

LA JUSTIFICACIÓN MIXTA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

José Sebastián ELÍAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La participación política, el derecho a ser oído y la justificación estatal*. III. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Podría decirse, tal vez, que *Marbury v. Madison* es una de las decisiones judiciales más trascendentes de la historia moderna, en cuanto a su alcance en la cultura jurídica y política mundial. John Marshall ciertamente no inventó el control judicial de constitucionalidad,¹ pero la agudeza de su pluma y el fuerte atractivo inicial de la lógica de su argumento permitieron la transformación de *Marbury* en la autoridad fundacional de la práctica en su país de

* Profesor de derecho, Universidad de San Andrés. Agradezco especialmente a Lucas Grosman, Santiago Legarre, Micaela Alterio, Pablo Riberi, Julio C. Rivera (h) y Roberto Gargarella. Sus observaciones, críticas y preguntas me salvaron de varios errores y contribuyeron, de distintas maneras, a una mejor presentación del argumento que defiendo aquí. Una versión anterior de este texto aparecería en el volumen 38 de la revista *Direito, Estado e Sociedade* (2012).

¹ Tushnet, Mark, “Marbury v. Madison and the Theory of Judicial Supremacy”, en George, Robert P. (ed.), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 20; Ahumada Ruiz, Marian, “Marbury versus Madison, doscientos años (y más) después”, *Fundamentos*, vol. 4, 2006, pp. 111, 125 y 126. Ocho años antes de *Marbury*, en 1795, el juez de la Corte Suprema Patterson, actuando como juez de circuito, afirmaba lo siguiente: “Considero que se trata de un principio claro: si un acto legislativo se opone a un principio constitucional, el primero debe ceder y ser rechazado como consecuencia de esa oposición. Sostengo que se trata de una posición igualmente clara que, en un caso tal, será deber de esta Corte adherir a la Constitución y declarar nulo y sin efecto el acto legislativo”, “*Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*”, Circuit Court, Pennsylvania District, April Term, 1795, en 2 U.S. 304, 309 (1795). Para un análisis detallado de los antecedentes de “Marbury”, véase Treanor, William M., “Judicial Review Before Marbury”, *Stanford Law Review*, vol. 55, 2005, p. 455.

origen.² La originalidad constitucional del modelo estadounidense y el peso específico que adquiriría ese país hicieron el resto, transformando a aquella sentencia en fuente de inspiración constitucional para muchas otras naciones.³ Sin embargo, y a pesar del carácter establecido del control judicial como un rasgo del sistema constitucional de los Estados Unidos, su aceptación social no implica la ausencia de debate a su alrededor. Todo lo contrario.

Desde las primeras décadas del siglo XX, los teóricos constitucionales del mundo estadounidense han discutido fervientemente sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad.⁴ La discusión, por cierto, ha trascendido las fronteras de aquel país. ¿Cuál es la razón, si es que hay alguna, que justifica que, en un sistema democrático, un grupo de jueces no elegidos por el pueblo y sin responsabilidad política directa, puedan invalidar decisiones tomadas por los representantes del pueblo, democráticamente elegidos? Esta es la pregunta a la que se han dedicado incontables horas de reflexión intelectual y ríos de tinta en idioma inglés. Responder a —o, alternativamente, reforzar— la “dificultad contramayoritaria” se transformó en una verdadera obsesión académica.⁵

² Sobre el proceso de consolidación de *Marbury* como base del control judicial de constitucionalidad, y el progresivo reemplazo del *Marbury* histórico por uno simbólico, véase Ahumada Ruiz, Marian, “*Marbury versus Madison...*”, cit.

³ Véase Ahumada Ruiz, Marian, “¿Hay alternativas a la *judicial review*?”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Édgar (coords.), “*Instrumentos de tutela y justicia constitucional*”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 3, 11-12, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/344/3.pdf> (fecha de consulta: 30 de marzo de 2011).

⁴ Friedman, Barry, “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part V”, *Yale Law Journal*, vol. 112, 2000, pp. 157 y 167. El *locus classicus* es, por supuesto, Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1986, p. 16.

⁵ La literatura sobre el punto es prácticamente inagotable. A modo de mera referencia, entre incontables piezas de interés, pueden señalarse Ely, John Hart, *Democracy and Distrust*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1980; Dworkin, Ronald M., *Law's Empire*, Cambridge-Londres, Belknap Press of Harvard University Press, 1986; Dworkin, Ronald M., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1997; Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2011; Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999; Kramer, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004; Alexander, Larry y Solum, Lawrence, “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, vol. 118, 2005; Friedman, Barry, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Nueva York, Farrar, Strauss and Giroux, 2009; Waldron, Jeremy, “A Rights-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Stud.*, vol. 13, 1993; Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Nueva York,

Argentina es uno de los países que adoptó la idea de *Marbury* y, probablemente, también uno de los que guardó mayor fidelidad al modelo. Sin embargo, y tal vez con buenas razones, no importó la discusión.⁶ Ciertamente, no importó la obsesión.⁷ Las críticas basadas en la “dificultad contramayoritaria” tampoco parecen haber encontrado el mismo eco en el ámbito europeo. A diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, en muchos países europeos la atribución judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes surge del propio texto constitucional. Así ocurre, por ejemplo, en el caso español con los artículos 53.2, 161 y concordantes de la Constitución de 1978. Esta es, seguramente, una buena razón para explicar, siquiera parcialmente,⁸ por qué los debates sobre la justificación (o falta de

Oxford University Press, 1999; Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006. Dos aportes recientes de interés, también entre muchos otros, son Bassok, Or (2011), “The Sociological-Legitimacy Difficulty”, *Journal of Law and Politics*, vol. 26, 2011, y González Bertomeu, Juan F., “Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review”, *Legal Theory*, vol. 17, 2011.

⁶ Véase, por ejemplo, Grosman, Lucas S., *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería, 2008, pp. 134-138, quien señala que si bien la dificultad contramayoritaria es un problema teórico, ella ha sido concebida con el telón de fondo de realidades institucionales muy concretas, propias de la experiencia estadounidense, y que no se repiten en el contexto argentino; en similar sentido, García-Mansilla, Manuel J., *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008, pp. 9, 42 y 43. A su vez, Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 687, pensaba que la objeción democrática al control judicial de constitucionalidad no había recibido atención “probablemente por el presupuesto de que el Poder Judicial es el más democrático de los poderes del Estado. La razón para pensar eso seguramente estaba basada en el hecho de que el poder político no contó, durante buena parte de la historia del país, con una mínima legitimidad democrática”. Para un análisis profundo acerca de por qué la “dificultad contramayoritaria” sería escasamente relevante en el contexto latinoamericano, véase González Bertomeu, Juan F., “Cómo aprendí a odiar (y a amar) la discusión sobre control judicial”, manuscrito no publicado, 2010, disponible en: <http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2009/11/Bertomeu-C%27%3Bmo-aprendi-14-4-Final.pdf> (fecha de consulta: 20 de julio de 2011). Para una argumentación sobre el carácter necesariamente contextual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad, véase Seidman, Louis Michael, “Acontextual Judicial Review”, *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, núm. 10-48, julio de 2010, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1651300> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2010).

⁷ No obstante, pueden verse Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional...*, cit., pp. 673-706; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996; Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 258-293; como serios intentos de plantear la discusión en el ámbito argentino.

⁸ Por supuesto, el mero hecho de que una Constitución democráticamente aprobada prevea una institución como el control judicial de constitucionalidad no desplaza de manera

ella) de dicha práctica institucional tienen menos resonancia de un lado del Atlántico que del otro,⁹ y por qué los académicos europeos tampoco han caído presos de aquella obsesión estadounidense.

