

PODERES POLÍTICOS VS. ACTIVISMO JUDICIAL

Cesare PINELLI*

SUMARIO: I. *“Activismo judicial” en lo que se refiere a interpretación.* II. *Características específicas de la interpretación constitucional.* III. *Activismo y restricción a la luz de la dificultad “contra-mayoritaria”. El modelo americano de reforma constitucional.* IV. *Los tribunales constitucionales europeos y el problema de su legitimidad.* V. *La dicotomía activismo/restricción y el diálogo institucional.* VI. *Crítica reciente del modelo europeo y el problema de la legitimidad.*

I. “ACTIVISMO JUDICIAL” EN LO QUE SE REFIERE A INTERPRETACIÓN

Los expertos comparten la suposición de que es probable que surjan tensiones entre los tribunales y los poderes políticos cuando los primeros se muestran proclives al “activismo judicial”. Sin embargo, aún queda por verse cómo concebimos dicho activismo, en particular bajo el propósito de un análisis explicativo comparativo tal como el que intentaremos aquí.

El activismo judicial puede estar acotado a cierto enfoque de los tribunales hacia el texto que deben interpretar, cuando el significado de las palabras que lo componen, las intenciones de los autores, o el contexto legal en el cual se inserta se consideran insuficientes para resolver el caso. En el marco de tal hipótesis, los jueces pueden recurrir a una interpretación “teleológica-evaluativa”, la cual, en contraposición a la lingüística y sistémica, nos devuelve al “eterno problema” de la “disputabilidad interpersonal” de los valores y principios que deberían guiarnos”.¹ En tal hipótesis, los jueces son propensos a adoptar un enfoque activista que puede generar tensión con los poderes políticos.

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad “La Sapienza”, Roma, Italia.

¹ MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, OUP, 2005, p. 139.

De aquí se desprende que el activismo judicial, así como su actitud opuesta, la autorrestricción judicial, están estrechamente relacionados con la tarea de interpretación de normas. Las definiciones más amplias de estos términos se corresponden con actividades adicionales que tienen los jueces. Por caso, sobre si los jueces deben estrictamente discernir las reglas de legitimación procesal, o sobre si algunos jueces no deben avocarse un caso sino hasta que el demandante haya agotado otros remedios; o sobre si los jueces deben evitar resolver “cuestiones políticas”. Pues bien, todas estas, son preguntas que suelen ser entendidas como necesarias a la hora de diferenciar la “autorrestricción judicial” del “activismo judicial”.² Estas definiciones aparecen tan correctas como aquella que se enfoca en la interpretación del texto y sólo el texto en cuanto tal. De todos modos, parecen ser menos adecuadas para un relato comparativo de la revisión constitucional.

Por un lado, debe verse nítido que el activismo judicial no necesariamente significa que la solución final de los desacuerdos sobre derechos —entre los tribunales y los legisladores— debe estar reservada a los primeros. Tal postura, en torno a la misma legitimidad disputada para emprender la revisión judicial de la legislación recientemente ha desatado una fuerte disputa entre estudiosos angloamericanos, y aun cuando la misma vaya a ser probablemente sostenida —más allá de que si los tribunales adoptan un enfoque activista o uno basado en restricciones autoimpuestas—, sin embargo, está claramente afuera del alcance de los objetivos de nuestra investigación.³

Mi contribución, en pocas palabras, se concentra en la interpretación constitucional, tanto porque la misma revela el criterio más importante para reconocer la actitud de un tribunal como activista, como porque ello parece ser particularmente útil a los fines comparativos.

II. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Se ha apuntado que las palabras individuales adquieren significado real sólo cuando se les ve e interpreta en su contexto. Hay multitud de factores que pueden combinarse en esta tarea. Entre otros elementos, las otras palabras dentro de la oración, las otras oraciones dentro del párrafo, el objetivo del

² Véase Daley, J., “Defining Judicial Restraint”, en Campbell, T. y Goldworthy, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Ashgate, 2000, pp. 280 y ss.

