importar cuál sea la interferencia con la democracia, o bien el poder judicial es un villano por interferir con ella. Precisamente porque considero que las opiniones de los académicos sobre el control judicial cambian dependiendo de lo que la Corte esté haciendo en realidad, pienso que su producción puede catalogarse tanto como activismo cuanto como obra académica. Para no ser malinterpretado, no hay nada de malo con esta clase de activismo.

* N. de la T.: en el original, "to have it both ways", expresión que denota el deseo de dos cosas mutuamente incompatibles.

De hecho, es esencial mantener a una corte constitucional en la senda correcta. (Sólo que sería mejor si fuera un activismo más sincero.)

En el mejor de los casos, veo una tensión similar en el trabajo de Gargarella. El quiere que los jueces decidan casos, pero también quiere que la voz de la gente sea la que prevalezca. Es difícil obtener ambas cosas, al menos en casos individuales o en el corto plazo. Si los jueces están siempre de acuerdo con el pueblo, ¿cuál es el sentido del control judicial? Gargarella parece reconocer este punto. Sin embargo, si los jueces están en contra del pueblo, Gargarella también está descontento.

Mi esperanza radica en que Gargarella entienda el control judicial como yo lo hago, como un *proceso* a través del cual se deciden los valores constitucionales. Si éste es el caso, entonces no importa que los jueces estén en contra o a favor del pueblo en un momento determinado. Lo que importa es la calidad del diálogo que resulta, y si el sistema puede o no auto-corregirse, en línea con los valores más fundamentales de la gente. Lo que importa es adoptar y conservar un sistema que logre este diálogo público a través del cual los valores constitucionales son construidos.

Mi temor es que Gargarella no quiera aceptar los malos momentos junto con los buenos, dado que ello es inevitable. A Gargarella le preocupa que las opiniones populares sobre el control judicial sean endógenas respecto a lo que la Corte esté haciendo. El se muestra reticente respecto a la alegada supremacía constitucional. Sin embargo, en algún punto estas dos cuestiones son inevitables. Sin ese carácter endógeno no puede haber ningún diálogo. De la misma manera, si los jueces son ignorados no puede existir un control judicial que tenga sentido.

No estoy sosteniendo que todo sea correcto y bueno, y obviamente no estoy hablando del caso argentino, del que conozco demasiado poco -aunque estoy interesado y me gustaría aprender más sobre el mismo-. Pero mi argumento más general es que necesitamos aproximarnos al sistema de control judicial y pensar en su diseño reconociendo que en su raíz contiene una tensión necesaria. El control judicial, para que signifique algo, debe tener impacto. Y la democracia, para que tenga significado, debe a veces resistirlo. A lo que debemos aspirar es a un sistema que pueda lograr un equilibrio, en el que ambas partes de la historia -la sociedad y los tribunales- puedan dialogar entre sí. Porque en definitiva lo que esto significa es que la sociedad está en diálogo consigo misma.