Ciertamente, la deseabilidad de una práctica institucional como el control judicial de constitucionalidad depende en buena medida de diversas cuestiones contextuales,¹⁰ que pueden explicar por qué en ciertos momentos y lugares parece imponerse casi como una necesidad lógica, y en otros, se nos presenta como una característica más o menos problemática del diseño institucional. Sin embargo, más allá de razones pragmáticas que puedan justificar la existencia del control judicial en uno u otro país, la discusión de principio no deja de ser importante, a los fines de configurar la práctica, si es que hemos concluido que es deseable tenerla o, tal vez, que es inevitable que la tengamos —por buenas o malas razones—.

Algunos críticos recientes sostienen,¹¹ básicamente, que es dudoso que el control judicial permita mejorar los resultados que produce el sistema político y que, en todo caso, es manifiestamente ilegítimo desde una perspectiva de principio. En efecto, por cada sentencia judicial protectora de

total la fuerza de una objeción basada en que esa institución está en tensión con el principio democrático. Como señala Ferreres Comella, refiriéndose al caso español, “no puede decirse... que la apelación al principio democrático es irrelevante, irrelevancia que vendría dada por el hecho de que el Tribunal Constitucional debe su existencia a una norma aprobada democráticamente. Este último dato acerca de la génesis del Tribunal es importante, pero no debe bloquear la indagación teórica acerca de qué límites debe respetar ese Tribunal para no hacerse acreedor a la objeción democrática”. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 48 y 49.

⁹ Kumm, Mattias, “La institucionalización de la contestación socrática: el paradigma racionalista de los derechos humanos, la autoridad legítima y el propósito de la revisión judicial”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 1 y 2. Otra razón de importancia es la diferente estructura y conformación de los órganos europeos encargados del control de constitucionalidad (tribunales constitucionales, en sus diversas formas y denominaciones) respecto del Poder Judicial estadounidense y, en muchos casos, la mayor flexibilidad de los textos constitucionales europeos, frente al extremadamente rígido proceso de reforma del artículo V de la Constitución estadounidense.

¹⁰ En este sentido, Dworkin, Ronald. M., *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 398 y 399. Para una justificación teórica de esta afirmación, véase Seidman, *op. cit.*, y, desde una perspectiva parcialmente distinta —de bienestar social—, Grossman, Peter Z. y Cole, Daniel H., “Protecting Private Property with Constitutional Judicial Review: A Social Welfare Approach”, *Review of Law and Economics*, vol. 5, núm. 1, 2009, pp. 234 y 235. Véase también Ahumada Ruiz, *op. cit.*, p. 19, explicando que fueron las circunstancias las que volvieron justificable, en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, el establecimiento del control de constitucionalidad, un poder “perfectamente incómodo en otro caso”.

¹¹ Me concentraré, básicamente, en el argumento ofrecido por Jeremy Waldron a través de sus diversas publicaciones sobre el tema, pero especialmente en Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

derechos puede mencionarse un contraejemplo de desprotección. Y como la validez de las decisiones judiciales en materia constitucional no está subordinada a su corrección última,¹² el control judicial consiste simplemente en el desplazamiento de las mayorías legislativas por las mayorías judiciales. El control judicial es una forma de decisión procedimental, tan falible como la decisión mayoritaria en órganos electivos, pero de menor legitimidad desde el punto de vista democrático.¹³ La regla de la mayoría, en asambleas representativas, sería el procedimiento de decisión adecuado para resolver controversias sobre la existencia o contenido de los derechos, en tanto ella respetaría el igual valor de los individuos¹⁴ y crearía el sistema de libertades políticas más extensas posibles.¹⁵

La cuestión, así planteada, no puede dejar de incomodar a quienes sostenemos que, al menos en ciertas circunstancias, se trata de una práctica deseable. No pretendo, como imaginará el lector, brindar una alternativa completa que se haga cargo de las críticas centrales. Más modestamente, me propongo simplemente sugerir que el control judicial puede ser concebido como un mecanismo que aumenta la legitimidad del sistema político, en tanto garantiza a las personas ser oídas, individualmente, cuando sus derechos están en juego, y a la vez obliga al gobierno a brindar razones específicas que justifiquen las restricciones (o denegaciones) de derechos. Además del valor intrínseco que ello implica, podría pensarse que una práctica tal nos acerca al ideal de la democracia deliberativa que requiere que todas las personas sobre cuyos intereses tengan efectos las decisiones colectivas, sean parte —en este caso, parte efectiva y no meramente por representación— de la toma de la decisión¹⁶ y que el proceso de control judicial *tiende* a mejorar la calidad final de las decisiones.

¹² Como sostuvo célebremente el juez Jackson, “siempre que las decisiones de un tribunal son revisadas por otro, un porcentaje de ellas son revocadas. Esto refleja una diferencia de perspectivas que existe normalmente entre las personas que integran distintos tribunales. Sin embargo, *la revocación [de una decisión] por parte de un tribunal superior no prueba que se haya hecho mejor justicia... No somos los jueces últimos porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque somos los jueces últimos*”, Supreme Court of the United States, *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953), énfasis agregado.

¹³ Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *cit.*, pp. 1353, 1372.

¹⁴ Waldron, “A Rights-Based Critique of Constitutional Rights”, *cit.*, pp. 36-38.

¹⁵ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap-Harvard, 1999, p. 197.

¹⁶ Véase Nino, *op. cit.*, p. 184. Una justificación en esta línea es sugerida en Spector, Horacio, “Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente”, en Alegre, Marcelo *et al.* (eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley-Facultad de Derecho UBA, 2008, pp. 232-238.

Adicionalmente, vale la pena explorar la posibilidad de que, en cierta medida, el control judicial disminuya los costos de acceso al proceso político y atenúe la influencia de la riqueza individual en los resultados de ese proceso, todo lo cual parece ser valioso.¹⁷

Pienso que desde estas perspectivas puede esbozarse un camino que sortee las objeciones esgrimidas por los críticos del control judicial. Quedará para otro momento, sin embargo, la tarea de corroborar si en un sistema jurídico dado el control judicial de constitucionalidad efectivamente satisface las aspiraciones que mi argumento sugiere.

II. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA, EL DERECHO A SER OÍDO Y LA JUSTIFICACIÓN ESTATAL

Es interesante la diferente preocupación teórica que genera el control judicial de constitucionalidad si se le compara con la actuación de los órganos electivos en la democracia representativa. El hecho de que aquél implica decisiones por funcionarios que solamente guardan una vinculación mediata con la voluntad política de los ciudadanos —con la consiguiente posibilidad de que las decisiones adoptadas no resulten conformes con los deseos, preferencias o juicios de estos— parece generar un escozor mayor que el hecho de que frecuentemente las decisiones tomadas por órganos electivos guardan un bajo nivel de correlación con las posturas preferidas por sus representados —a veces, no mayor que la que generaría un procedimiento aleatorio—, aun en democracias desarrolladas y consideradas habitualmente como funcionales.¹⁸

¹⁷ Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, U.S.A., Basic Books, 1983, p. 20 (“Ningún bien social ‘x’ debería ser distribuido a hombres y mujeres que poseen algún otro bien ‘y’ meramente porque posean ‘y’, y sin referencia al significado de ‘x’”); Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 198 (“Las libertades protegidas por el principio de participación pierden mucho de su valor siempre que quienes tienen mayores medios privados pueden usar sus ventajas para controlar el curso del debate público”).