³ Véase Waldron, J., “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1360.

texto en general, la identidad del autor y las expectativas que tenemos de él, la identidad del lector, la perspectiva social, cultural o política a partir de la cual encara el texto. De tal suerte, es ingenuo suponer que cualquier texto pueda tener un significado fijo e inamovible. Todo significado atribuido al texto es, al menos en gran medida, producto de los factores externos que influyen en su interpretación. El significado inherente de las palabras que se combinan para formar el texto, apenas si demarcan los parámetros dentro de los cuales se puede asignar al texto un rango específico de significados”.⁴

Hay varias razones que hacen que el presente argumento se vuelva crucial con respecto a la interpretación judicial. En primer lugar, la indeterminación de los enunciados de la Constitución, los que son bastante más amplios que aquellos contenidos en leyes o reglas. Sin duda esto deja una zona más amplia para dicha actividad. Más aún, dado que la Constitución ocupa el más alto peldaño en la jerarquía de normas en un sistema legal, en tanto paradigma final de los reclamos constitucionales, las decisiones de los tribunales en condiciones de ser árbitros finales sólo podrían verse revocadas por medio de una reforma constitucional o, por medio de distintas *rationes decidendi* que pudieran afectar ulteriores decisiones. Finalmente, las pretensiones sobre derechos constitucionales a menudo provocan que temas altamente controvertidos a nivel político afloren en la superficie.⁵

Estas características no deben simplemente hacernos pensar que las Constituciones prohíjan un mayor grado de incertidumbre que las leyes u otras normas inferiores. Se espera que las normas constitucionales perduren en el tiempo. Esta expectativa puede verse frustrada por los acontecimientos, pero es también un elemento más que importante para establecer una distinción entre ellas y demás actos legislativos. El hecho de que las Constituciones puedan admitir cambios de significado en mayor grado que las demás normas jurídicas, en gran medida se debe a la presunción de adaptabilidad a nuevas y diversas circunstancias que la Constitución tiene en el tiempo. Precisamente, es esta clase de desafío lo que se espera que la interpretación constitucional va a encontrar, y es también para lo que los textos constitucionales contemporáneos están preparados en función de la relativa indeterminación de lenguaje. Porque es ese lenguaje el que le da a una Constitución la capacidad de sobrevivir los cambios impuestos por las reformas de la legislación ordinaria. Por otro lado, las demandas de derechos constitucionales hacen surgir temas políticamente controvertidos. A tal

⁴ Elliot, M., *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart, 2001, pp. 107 y 108.

⁵ Kumm, M., “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, 2004, p. 574.

punto ello es así que las Constituciones se han vuelto no sólo un reflejo de sociedades pluralistas, sino que son también un cuerpo de premisas que sirven para el propio desarrollo de la libertad. Como lo advierte Michelman, “La forma legal de la pluralidad es la indeterminación —la susceptibilidad del conjunto de materiales normativos recibidos de ser objeto de una pluralidad de variaciones interpretativas que apuntan hacia diversas formas de resolución de casos pendientes y, a través de esto, hacia diversos futuros normativos posibles”.⁶

De manera que, a pesar del hecho de la lectura literal de la regla, y sobre el recurso del descubrimiento de la intención de los redactores, puede todavía verse insuficientes guías de interpretación constitucional; lo que tiene como consecuencia que en tales casos los tribunales tienden a basarse en una interpretación “teleológica” o fundada en el “sentido propuesto”.⁷ Más allá de lo dicho, debe prestarse atención a dos elementos más. En primer lugar, que los tribunales generalmente abrazan criterios teleológicos sólo después de haber demostrado que tanto el lenguaje llano que surge del texto como las intenciones de sus autores han resultado insuficientes para resolver el caso. Esto no es sólo una sugerencia, sino que describe también una práctica judicial actual. Aun cuando el “activismo judicial” a menudo es visto como incapaz de aplicar una regla discernible de acuerdo con su significado, o que el mismo impone una regla que no tiene reconocimiento dentro de los anales materiales existentes,⁸ es pleno que

si se le entiende en estos términos, tal sentido de “activismo” probablemente no nos sea de mucha ayuda. Vale decir, si así fuera, pocos serán los jueces que dejarán de aplicar conscientemente una regla en sintonía con su significado, ni habrá muchos dispuestos a aplicar una regla cuyo punto de vista interpretativo no cuente con respaldo legal concreto.⁹

En segundo lugar, “la interpretación basada en el sentido propuesto” no está completamente separada de la intención de los redactores. Según Barak:

A partir de la variedad de significados semánticos de la constitución, el intérprete debe extraer el significado jurídico que mejor dé cuenta del sentido

⁶ Michelman, F., “Law’s Republic”, *The Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1528.