¹⁸ Rothstein, Bo, “Creating Political Legitimacy: Electoral Democracy versus Quality of Government”, *QoG Working Paper Series*, vol. 2, 2008, pp. 8-10. En cualquier caso, difícilmente los miembros de tales órganos electivos podrían articular de manera totalmente satisfactoria las preferencias de sus mandantes, aun si desearan genuinamente hacerlo y las conocieran perfectamente. Sobre el punto, véase Mashaw, Jerry L., *Greed, Chaos, and Governance*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1997, p. 15. Ferreres Comella, por su parte, no ve un problema insalvable en el hecho de que los representantes puedan decidir en contra de los deseos de sus representados. Ello sería una mera consecuencia de la (aceptable) división del trabajo entre representantes y representados. En suma, no habría nada particularmente llamativo en que el control judicial genere preocupación teórica por su falta de vinculación directa con la voluntad popular y que la posible existencia de importantes brechas entre la

A pesar de ello, la crítica sostiene que las cuestiones relativas a los derechos constitucionales deben ser resueltas por los legisladores y no por los jueces. La diferencia que sustenta esta posición es, claro, el origen electoral de los legisladores, y su responsabilidad política directa frente a sus representados.

Dejando de lado el hecho no menor de que en la práctica constitucional de numerosos países —Argentina entre ellos— es bastante frecuente que decisiones que afectan derechos se tomen por decreto del Poder Ejecutivo y no por leyes del Congreso, el argumento no deja de llamar la atención. En efecto, lo que parece decirles a los individuos es algo así como “usted tiene derecho a votar por un legislador que lo representará *libremente* y que, sin estar obligado a tener en cuenta sus verdaderas opiniones, preferencias y circunstancias, ni frecuentemente poder de hecho conocerlas, votará en una decisión *final* sobre sus derechos”. Parece demasiado poco cuando lo que está en juego son cuestiones centrales para la vida de los individuos, como suelen ser muchos derechos.

La crítica al control judicial se asienta en la idea de que la participación política es un derecho en algún sentido prioritario, aunque más no sea porque —como propone Waldron— es un mecanismo que parece apropiado para decidir los desacuerdos sobre el contenido del resto de los derechos.¹⁹ Sin duda, se trata de un tipo de derecho fundamental en la construcción de la legitimidad de un sistema político. Pero no es suficiente. Los indivi-

opinión pública y el accionar de representantes elegidos, no. “Si se hiciera una encuesta fiable y resultara que, en relación con una ley en particular, la mayoría de los representados opina de manera diferente que la mayoría de los representantes, ello no constituiría necesariamente una razón para tachar de antidemocrática la ley aprobada. Es cierto que la opinión de la mayoría de una pequeña minoría (los representantes) se impondría a la opinión de la mayoría de una inmensa mayoría (los representados). Pero ello sería compatible con la idea de igual dignidad. Los representados... podrían aceptar que sus representantes (o una minoría de ellos, a cuya opinión han deferido los demás) han deliberado acerca de la materia regulada por la ley de modo más intenso, con más información, y con una mayor variedad de puntos de vista. Esta división del trabajo... es aceptable desde el momento en que la participación en el debate público genera importantes costes de oportunidad que la inmensa mayoría de los ciudadanos no están dispuestos a asumir... El principio regulativo es que si la totalidad de los representados hubiera deliberado en las mismas condiciones bajo las cuales han deliberado sus representantes, la mayoría habría aceptado la misma decisión”, Ferreres Comella, *Justicia constitucional...*, cit., pp. 191-193. En la parte final de la transcripción está la clave y, a mi ver, también un punto débil, del argumento. No puedo elaborar más aquí, pero algunas de las reflexiones que esbozo en el texto principal son aplicables a un argumento como el que Ferreres Comella acepta. Debe destacarse que el autor analiza este argumento en el contexto de su discusión de la presunción de constitucionalidad de la ley, y no propiciando la supresión del control judicial.

¹⁹ Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 232.

duos suelen estar mucho más preocupados por lo que ocurre en el “extremo de salida” del proceso político que por lo que sucede en el “extremo de entrada”.²⁰ Votar a un representante es relevante para mucha gente, pero bastante más suele serlo qué tipo de decisiones toman los representantes sobre aspectos centrales de las vidas de las personas y qué nivel de participación real puede tener cada individuo en las decisiones sobre sus derechos. A este respecto, quienes proponen la supresión del control judicial tienen poco para ofrecer al individuo.

La idea de que, si estamos disconformes con las decisiones que adoptan nuestros representantes, tenemos la posibilidad de votar en su contra y, previo convencer a un número suficiente de nuestros conciudadanos, lograr que pierdan sus puestos es demasiado pobre, por —al menos— tres motivos. Primero, porque frecuentemente lo que las personas quieren es obtener determinado tipo de tratamiento sustantivo que estiman justo y no castigar a un representante “infel”.²¹ Que cierto representante pierda su posición política es usualmente una reparación insatisfactoria frente a la denegación de un derecho. Y lograr que un representante que comparte las posiciones del ciudadano acceda a esa posición puede no ser demasiado relevante, en tanto frecuentemente no podrá reparar el daño sufrido mediante la restricción o denegación de derechos ocurrida bastante tiempo atrás. Segundo, porque existen numerosos mecanismos y situaciones que dificultan notoriamente el hacer efectiva esta responsabilidad política. Los obstáculos van desde el ínfimo poder decisorio de un voto individual —que puede ser relevante cuando la denegación o el recorte de derechos afecta a muy pocas personas—, pasando por los problemas propios de la acción colectiva —que dificultan la organización política de los afectados, aun cuando fueran muchos—, hasta llegar incluso a maniobras que pueden utilizar los representantes para desviar la atención sobre su conducta o confundir al ciudadano.²² Tercero,

²⁰ Y esto parece tener un rol importante en la creación de legitimidad del sistema. Véase Rothstein, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

²¹ Por supuesto, el control judicial de constitucionalidad, en tanto no asegura un resultado determinado tampoco le garantiza recibir el tratamiento que el individuo estima justo. Más allá de las especulaciones plausibles que pueden hacerse respecto de la posibilidad de que el control judicial efectivamente contribuya a mejorar la calidad de los resultados del proceso político, lo cierto es que el control judicial le permite al individuo mismo tomar parte en la discusión sobre sus derechos, dar sus razones, y recibir las explicaciones circunstanciadas que sean del caso.

²² Es posible también pensar el caso en el cual, aun cuando las alternativas de evasión de responsabilidad política no se encuentran directamente al alcance del representante, a este le conviene sacrificar su imagen frente al electorado a cambio de los beneficios que obtiene de decidir en sentido contrario al preferido por sus representados. Puede imaginarse,

porque solamente los ciudadanos votan,²³ y las Constituciones suelen conceder derechos a los habitantes, aun cuando no sean ciudadanos y no puedan estar jamás representados en el Congreso.²⁴

A la vez, los críticos sostienen que el mayoritarismo que proponen no sólo maximiza las libertades políticas, sino que también trata igualitariamente a los individuos. Esto, sin embargo, no parece ser decisivo. En primer lugar, porque en tanto el control judicial —como restricción a las decisiones simplemente mayoritarias en el Congreso— alcanza igualmente a todos los miembros de la sociedad, es consistente con un sistema igual de libertades para todos.²⁵ En segundo lugar, porque es posible admitir como justificable un sistema de libertad política ligeramente menos extenso, a cambio de mejoras en otras libertades (en el caso, la de cuestionar individualmente las decisiones colectivas que infringen derechos).²⁶ En tercer lugar, porque todos gozan del derecho a cuestionar las decisiones que afectan derechos y pedir explicaciones al gobierno, en el contexto de sus propios casos individuales.