⁷ Barak, A., *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, p. 127.

⁸ Campbell, T., “Democratic Aspects of Ethical Positivism”, en Campbell, T. y Goldworthy, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, cit., p. 14.

⁹ Glass, A., “The Vice of Judicial Activism”, en Campbell, T. y Goldworthy, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, cit., p. 361.

propuesto en la constitución. El sentido propuesto informa principalmente de un equilibrio entre aspectos subjetivos y objetivos, es decir, entre la intención de los redactores de la constitución (en varios niveles de abstracción) y los contemporáneos valores fundamentales. El juez extrae estos aspectos del texto de la constitución, de su historia, y de los precedentes.¹⁰

Estas características parecen estar bien consolidadas tanto en el sistema estadounidense como en el sistema europeo de justicia constitucional. Hasta ahora, empero, parece existir una “falsa dicotomía” que contrapone jueces que utilizan sus propias creencias morales con jueces que siguen el simple significado de las palabras en el texto de la ley.¹¹ La dicotomía activismo/autorrestricción, por lo tanto, hace referencia más bien en la diversa actitud que los tribunales suelen asumir frente a la corriente indeterminación del lenguaje en los textos constitucionales. Contrariamente a las posturas restrictivas, el enfoque activista, luego, tiende a asumir criterios, principalmente teleológicos, que no están directamente fundados en el texto. La dicotomía anteriormente aludida, en consecuencia, representa una cuestión de grados; mejor comprendida en términos cuantitativos y no cualitativos.

III. ACTIVISMO Y RESTRICCIÓN A LA LUZ DE LA DIFICULTAD “CONTRA-MAYORITARIA”. EL MODELO AMERICANO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Resta analizar por qué los jueces *deben* adoptar un enfoque activista, o bien uno basado en la autorrestricción.

Según Posner, puede haber tres puntos de vista detrás de las doctrinas restrictivas: deferencia, reticencia y prudencia. El punto de vista deferencial propone evitar los contrastes con las decisiones que tomen los otros poderes del gobierno; el reticente se basa en la suposición de que los jueces no deben tomar decisiones en cuanto a políticas públicas, y el prudencial sugiere que los jueces deben evitar tomar decisiones que pudieran menoscabar su autoridad en otras decisiones que deben tomar.¹²

Mientras que los dos primeros enfoques parecen directamente relacionados con el tema de la legitimidad democrática de las decisiones judiciales,

¹⁰ Barak, A., *The Judge in a Democracy*, cit., pp. 127 y 128.

¹¹ Sinnott-Armstrong, W., *A Patchwork Quilt Theory of Constitutional Interpretation* en Campbell, T. y Goldworthy, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, cit., p. 316.

¹² Posner, R. A., *The Federal Courts*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 314 y ss.

el tercero, en cambio, sólo está indirectamente relacionado, sugiriéndose que la prudencia mandaría evitar decisiones que luego puedan acarrear represalias políticas en virtud de las cuales la capacidad del Poder Judicial para tomar ciertas decisiones se viera afectada.¹³ De modo que los enfoques sugeridos por Posner para justificar la restricción judicial, en definitiva, aparecen todos como características diversas que apuntan al tema de la legitimidad.

En la literatura americana, la exposición más importante sobre este tema le pertenece a Alexander Bickel. “La dificultad de raíz”, escribió Bickel, “es que la revisión judicial se corresponde con una fuerza contra-mayoritaria en nuestro sistema”, dado que:

cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o, ante la acción de un órgano ejecutivo electo, la misma está dañando la voluntad real de los representantes de la gente; de aquí y ahora, al estar ejerciendo un control que no opera a favor de una mayoría prevalente sino por el contrario, en contra de ella.¹⁴

Al mismo tiempo, sin embargo, Bickel estaba convencido de que la tarea fundamental de la Corte era la de dar decisiones basadas en principios normativos. La revisión judicial, recalaba:

Trae principios para apoyar las operaciones del gobierno. Se entiende por principio, proposiciones generales... la organización de ideas cuya validez general está dada dentro de un universo determinado por una cultura y un lugar dados; ideas que a menudo se basan en presupuestos éticos y morales. Principios, ética y moralidad, por lo tanto, son términos evocadores y no definitorios; son intentos por dar asiento al significado; no para encerrarlo.¹⁵

Bickel también advertía que “la Suprema Corte rozada y estaba obligada a inmiscuirse en muchos aspectos de la vida pública norteamericana”, pero estaba convencido también de paso, que “sería intolerable para la Corte imponer sus puntos de vista en todo aquello en lo que se involucraba, toda vez que, de hacerlo, convertiría todo en un reino platónico contrario a la moralidad del autogobierno”.¹⁶ Su solución a la “dificultad contra-mayo-

¹³ Roche, J. P., “Judicial Self-Restraint”, *American Political Science Review*, vol. 49, 1955, pp. 771-772.