Una comunidad que se toma en serio los derechos debe proveer a cada individuo *el derecho a ser oído* respecto de las injusticias o males de los que creen haber sido objeto al determinarse colectivamente el contenido (o la simple existencia) de un derecho individual.²⁷ Un derecho de este tipo parece requerir una institución tal como los tribunales de justicia y se basa en la

por ejemplo, la promesa de una designación en un puesto no electivo y muy atractivo por parte del jefe político interesado en una decisión contraria a las preferencias del electorado. En cierto sentido, esto implicaría la sujeción del representante a la responsabilidad política frente a sus representados, que podrían no elegirlo nuevamente, pero no constituiría incentivo suficiente para que el representante respete los deseos de sus representados y, en consecuencia, resultaría un tipo de responsabilidad política inocua a los fines del argumento.

²³ Salvo excepciones, en general relativas a elecciones municipales, los extranjeros no gozan de derechos políticos.

²⁴ Podría agregarse que las Constituciones en general (y cualquier Constitución que sea digna de valoración) reconocen derechos a personas que se hallan privadas de participar en el proceso político, como quienes se encuentran privados de su libertad debido a una condena penal firme. Pienso que es posible argumentar que tales restricciones pueden ser, en ciertas circunstancias, inconstitucionales. Pero más allá de esa discusión, lo cierto es que estas personas gozan de derechos constitucionales respecto de cuya determinación en el proceso político se encuentran, en principio, aisladas. Desde otra perspectiva, las Constituciones suelen reconocer derechos a personas que no son siquiera habitantes, salvo en un sentido laxo del término.

²⁵ Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 197.

²⁶ Rawls admite la posibilidad de construir un argumento sobre este punto. *Ibid.*, pp. 201 y 202.

²⁷ Véase Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 92, 2006, p. 1020; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case for Judicial Review”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 241, 244 y 245.

especial posición que los titulares de derechos (reales o potenciales) tienen cuando sus derechos están en juego: deben ser parte en el proceso de toma de decisiones, poder expresarse y recibir las justificaciones del caso. Tener un derecho implica tener dominio sobre la situación contemplada por el derecho en cuestión, incluso cuando haya razones legítimas para restringirlo.²⁸

El derecho a ser oído se descompone en tres partes: la oportunidad de presentar agravios individuales basados en derechos constitucionales,²⁹ la oportunidad de recibir una justificación circunstanciada³⁰ y basada en buenas razones para la decisión que puede restringir (o negar) el derecho individual³¹ y el deber estatal de reconsiderar la decisión inicial que dio origen al planteamiento, sobre la base de las razones y circunstancias expuestas por el individuo.³²

Uno podría cuestionar al menos dos cosas: que un argumento de este tipo justifique el control *judicial* de constitucionalidad, y que sea deseable que las minorías puedan determinar el resultado del proceso de determinación de derechos.³³

²⁸ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1001 y 1002; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case...”, *cit.*, pp. 242, 244.

²⁹ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1002-1003; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case for Judicial Review”, *cit.*, p. 238.

³⁰ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1002 y 1003; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case...”, *cit.*, pp. 241 y 242.

³¹ Kumm, *op. cit.*, pp. 3 y 4. En similar sentido, Spector, “Democracia y control...”, *cit.*, p. 245. No es necesario, por supuesto, compartir la idea de Kumm respecto de qué constituyen buenas razones. Pero no hay espacio aquí para desarrollar este problema.

³² Eylon y Harel, nota 27, p. 1004; Harel y Kahana, nota 27, pp. 243, 246 y 247.

³³ Waldron hace precisamente esta crítica, cuando trata al pasar un argumento como el que ensayo en este artículo. Señala que “se trata de un modo de participación ciudadana que no está sujeto a la disciplina de los principios de igualdad política que usualmente se consideran cruciales para una democracia. *La gente tiende a recurrir al control judicial cuando desea que sus opiniones reciban un peso mayor que el que la política electoral les daría*”. Véase Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *cit.*, pp. 1394 y 1395, énfasis agregado. Más allá de los argumentos de tipo instrumental que esbozaré enseguida en el texto principal, creo que Waldron equivoca el foco de su crítica: la gente recurre al control judicial no simplemente para lograr que sus opiniones reciban un peso desproporcionado en la toma de una decisión *general*, sino para que *sus circunstancias concretas* (su “caso”) sean consideradas y *sus* propios argumentos (no los que podría eventualmente hacer un representante en el Congreso) tratados, en la toma de una decisión *particular*. Por supuesto, Waldron podría replicar que este argumento no logra salir de la encerrona que le plantea la igualdad: si creemos que casos iguales deben ser tratados de igual manera, entonces es una trampa argumental enfatizar el carácter singular de las decisiones judiciales (en los sistemas de control concreto): el efecto de la decisión judicial debería expandirse a innumerables casos. A mi ver, algo que no puede perderse de vista al encarar esta cuestión es que, en muchas ocasiones, los casos traen a la luz circunstancias que no pudieron haber sido previstas ni consideradas en una asamblea

En cuanto a lo primero, uno podría preguntarse: ¿por qué no garantizar el derecho a ser oído a través de jurados populares constitucionales,³⁴ a la manera de los procedimientos de la antigua Atenas,³⁵ o de algún otro arreglo institucional —como por ejemplo una revisión legislativa de las leyes, en casos concretos—?³⁶

La idea de los jurados populares es problemática por varias razones, pero basta señalar que los jurados no brindan razones para sus decisiones, lo que deja insatisfecho el ideal según el cual los titulares de derechos deben recibir una justificación circunstanciada y basada en buenas razones.³⁷ Podría exigírseles que lo hicieran, pero en ese caso, el jurado adoptaría uno de los aspectos característicos de los tribunales.³⁸ Una revisión legislativa de las leyes que atendiera casos concretos difícilmente podría satisfacer los requisitos del derecho a ser oído:³⁹ muchos representantes estarían naturalmente predispuestos a sostener las posturas con las que se comprometieron en el debate legislativo, habrían adquirido compromisos al respecto y —más generalmente— todos ellos se verían impedidos de dar una audiencia justa a los reclamos individuales que se efectuaran. Su propio rol institucional, en tanto representantes de ciertos intereses o posiciones debido a los cuales fueron elegidos, les impediría desempeñar el rol imparcial requerido por el derecho a ser oído.⁴⁰

En cualquier caso, el punto parece ser que mientras más adaptamos los arreglos institucionales alternativos para satisfacer el derecho a ser oído, más se parecen en su funcionamiento a tribunales de justicia. Y es que tal vez el derecho a ser oído se constituya por procedimientos y modos de razonamiento que resultan indistinguibles de los propios de los tribunales.⁴¹

legislativa. Las dos decisiones, legislativa y judicial, no versan, siempre, sobre exactamente lo mismo.

³⁴ Spector, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

³⁵ Lanni, Adriaan, “*Judicial Review and the Athenian ‘Constitution’*” en Mogens Hansen, ed, *Demokratia--Ancient and Modern*, Fondation Hardt, en prensa. Puede compulsarse una versión preliminar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1555858 (fecha de consulta: 22 de abril de 2010).

³⁶ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1007-1010; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case for Judicial Review”, *cit.*, p. 248.