¹⁴ Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., Yale University Press, 1962, p. 17.

¹⁵ *Ibidem*, p. 199.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 199 y 200.

ritaria”, luego, no consistió en recomendar la exclusiva sujeción al texto, o a la intención de los redactores. La solución no podía ser así porque dichos criterios no podían sostener la tarea interpretativa típica de la revisión judicial la cual exigía una lectura fundada en principios normativos. Muy por el contrario, invitaba más bien a la Corte a ejercer y aumentar sus “virtudes pasivas”, las que consistían en una cantidad de técnicas jurisdiccionales bien conocidas y mecanismos de abstención variados para no decidir a menos que estuvieran en juego temas basados en principios. Tomando en cuenta el carácter “empírico” y “evanescente” de la legislación, dicha sugerencia tomaba por fundamento la convicción de que en cambio “los principios debían perdurar aun cuando la formulación de los mismos propusiera un gran manto de dudas sobre el futuro”.¹⁷ Al considerar que la constitución “tiene el objetivo de perdurar por años y enfrentar las variadas crisis de los asuntos humanos” (*McCulloch v. Maryland*, 1819), Bickel estaba en sintonía con Marshall.

La exposición de la “dificultad contra-mayoritaria” por parte de Bickel tenía por sostén una acabada comprensión de las características específicas de la interpretación constitucional. Si se presta atención a su defensa de las opciones de la Corte en los casos de segregación en la escuela,¹⁸ ello resulta plausible aun cuando no desconoce los peligros del “reino platónico”; sin obviar tampoco su conciencia plena sobre el poder fundamental que ya había adquirido por la Suprema Corte frente a las instituciones elegidas democráticamente.

En las décadas siguientes, el debate norteamericano ha ido perdiendo atención sobre este contexto. Mientras los partidarios del enfoque originista¹⁹ temen el activismo judicial al punto de olvidar las características específicas de la interpretación constitucional, los defensores de la idea de que el derecho es un emprendimiento interpretativo guiado por una visión integral de la sociedad política —a la cual tal derecho pertenece— atinan a su vez a soslayar la dificultad contra-mayoritaria como premisa fundamental. La sugerencia de Bickel a favor de las “virtudes pasivas” para poder enfrentar esta dificultad no ha tenido eco al interior de la Corte Suprema de los Estados Unidos.²⁰

¹⁷ *Ibidem*, p. 131.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 244 y ss.

¹⁹ Véase e.g. Scalia, A., “Originalism: The Lesser Evil”, *Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989, p. 849, y Bork, R., *The Tempting of America*, Nueva York, Macmillan, 1990.

²⁰ Para más desarrollo, véase Pinelli, C., “La legittimazione della Corte Suprema”, Relazione al Congresso annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti di Roma, 26-27

IV. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS Y EL PROBLEMA DE SU LEGITIMIDAD

No obstante su escaso impacto en la experiencia norteamericana, la reconstrucción de Bickel continúa siendo un instrumento útil para investigar la legitimidad de los tribunales constitucionales dentro del sistema democrático, lo cual, claro es, está en el centro de la dicotomía activismo/restricción.²¹ Entendido en estos términos, y aun cuando el primero difiere del segundo en varios aspectos, el tema de la legitimidad afecta tanto al modelo de justicia constitucional europeo como al norteamericano por igual.

Entre tantos otros, los tribunales constitucionales europeos se distancian de la Suprema Corte de los Estados Unidos porque la revisión judicial está específicamente expuesta en las respectivas Constituciones y porque dichos tribunales se especializan en la revisión y el control judicial. Esta opción se debió a razones culturales e institucionales. El alto valor otorgado al principio de certeza legal en países que adhieren a la llamada tradición del “derecho civil —*civil law tradition*—”, seguramente ha perseguido asegurarse por medio de un tribunal específico encargado de la revisión constitucional de la legislación. Por otro lado, al otorgársele a un tribunal específico dicha tarea, fue posible adoptar reglas específicas con respecto a la selección y permanencia de los jueces, de manera tal que la objeción democrática, en cuanto los tribunales constitucionales podían derogar legislación sancionada por legislaturas electas popularmente, se vio de tal suerte minimizada. Los jueces de los tribunales constitucionales europeos son frecuentemente elegidos por el Parlamento, mientras que los jueces comunes son seleccionados siguiendo procedimientos más burocráticos. No huelga mencionar que la inamovilidad en el cargo de los jueces de los tribunales constitucionales es limitada, mientras que los jueces ordinarios en general permanecen en sus cargos hasta que se jubilan.²²

Estas características estructurales del modelo europeo desde su aparición en la década de 1920 fueron anticipadas en tanto Constituciones democráticas por Hans Kelsen, el padre del modelo europeo de justicia constitucional. Kelsen no sólo había imaginado las principales características estructurales aludidas, sino que concebía la estructura material de funcio-

ottobre 2006, en *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, 2010, pp. 21 y ss.

²¹ Ferreres Comella, V., “The European Model of Constitutional Review of Legislation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, 2004, p. 475.

²² En esto véase *ibidem*, p. 468.

namiento. En particular, cuando un tribunal constitucional sostiene que una ley es inconstitucional, dicha ley —en esta inteligencia— es formalmente una norma expulsada del sistema legal. Así el tribunal actúa como un “legislador negativo”. Vale decir, el tribunal diferencia así la introducción positiva de leyes dentro del sistema legal, lo cual es tarea del Parlamento.²³ El tribunal kelseniano de tal suerte no era ni un juez ni una institución política como el Parlamento. No era un juez por su poder específico de revisar la legislación, y no era una institución política porque el ejercicio de ese poder específico no tenía efecto positivo sobre el sistema legal.

Estas características estructurales parecen ser muy diferentes, si no opuestas a las del modelo americano. Aun sobre cuestiones vinculadas sobre la legitimidad, empero, corresponde tener en cuenta cómo ha jugado la experiencia a la hora de comparar ambos modelos. Es decir, ¿hasta qué punto entonces la experiencia europea tiene puntos de contacto con el modelo norteamericano?

La interpretación constitucional está en el centro de esta cuestión. La definición del tribunal constitucional como legislador negativo según Kelsen presupone que la Constitución tiene por principal objetivo la distribución de poderes entre distintas instituciones fundamentales, en particular, en la adjudicación del poder legislativo en el Parlamento y, eventualmente, en un encuadramiento y enumeración de derechos postulados por medio de un lenguaje suficientemente determinado. Por el contrario, las Constituciones del siglo XX asoman como documentos pletóricos de valores; fundados en principios planteados por medio de un lenguaje relativamente indeterminado. Esta indeterminación allanó el camino a procesos de interpretación mucho más complejos que aquellos imaginados por Kelsen. La tarea fundamental del tribunal, por lo tanto, no sólo consistía en revisar la compatibilidad de las leyes con el texto de la Constitución, sino en dar también significado apropiado a los principios constitucionales. En consecuencia, el fin de la justicia constitucional vino más bien a preservar el sentido de aquellos principios, en vez de perseguir el valor *per-se* de la certeza legal.

Estas circunstancias han afectado la totalidad del modelo europeo de justicia constitucional, incluyendo, por cierto, el rol de los jueces comunes. La elección de un tribunal especializado y centralizado surgió del temor que, dada la ausencia de una doctrina de precedente en la tradición del derecho civil, intuía que los jueces comunes podían poner en peligro el valor de la certeza legal. De todos modos, la evolución de la justicia constitucional

²³ Kelsen, H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, Revue de droit public et de la science politique, 1928, pp. 143 y ss.

ha provocado notables cambios en estas suposiciones. Los jueces comunes han abandonado tal deferencia. Desde el momento en que se han involucrado más y más en el proceso de interpretación constitucional, especialmente en aquellos países donde la revisión judicial de la legislación depende de su propio impulso, la actitud judicial hacia las instituciones elegidas democráticamente ha cambiado de manera definitiva. Ciertamente que no es aquella de la Revolución francesa. Por otro lado, es indudable que el valor de la certeza legal ha perdido su peso específico frente a la búsqueda de la preservación del sentido de los principios constitucionales. Aun en este terreno, es evidente, que la experiencia europea aparece mucho más cercana a la americana que en el momento de su fundación.²⁴ Claro, ello es así aun cuando el poder de descartar leyes inconstitucionales permanece en los tribunales constitucionales, y aun cuando las características estructurales como los criterios de nombramiento y la permanencia en el cargo de los jueces constitucionales, todavía siguen reflejando el modelo kelseniano.