³⁷ Spector, *op. cit.*, p. 245.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1011 y 1012.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, p. 1013; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case...”, *cit.*, p. 250.

Por supuesto, el control judicial no garantiza a los individuos ningún tipo de resultado sustantivo. Pero les brinda la oportunidad concreta y efectiva de ser partícipes en las decisiones que se toman sobre *sus* derechos y en *sus* circunstancias particulares, tratándolos como exige su calidad de titulares del derecho.⁴² Esto es valioso independientemente de los resultados que se obtengan. Una justificación de este tipo no depende de ninguna verificación empírica respecto de si el control judicial efectivamente promueve otros valores (por ejemplo, la protección efectiva de los derechos individuales), ni de la relativa aptitud institucional de los tribunales, comparados con otros actores, respecto de los mismos fines.

Hay quienes sostienen que cualquier justificación plausible del control judicial debe descansar exclusivamente en razones instrumentales,⁴³ porque si tuviéramos evidencia concluyente de que las decisiones mayoritarias tomadas en cuerpos representativos —como el Congreso— protegen mejor los derechos que los tribunales, sería inaceptable sostener una práctica como la del control judicial. No estaríamos dispuestos a pagar un precio en la moneda de violaciones de derechos para garantizar únicamente el derecho a ser oído. Sí, acaso, podríamos estarlo respecto del derecho a participar a través del voto.⁴⁴

Creo que esta manera de presentar la cuestión no es la mejor. En realidad, parece ser que nuestras evaluaciones acerca de los esquemas institucionales combinan ambos aspectos, intrínseco e instrumental.⁴⁵ No parece que la pregunta comparativa acerca de la deseabilidad del control judicial frente a las decisiones legislativas mayoritarias en cuestiones de derechos sea del tipo “todo o nada” en una sola de estas dimensiones (intrínseca o instru-

⁴² Esto no necesariamente ocurre en todos los sistemas de control judicial de constitucionalidad, por ejemplo, en sistemas de tipo abstracto. Por eso, el argumento, tal como está expuesto, está limitado a sistemas de control en casos concretos, o que permiten, aunque sea de modo indirecto, la consideración de circunstancias y argumentos propios de los individuos en la decisión de las cuestiones de constitucionalidad.

⁴³ En este sentido, véase Ahumada Ruiz, *op. cit.*, pp. 5 y 6, quien refiriéndose a los Estados Unidos señala que a partir de 1937 “se reconoce abiertamente que la *judicial review* es un poder «contramayoritario» y, en esa medida, un poder que en una democracia necesita justificarse por sus logros, en todo caso, por sus resultados: por lo que aporta «de bueno» al funcionamiento más adecuado o más correcto del gobierno constitucional”.

⁴⁴ Un argumento de este tipo puede verse en Enoch, David, “Comment on Mattias Kumm’s «Rights-Based Proportionality as the Test of Public Reason»”, artículo presentado en las jornadas internacionales “Rights, Balancing, and Proportionality”, 5 de enero de 2009, *The Human Rights Program of the Academic Center of Law and Business*, Israel, Ramat Gan, 2009, disponible en: <http://www.clb.ac.il/workshops/2009/articles/enoch.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2010).

⁴⁵ Un ejemplo de evaluación del control judicial de constitucionalidad que se apoya en aspectos de ambas dimensiones puede verse en Ferreres Comella, *op. cit.*, pp. 197-199.

mental). La cuestión no es si los resultados importan —por supuesto que importan—, sino si hay algo, además de los resultados, que justifique preferir un determinado diseño institucional. Cuando los tribunales son deferentes hacia el Poder Legislativo, no lo hacen porque piensen que, simplemente, los resultados serán mejores.⁴⁶ De igual manera, parece haber una cuestión de principios involucrada en la admisión del control judicial. Si esto fuera cierto, podríamos responder a quienes piensan que el control judicial podría ser justificable únicamente en supuestos de funcionamiento patológico de las instituciones o de falta de compromiso de la comunidad política con la idea de derechos,⁴⁷ y que la mera “introducción de un sistema de jurisdicción constitucional es un indicador de «mala salud democrática»”.⁴⁸ Tal vez sea todo lo contrario, al menos en términos de democracias legítimas posibles. Exploremos, brevemente, esta posibilidad.

Aun cuando tuviéramos razones para pensar que, en líneas generales, el Congreso defiende ligeramente mejor los derechos que los tribunales, podríamos sostener que es deseable el control judicial, para escuchar efectivamente las razones y circunstancias de quienes tienen sus derechos en juego en cada decisión. Solamente si siempre, si en todos y cada uno de los casos, el Congreso fuera claramente mejor que los tribunales en garantizar los derechos de cada individuo, tal vez cobraría fuerza el argumento puramente instrumental —que tomaría, además, algún tinte paternalista—.⁴⁹ En un caso tal, debe notarse, la justificación de la preeminencia legislativa sería igualmente instrumental y no intrínseca, como pretende la crítica al control judicial.

Pero el valor intrínseco de la igual participación política no parece bastarnos para excluir el derecho a ser oído. Queremos que, por ejemplo, quien está expuesto a recibir una condena penal por injurias pueda dar sus razones particulares y circunstanciadas por las que cree que una sanción penal viola su derecho constitucional a la libertad de expresión, aun cuando las mayorías legislativas hayan pensado, en abstracto, distinto.⁵⁰ O que quien es descu-

⁴⁶ Aunque ocasionalmente esa pueda ser una de las razones, tal vez central, para la deferencia.

⁴⁷ Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *cit.*, pp. 1401-1405.

⁴⁸ Ahumada Ruiz, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁴⁹ En efecto, en una situación tal uno podría preguntarse: ¿para qué escuchar al afectado en sus derechos si, más allá de lo que diga, sus derechos estarán mejor protegidos por la decisión del Congreso que por la que eventualmente se dicte por el órgano encargado de oír la queja individual? Algo así como “el Congreso ya sabe qué quiere usted y cuáles son sus intereses, y sabe cómo realizarlos mejor que usted mismo. No hace falta escucharlo”.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, CS, *Morales Solá*, Fallos 319:2741 (1996).

bierto en posesión de una sustancia ilícita tenga la posibilidad de argumentar que, en sus circunstancias particulares, tal conducta se encuentra más allá del ámbito legítimo de regulación estatal prometido por la Constitución, aun cuando una mayoría del Congreso esté, en líneas generales, en desacuerdo.⁵¹ O que quien va a ser obligado a recibir bonos estatales de largo plazo de amortización en sustitución de una indemnización por daños físicos,⁵² o por el fallecimiento de un familiar,⁵³ o en cancelación de una deuda previsional⁵⁴ pueda expresarse respecto de cómo impacta eso en sus derechos y recibir las explicaciones del caso. Y así sucesivamente. No pensamos que la mera representación en el Congreso, por valiosa que fuere, sea suficiente. Tampoco parece que pensemos que el valor de la práctica se agota en la eventual posibilidad de mejorar la decisión.⁵⁵ Por el contrario, esta participación individual que posibilita el derecho a ser oído presenta un valor intrínseco, y contribuye a aumentar la legitimidad del sistema político. Veamos.