V. LA DICOTOMÍA ACTIVISMO/RESTRICCIÓN Y EL DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Así como los sistemas de justicia constitucional americano y europeo muestran crecientes similitudes en su funcionamiento, también pueden ser comparados por la forma en que ambos abordan la legitimidad de los tribunales constitucionales.

Según lo demuestra una encuesta general sobre justicia constitucional en democracias occidentales, “está probado que el control de constitucionalidad se ha convertido en el contrapeso irremplazable a la supremacía del principio de la mayoría”.²⁵ Sin embargo, tal contrapeso no carece de problemas porque, según se ha analizado previamente, la revisión judicial de la legislación requiere criterios de interpretación que dan a los tribunales constitucionales amplios poderes discrecionales. Esto sucede a pesar de

²⁴ Esto es generalmente reconocido por los constitucionalistas. Véase *e.g.* Von Brunneck, A., “Constitutional Review and Legislation in Western Democracies”, en Landfried, C. (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, pp. 223 y ss.; Fernández Segado, F., “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, en Fernández Segado, F. (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 867 y ss.; Verdussen, M., *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruselas, Labor, 2004, pp. 49 y ss.

²⁵ Von Brunneck, A., “Constitutional Review and Legislation in Western Democracies”, *cit.*, p. 250.

que, contrario a los parlamentos, aquellos tribunales no son elegidos democráticamente. Sobre esta base, entonces, la “dificultad contra-mayoritaria” de corte bickeliana y el dilema autorrestricción/activismo son elementos comunes que afectan tanto al sistema europeo de revisión judicial de la legislación en igual medida que al sistema estadounidense.

La diferencia entre los sistemas se vincula más bien con el hecho de que el problema de la legitimidad del tribunal constitucional ha ido surgiendo en distintas ocasiones. La jurisprudencia de larga data de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, está dividida generalmente en periodos que se corresponden con la división autorrestricción/activismo. La era *Lochner*, el periodo que siguió al *New Deal*, aquel de la Corte Warren y, aunque de manera más controvertida, el que tiene lugar durante las décadas recientes, representan hitos que describen distintas actitudes de la Suprema Corte hacia el legislador. Y la diferencia entre las distintas actitudes, esencialmente, viene a reflejar el hecho cierto de si las decisiones de la Corte son deferentes hacia el legislador o, si, por el contrario, son propensas a declarar la nulidad de las leyes.

Aun en Europa, el control de constitucionalidad a menudo ha merecido reproches. Se le endilga que interfiere en el proceso legislativo sin debido sustento; por ejemplo, en Alemania durante los setenta y en Francia en 1986. De todos modos, estas tensiones parecen insuficientes para poder definir diversos periodos de jurisprudencia de acuerdo con la distinción autorrestricción/activismo. En la experiencia europea, tal división surge a partir del establecimiento de criterios positivos de la legislación. Los tribunales constitucionales, en particular los alemanes, italianos y españoles, hace tiempo que han abandonado el modelo kelseniano que los situaba como legislador negativo.²⁶ El establecimiento de criterios positivos para la legislación por parte de los tribunales trae consigo la cuestión de la legitimidad de los jueces para hacerlo. Teniendo en cuenta que este fenómeno anticipa el contenido sustantivo de futuras legislaciones y que con ello de algún modo puede estar liberando al legislador de la carga que significa tomar una decisión al respecto, la pregunta de la legitimidad es central. Todo ello sin soslayar que, tal como sucede en todos los países democráticos —donde los legisladores gozan de una especial legitimidad— la adopción por parte del tribunal de prescripciones demasiado detalladas con respecto al proceso legislativo puede incidentalmente terminar menoscabando la capacidad de actualización de la Constitución que le cabe a las leyes.²⁷

²⁶ Fernández Segado, F., “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, *cit.*, pp. 879 y ss.

²⁷ Habermas, P., *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, *Juristenzeitung*, 1975, p. 297.

Lejos de mostrar nostalgia por el modelo kelseniano, estas recomendaciones se asientan en la suposición de que en los países democráticos es esperable que los tribunales constitucionales que no se encuentren aislados de las otras instituciones ni del público en general. Es necesario que se encuentren abiertos al proceso democrático.²⁸ Esta suposición, tal vez, en sí misma represente el mejor aporte para sobrellevar el peso de la dificultad contra-mayoritaria bickeliana. Un enfoque activista, en particular aquel que otorgue fundamento a decisiones positivas, sólo debería ser considerado correcto si un debate político adicional y la participación del público en el tema en juego, no fuera obstaculizado por tal decisión.

VI. CRÍTICA RECIENTE DEL MODELO EUROPEO Y EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD

Una visión diferente con respecto a la evolución y perspectivas del modelo europeo ha irrumpido en escena en este último tiempo. Dado que por necesidades pragmáticas de las sociedades modernas el fenómeno de la legislación ha dejado de ser específico y categórico, hay un aspecto importante para tener en cuenta. En efecto, a partir del hecho de la centralización de la revisión judicial de la legislación donde se presupone que los jueces comunes están obligados a hacer cumplir las mismas —sin espacio para la “adjudicación” judicial y en el proceso de creación del derecho—, parece que la perspectiva tradicional se ha vuelto problemática si no inconsistente con el tradicional reparto de tareas. Dadas estas condiciones, a través de la interpretación de las leyes por parte de jueces comunes, un proceso de deterioro del modelo ha venido produciéndose ininterrumpidamente. Antes de enviar una cuestión al tribunal constitucional, se espera, los jueces comunes deben buscar una interpretación de la ley que responda a su validez constitucional. De tal suerte, se ha ido consolidando una división de tareas dentro del sistema centralizado. Los jueces comunes deben interpretar las leyes en armonía con la Constitución y el tribunal constitucional es el único órgano con atribuciones legítimas para derogar una ley.²⁹

²⁸ Véase, aunque con diferente matiz, Von Brunneck, A., “Constitutional Review and Legislation in Western Democracies”, *cit.*, p. 250; Michelman, F., “Law’s Republic”, *cit.*, pp. 1529 y ss.; Verdussen, M., *Les douze juges...*, *cit.*, pp. 81 y ss., y, primero y sobre todo, Ely, J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

²⁹ Ferreres Comella, V., “The European Model of Constitutional Review of Legislation”, *cit.*, p. 472.

Tal división de tareas, según este argumento, debe verse reconsiderada. La distinción fundamental ya no debe ser entre interpretar y dejar de lado las leyes conforme con la Constitución, sino más bien, a la hora de aplicar una cláusula legal bajo examen, se trata de distinguir si el tribunal constitucional ya ha determinado el significado relevante de las normas constitucionales que dominan el caso. Si el tribunal constitucional ya ha emitido opinión, el caso debe considerarse relativamente “fácil” a la luz de los precedentes. Esto, ciertamente, permitiría que ciertas leyes pudieran ser dejadas de lado por los tribunales ordinarios. Sólo cuando surgieran “casos difíciles”, los tribunales ordinarios estarían obligados a remitir la causa ante la Corte, manteniéndose de tal suerte —a diferencia del modelo norteamericano— la centralización del sistema.³⁰

Según el autor, esta propuesta debe darse a través de medios judiciales. De todas formas, ello está claramente rechazado por el derecho constitucional europeo, el cual confía a los tribunales constitucionales el poder exclusivo de control de constitucionalidad de las leyes. Cualquier cambio en la materia sólo podría producirse por medio de una enmienda explícita a los textos constitucionales.

Por otro lado, esta alternativa se basa en una reformulación de la relación entre los jueces comunes y los tribunales constitucionales, la cual no considera debidamente el rol fundamental que la interpretación constitucional posee en el sistema. Se nos dice que la diferencia fundamental radica en que la organización del modelo centralizado de justicia constitucional se sostiene en la división de tareas entre jueces comunes que interpretan la ley en armonía con la Constitución, y el tribunal constitucional, el cual es el único autorizado a dejar de lado leyes inconstitucionales. Esta tesis da cuenta de respectivas tareas de jueces comunes y de aquellos otros en los tribunales constitucionales con respecto a la legislación. Vale decir, el objeto de la revisión constitucional es considerado sin tener en cuenta las tareas de los nombrados con respecto a la misma Constitución, es decir, con relación al parámetro fundamental de la revisión constitucional. Porque, precisamente, por la interpretación constitucional es que los jueces comunes y los tribunales constitucionales están involucrados en un diálogo permanente que, atento la misma Constitución, no sólo no contrasta con sus respectivos roles, sino que, por el contrario, los presupone. Y tal diálogo necesita ser preservado para mantener la primacía de la Constitución sobre la legislación ordinaria.