En el control judicial de constitucionalidad, concebido como efectivizando el derecho a ser oído, desaparece el ciudadano abstracto, destinatario de normas generales, quien es reemplazado por personas de carne y hueso, individuos con nombres e historias vitales distintas y peculiares, situados de manera diversa frente a la vida y a la norma, quienes reclaman a través del Poder Judicial una consideración de sus razones y circunstancias y una justificación que dé cuenta de ellas. Esta consideración de las circunstancias concretas, que solamente se muestran con toda nitidez en el marco de casos concretos, permite la creación de normas individuales que el legislador no pudo considerar. En cierto sentido, la aplicación de una norma podría ser la única ocasión de crear ciertas normas específicas.⁵⁶ Un crítico podría responder

⁵¹ Véanse, por ejemplo, CS, *Bazterrica*, Fallos 308:1392 (1986); CS, *Von Wernich*, Fallos 310:2836 (1987); CS, *Arriola*, Fallos 332:1963 (2009).

⁵² Véanse, por ejemplo, CS, D. 640. XLIV, 15/11/2011, *Dupuy*; CS, *Gómez*, Fallos 327:4067 (2004); CS, *Escobar*, Fallos 318:1593 (1995).

⁵³ Véanse, por ejemplo, CS, *Mesquida*, Fallos 329:5382 (2006); CS, *Petryszyn*, Fallos 331:2745 (2008).

⁵⁴ Véase, por ejemplo, CS, *Iachemet*, Fallos 316:779 (1993).

⁵⁵ Una cuestión adicional, vinculada al eventual valor instrumental del control judicial, pero que no es posible analizar aquí, es que los casos que comúnmente vemos de decisiones judiciales “erróneas” —aquellas de cuyos resultados discrepamos— suelen implicar la convalidación de decisiones políticas restrictivas de los derechos y no la invalidación de decisiones políticas que amplían derechos. Si ello es relevante o no a los fines de evaluar la práctica (si restringir derechos es más grave que ampliarlos) es algo que no puedo analizar en estas páginas.

⁵⁶ Uno podría preguntarse si alguna razón de este tipo, entre otras por supuesto, subyace a la transformación experimentada por los tribunales constitucionales europeos, que han ido

que eso puede ser así ocasionalmente, pero que a menudo lo que ocurre es que los jueces invalidan normas que regulan situaciones que sí fueron previstas. No obstante, en la concepción que aquí defiendo, el destinatario de la norma está mucho más cerca de ser partícipe de su creación, en lo que respecta a la norma individual que regirá su caso, que en la concepción que rechaza todo control judicial. La identificación entre autor y destinatario de la norma cuenta como una buena razón para justificar la legitimidad del derecho, y la mayor cercanía que existe en un sistema que reconoce el derecho a ser oído comparado con uno que no lo hace, simplemente aumenta la legitimidad de aquél. Este tipo de razones es independiente del estado de funcionamiento de un sistema legislativo representativo.

Desde una perspectiva ligeramente distinta, y concediendo *ad arguendo*, que idealmente las cuestiones de derechos deberían ser resueltas mediante una decisión colectiva simplemente mayoritaria, podría sostenerse que ello sería así únicamente si todos y cada uno de los individuos pudieran tomar parte efectiva de la discusión y decisión. La representación política parece ser un mal necesario, una circunstancia inevitable de las condiciones políticas modernas,⁵⁷ mas no la realización del ideal democrático que, entre otras cosas, requeriría la participación directa de los ciudadanos.⁵⁸ Dado que ese ideal regulativo no es alcanzable, es posible complementar las imperfec-

virando “del control de constitucionalidad al de «microconstitucionalidad», del control de la ley al control de la aplicación de la ley, de la preocupación por la constitucionalidad de la ley en abstracto, a la prioridad del examen de su constitucionalidad en relación con supuestos concretos de aplicación”, Ahumada Ruiz, *op. cit.*, p. 18. La autora citada analiza esta transformación desde otras perspectivas y brinda algunas otras razones para este proceso.

⁵⁷ De manera más extrema, podría sostenerse la imposibilidad absoluta de una democracia pura y estricta: “En un sentido estricto del término, nunca ha habido, y nunca habrá, una verdadera democracia. Es contra el orden de la naturaleza que la mayoría gobierne y la minoría sea gobernada. Es imposible imaginar un pueblo permaneciendo constantemente reunido en asamblea para atender los asuntos públicos... Si existiera una nación de dioses, se gobernaría a sí misma democráticamente. Una forma de gobierno tan perfecta no es para los hombres”, Rousseau, Jean Jacques, *Political Writings*, trad. y ed. de Frederick Watkins, Madison-Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1986, pp. 71-73.

⁵⁸ “La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser transferida. Consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no puede ser representada; la voluntad es propia de cada uno, o no lo es; no hay posibilidad intermedia. Entonces, los diputados del pueblo no son, y no pueden ser, sus representantes; son meramente sus agentes, y no pueden tomar decisiones finales. Toda ley que no ha sido ratificada por el pueblo en persona es nula; no es una ley. Los ingleses creen que son libres; están sumamente equivocados. Son libres únicamente cuando están eligiendo los miembros del parlamento; tan pronto como han sido elegidos, el pueblo inglés es esclavizado y reducido a la nada... Dado que la ley es solamente una declaración de la voluntad general, está claro que el pueblo no puede estar representado en el poder legislativo...”, *ibidem*, pp. 103 y 104.

ciones y defectos de legitimidad del sistema representativo, a través de un mecanismo que permita efectivamente a los individuos tomar parte y tener voz en las decisiones que, en definitiva, afectarán sus derechos concretos. Ese mecanismo complementario puede requerir apartarse de algunas de las condiciones que, si fuera posible el ideal, serían necesarias para su obtención.⁵⁹ Admitir el control judicial, como medio para hacer efectivo el derecho individual a ser oído puede restringir en alguna medida la extensión del sistema de iguales libertades políticas, de manera que podría ser juzgada por algunos como incompatible con una situación ideal. Otras condiciones de realización del ideal podrían tal vez verse afectadas. Pero dado que el ideal no es alcanzable, la situación óptima es aquella donde los individuos pueden ser oídos de manera real y efectiva.

Desde cualquiera de las dos perspectivas esbozadas, la legitimación democrática a través de razones procedimentales se extiende del proceso de creación de la norma al de su aplicación, y la deliberación mediante representantes en la fase de creación encuentra su contrapunto en la posibilidad de efectiva contradicción en la fase de aplicación, fase en la que —en última instancia— se determina el derecho concreto de un individuo.⁶⁰ Es allí donde, finalmente, el ordenamiento jurídico, en tanto producto del sistema político, toca la realidad vital de cada persona.

¿Es posible que, además, haya buenas razones instrumentales que puedan esgrimirse a favor del control judicial? Ciertamente. En primer lugar, es plausible creer que un diseño institucional que fuerza al Estado a justificar sus decisiones sobre derechos, mediante un proceso de deliberación en el que se escuchan las razones de los individuos, se consideran sus circunstancias y se escudriñan —tal vez con diferentes niveles de intensidad— las razones estatales, tenderá a mejorar los resultados sustantivos obtenidos. Kumm sostiene que el control judicial jugaría el rol de un interrogatorio de tipo socrático, donde el Estado debe dar razones que todos podrían razo-

⁵⁹ Podría entenderse esta parte del argumento como emparentada con la idea del “segundo mejor”. La teoría general del “segundo mejor” sugiere que, si hay una restricción cualquiera que impide el logro de una situación óptima en términos de Pareto, entonces las restantes condiciones necesarias, aunque alcanzables, no resultan ya deseables; en otras palabras, dado que una de las condiciones de la situación óptima no es alcanzable, entonces una situación óptima solamente puede ser alcanzable abandonando otras condiciones propias del óptimo original. La situación a la que se llega es la “segunda mejor”, porque es obtenida sujeta a una restricción que impide el logro del óptimo de Pareto. Véase Lipsey, R. G. y Lancaster, Kelvin, “The General Theory of Second Best”, *The Review of Economic Studies*, vol. 24, 1956-1957, p. 12.