³⁰ *Ibidem*, p. 476.

Finalmente, algo muy importante. Ferreres Comella propone un “cambio importante en la discusión teórica con respecto al problema de la legitimidad de la revisión constitucional de la legislación”. Lo hace sobre la premisa de que “la literatura sobre la interpretación constitucional en algunos países europeos ha estado demasiado obsesionada con el problema de cómo distinguir entre una interpretación genuina de una ley y la manipulación indebida de su contenido”;³¹ lo que ha derivado como efecto indirecto en el descuido de temas más importantes, por ejemplo, el de los parámetros que deben guiar la interpretación judicial y la asignación concreta de significado a aquellas amplias y moralmente pletóricas normas de la constitución”.³² Según su opinión, “muy a menudo Kelsen ha sido invocado de manera incorrecta para dar apoyo a una errónea postura con relación al problema de la legitimidad”. Advierte que, con respecto a la legitimidad del Tribunal Constitucional, el nombrado nunca defendió la idea del legislador negativo; sugiriendo más bien que la revisión constitucional sólo debería tener lugar respecto a normas bastante específicas de la Constitución, en tanto que corresponde al parlamento la interpretación de las normas abstractas como pueden ser “justicia”, “libertad” o “igualdad”. De manera que Ferreres Comella entiende que es erróneo

utilizar a Kelsen para dar justificación a la idea de que el problema de la legitimidad surge cuando un tribunal constitucional, en vez de simplemente declarar inconstitucional una ley, decide reajustarla parcialmente para salvaguardar su validez. Esto es, cuando el mismo actúa, por así decirlo, como si fuera un “legislador positivo”.³³

La convicción de Kelsen en tanto que la interpretación de normas abstractas debe ser hecha por el Parlamento, de algún modo, es clara demostración del temor que le embarga. En efecto, ello es así toda vez que, en caso contrario, el tribunal habría de correr el riesgo de convertirse en una legislatura con aptitudes positivas o adjudicatorias. Ajeno al modelo donde los jueces sólo pueden cumplir el papel de legisladores negativos, lo cierto es que cuanto más genéricas las cláusulas de la Constitución se nos presenten, tanto más lugar para apreciaciones políticas quedaría en la interpretación judicial. Es un hecho plausible que, en los tiempos de Kelsen, raramente se veían en las Constituciones europeas este tipo de cláusulas generales. Tal

³¹ *Ibidem*, p. 485.

³² *Ibidem*, pp. 486 y 487.

³³ *Ibidem*, p. 487.

vez sea esta la razón por la cual Kelsen entendió que las mismas debían ser dejadas de lado de la esfera del conocimiento jurisdiccional.

Por el contrario, empero, las Constituciones europeas de nuestros días presentan una redacción cuyo lenguaje da cuenta de normas genéricas y principios. Luego de haberse incubado el problema de la legitimidad de los tribunales constitucionales como “legislaturas positivas”, es evidente que el cambio producido ayuda a comprender la distancia que media entre la experiencia de la justicia constitucional europea con el modelo original de Kelsen.

Por último, a pesar de que los problemas europeos son diferentes a los de los Estados Unidos, la suposición de “convergencia progresiva” entre ambos modelos es plenamente justificable.³⁴ Aunque haya habido trasfondos históricos bien diferentes, es pleno que el establecimiento del control de constitucionalidad de la legislación ha dado testimonio de una tensión estructural donde “la tiranía de la mayoría” opera en contra de la “dificultad contra-mayoritaria”. Y, a pesar de los diferentes mecanismos institucionales establecidos para enervar tal tensión —el llamado activismo inclusive—, la verdad es que la interpretación constitucional ha acreditado ser una herramienta insustituible a la hora de fundamentar las decisiones judiciales.

³⁴ Fernández Segado, F, “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, *cit.*, p. 870.