⁶⁰ Agradezco especialmente a un lector anónimo de un borrador anterior el haberme llamado la atención sobre esta manera de condensar el argumento.

nablemente aceptar, y que —frecuentemente— permitiría descubrir ciertas patologías del sistema político, como las decisiones irreflexivas basadas simplemente en la tradición, convenciones, o aquellas basadas en concepciones del bien fuera de los límites de la razón pública —si uno acepta tal modo de concebir el debate público—, o las que resultan simplemente irrazonables bajo un test de adecuación de medios a fines.⁶¹ Es difícil creer que, en líneas generales, tal tipo de procedimiento no tienda a mejorar los resultados que produce el sistema político.⁶²

Una línea de exploración adicional que puede sugerirse es la vinculada con el potencial efecto nivelador de posibilidades de influencia que el control judicial parece tener.⁶³ Este efecto se basaría en dos características —contingentes, claro está— que el proceso judicial parece típicamente tener comparado con el proceso legislativo. En primer lugar, el “umbral de visibilidad” de un reclamo de derechos parece ser más bajo en el proceso judicial que en el proceso legislativo. Los tribunales parecen detectar casos de violaciones de derechos que, por su insignificancia social relativa —aunque puedan ser sumamente significativas respecto de los individuos involucrados—, por desidia general, o por cualesquiera otras razones, resultan invisibles en el ámbito legislativo. Para lograr que el sistema judicial detecte, en un sentido laxo, una violación de derechos se requiere, en principio, movilizar menos recursos que para lograr un efecto similar a nivel legislativo, al menos en los casos que no son extremadamente salientes.⁶⁴ Basta con conseguir un abogado, que en ocasiones puede ser incluso gratuito, y poco más, y al menos el planteamiento será oído con seriedad. En segundo lugar, el dinero parece tener un menor margen de influencia en la capacidad de afectar los resultados del proceso, si asumimos que no hay corrupción en ninguno de

⁶¹ Kumm, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

⁶² El argumento, como está expuesto aquí, es compatible con un sistema de control judicial débil, es decir, sin supremacía judicial. Para un análisis de la relación entre sistemas de control judicial sin supremacía y la línea argumental de defensa basada en el derecho a ser oído, véase Harel, Alon y Shinar, Adam, “Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review”, *International Journal of Constitutional Law*, 2011.

⁶³ Tomo las ideas básicas de Merrill, Thomas W., “Does Public Choice Justify Judicial Activism After All?”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 21, 1997, pp. 224-228, quien argumenta que es una “hipótesis razonable” que el “umbral de costos” es más alto en el ámbito legislativo que en el judicial, y que “la curva de oferta [de cambio legal] judicial se vuelve inelástica a precios mucho más bajos que la curva de oferta [de cambio legal] legislativa”.

⁶⁴ En igual sentido, Walen, Alec, “Judicial Review in Review: A Four-Part Defense of Legal Constitutionalism. A Review Essay on *Political Constitutionalism*”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009, pp. 341 y 342.

los dos ámbitos. Esta característica presenta dos aspectos, a su vez: por un lado, se requiere bastante menos dinero para interponer una acción judicial con posibilidades de éxito, que para hacer un planteamiento ante el Poder Legislativo con iguales posibilidades y, por otro lado, la utilidad marginal del dinero, en relación con las posibilidades de que un reclamo sea atendido, parece decrecer mucho más rápidamente en el proceso judicial que en el legislativo. Hablando en términos de dinero, tanto el “piso” como el “techo” parecen ser más bajos en la arena judicial que en la legislativa.

En general, para presentar un caso judicial con posibilidades de ganar no se requieren demasiados medios. Por cierto, disfrutar de recursos adicionales no perjudicará la causa. Con más dinero se pueden contratar más y mejores abogados, expertos que provean datos ciertos relevantes para la resolución del planteamiento, efectuar investigaciones más profundas relativas a cuestiones fácticas involucradas o a temas legales, entre otros aportes. Pero pasado cierto punto, más dinero no mejorará las posibilidades de ganar un juicio.

En el ámbito legislativo, la situación parece ser distinta. Para hacer un planteamiento con posibilidades de ser atendido, con frecuencia es necesario contar con un importante nivel de organización, que permita que el reclamo sea detectado por los legisladores e ingrese en la agenda legislativa. Los legisladores no están obligados a atender a los particulares, ni —lógicamente— a incluir sus pedidos en su agenda. Para lograr que lo hagan, un mayor nivel de organización y despliegue de recursos que el requerido en la arena judicial parece ser necesario. A la vez, el margen de influencia del dinero parece ser mayor. Uno puede pensar en una variedad de recursos que mejorarán la posición relativa del reclamo, cuya disponibilidad requiere dinero y organización. Pueden efectuarse donaciones a las campañas de los legisladores, ponerse a disposición espacios publicitarios, publicarse artículos de opinión o “noticias” que muestren al legislador bajo una luz favorable ante el público general, movilizarse grupos de personas que apoyen las medidas solicitadas con base en razones diferentes a su propia convicción sobre el asunto de fondo, efectuarse medidas de acción directa —cortes de rutas o calles, por ejemplo— poniendo a disposición recursos legales para defender a quienes sean eventualmente detenidos por razones vinculadas con la medida, entre muchos otros.⁶⁵ Esto no significa que no haya límites en cuanto a la efectividad del dinero como factor de influencia, pero sí pa-

⁶⁵ Por supuesto, algunos de estos recursos podrían ser utilizados también en el ámbito judicial, pero los jueces, por su posición institucional (no necesitan ser reelegidos, ni se encuentran directamente expuestos a las consecuencias inmediatas de un juicio negativo por

rece que ellos se encuentran en un nivel sustancialmente más alto que en el proceso judicial.

Un argumento de este tipo podría servir para despejar las dudas acerca de si efectivamente el control judicial permite que sean minorías las que deciden el contenido de los derechos. En realidad, desde esta perspectiva el control judicial aparece como potencial factor de nivelación de influencia política,⁶⁶ dando posibilidades a quienes se encuentran relativamente desarmados en el proceso legislativo.

A modo de simple ejemplo, puede tomarse el caso de la crisis económica argentina de 2001-2002. Se trata de un caso donde el diferencial de acceso al proceso político determina que ciertas minorías controlen la determinación de la extensión de los derechos constitucionales a través del proceso político, y donde el proceso judicial se constituye en una importante vía de participación de colectivos numerosos, pero con influencia muy relativa.

La salida de la convertibilidad de la moneda nacional con el dólar estadounidense que había imperado durante diez años,⁶⁷ superpuesta a una profunda dolarización de la economía, supuso un grave problema para el gobierno nacional. La solución a la que se llegó fue “pesificar” (esto es, transformar a pesos) todas las obligaciones en moneda extranjera. La “pesificación” final fue asimétrica: quienes tenían depósitos en dólares recibieron 1.40 pesos por cada dólar del depósito original, más un ajuste por inflación, mientras que quienes debían dólares al sistema financiero vieron convertida su deuda a pesos, a la relación 1 peso por dólar, más un ajuste por inflación.⁶⁸ Durante los primeros años posconvertibilidad, el dólar libre se disparó por encima de la inflación. Ello, sumado a otras restricciones a la libre disponibilidad de los fondos depositados en los bancos, generó que los depositantes enfurecieran ante lo que consideraban un despojo de sus derechos. Las discusiones sobre la extensión de la protección de ciertos derechos constitucionales (en el caso, primariamente los derechos de propiedad) eran ciertamente salientes. El reclamo de quienes entendían vulnerados sus derechos patrimoniales como consecuencia de las medidas de emergencia tenía indudable visibilidad política. A pesar de ello, la distribución de los

parte de la opinión pública, entre otros factores), parecen ser menos sensibles que los legisladores a los incentivos creados a través de estos medios.

⁶⁶ Más allá de lo que pueda sostenerse respecto de si el objetivo central de la democracia es o no la implementación de la igualdad política plena, como se plantea en Spector, *op. cit.*, p. 244.

⁶⁷ La llamada “convertibilidad” rigió desde abril de 1991 (Ley 23.928) hasta enero de 2002 (Ley 25.561).

⁶⁸ Véanse Ley 25.561 (especialmente artículos 6o. y 11) y Decreto 214/02.

costos del plan de superación de la crisis fue condicionada fuertemente por la presencia de los lobbies de otros sectores interesados. Concretamente, el sector financiero y el autodenominado “Grupo Productivo” (conformado por el sector industrial, de la construcción y agrario), quienes más allá de su dispar grado de afinidad con el gobierno de transición encabezado por Eduardo Duhalde, lograron que las medidas de emergencia los beneficiaran, a costa de los ahorristas y de la sociedad entera. La distribución de los costos de reorganizar el sistema financiero fue claramente regresiva,⁶⁹ y el lobby financiero-productivo fue eficaz en orientar la política en el sentido de sus intereses.⁷⁰ Los ahorristas atrapados por la normativa de emergencia, a pesar de constituir un colectivo numéricamente significativo, no tenían acceso a los cenáculos del poder ni participaban de las reuniones en las que se decidía el destino de sus derechos. Obviamente, sus intereses no recibieron el mismo grado de consideración en el campo político. Su reclamo encontró algún eco, sin embargo, en la justicia. El Poder Judicial se constituyó en un canal a través del cual los ahorristas pudieron discutir la extensión de sus derechos en una situación de crisis, y adicionalmente consiguieron resultados que morigeraron en alguna medida la extensión de sus daños.⁷¹

Es sumamente relevante tener en cuenta que el perfil del ahorrista medio que recurrió a la justicia en procura de defensa de sus derechos es el de un pequeño o mediano ahorrista, o de un ahorrista en situación de vulnerabilidad. El cuarenta y ocho por ciento de los depósitos atrapados por las normas de emergencia correspondían a sumas de cinco mil o menos dólares, y existe evidencia de que alrededor del setenta por ciento de los litigios involucraron sumas inferiores a treinta mil dólares.⁷² También hay indicios relativos a la significativa proporción de litigantes en estado de necesidad individual.⁷³ Es decir, colectivos relativamente vulnerables y políticamente poco influyentes fueron los principales usuarios de la justicia en la crisis.

Los depositantes de sumas verdaderamente importantes no necesitaron recurrir a la justicia: ellos se habían anticipado a la emergencia y, a través

⁶⁹ He analizado el tema en Elías, José Sebastián, “Against Regressive Redistribution: The Case of Argentina as the Basis for a Qualified Defense of the Judicial Defense of Property Rights”, manuscrito, 2012. Para un análisis similar, desde una perspectiva sociopolítica, véase Cobe, Lorena, *La salida de la convertibilidad. Los bancos y la pesificación*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2009.

⁷⁰ Cobe, *op. cit.*, pp. 47-96.

⁷¹ Elías, “Against Regressive...”, *cit.*; Elías, José Sebastián, “«Massa» y la saga de la pesificación: lo bueno, lo malo y lo feo”, *Jurisprudencia Argentina*, t. II, 2008.

⁷² Elías, “Against Regressive...”, *cit.*

⁷³ *Idem.*

del retiro de sus fondos, habían contribuido a su causación.⁷⁴ Los grandes deudores del sistema, que en muchos casos eran también ahorristas informados y con estrategias sofisticadas de manejo de riesgo que se anticiparon a las medidas de emergencia,⁷⁵ tampoco necesitaron de la justicia para esgrimir sus razones. Se hicieron escuchar a través de su propia fuerza política, y lograron determinar la extensión de los derechos en beneficio propio. Huelga decir que grandes ahorristas y grandes deudores no constituyen mayorías políticas, y su poder e influencia excede largamente su relativa insignificancia numérica.⁷⁶ En el caso, el Poder Judicial parece haber actuado como un canal que amplió, antes que redujo, la participación ciudadana en el proceso de determinación de derechos.

No hay espacio aquí para desarrollar otros casos, pero no sería difícil pensar numerosas situaciones adicionales donde se presenta un fenómeno similar al analizado rápidamente en las líneas anteriores. O donde, en cambio, el problema pasa por la falta de visibilidad política de los reclamos relativos a los derechos constitucionales.

III. CONCLUSIÓN

Creo que la justificación del control judicial ha de discurrir por dos carriles distintos, de tipo intrínseco e instrumental, y que hay buenas líneas argumentales para intentar su defensa sobre esa base mixta. Aquí no he intentado más que esbozar algunas de las ideas que pueden utilizarse en aquella empresa. El derecho a participar a través del voto es central en la construcción de la legitimidad del orden político, pero seguramente es insuficiente. La legitimidad pasa también por cierta calidad de los resultados del proceso político y por la posibilidad de tener una participación efectiva en las decisiones que

⁷⁴ *Idem*. Para un análisis detallado de las cifras involucradas en el proceso, véase Comisión Especial de la Cámara de Diputados 2001, *Fuga de Divisas en la Argentina. Informe Final*, Buenos Aires, Flasco-Siglo XXI Editores Argentina, 2005.

⁷⁵ A modo de simple ejemplo, el deudor más grande del sistema financiero en diciembre de 2001 era “Pecom Energy S.A.”, con una deuda de trescientos catorce millones de dólares, y fue al mismo tiempo la entidad que realizó las mayores transferencias de capitales al exterior durante 2001, con un monto total transferido de casi mil novecientos millones de dólares. Véanse Banco Central De La República Argentina, *Publicación de Información de Entidades Financieras*, p. 2, Diciembre de 2001, disponible en <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/entfinan/200112c.pdf> (fecha de consulta: 8 de marzo de 2012) y Comisión Especial de la Cámara de Diputados 2001, *Fuga de Divisas en la Argentina...*, *cit.*, p. 141.

⁷⁶ El 48% del total de stock de deuda “pesificada” correspondía a unos 1.220 grandes deudores. Véase Elías, “Against Regressive...”, *cit.*

involucran los derechos de cada uno. El control judicial, si bien no garantiza *per se* buenos resultados, sí permite que los individuos sean oídos en lo que a sus derechos respecta, y exige al Estado la justificación circunstanciada de las medidas que restringen (o deniegan) derechos, generando al mismo tiempo la posibilidad de que las decisiones que se tomen sean efectivamente mejores. A la vez, puede ser concebido como un mecanismo de igualación relativa de la influencia individual o grupal en el proceso político.⁷⁷ Tal vez nada de ello sea absolutamente concluyente, pero —pienso— dista mucho de ser poco, y vale la pena examinar esas posibilidades con atención.

⁷⁷ Si esto último ocurre efectivamente en un sistema político dado, es algo que debería ser objeto de adecuada demostración empírica, pero mi intuición es que efectivamente es así en muchos casos.