Del reino de los jueces al reino de los políticos

Roberto GARGARELLA

INTRODUCCION

En este escrito me propongo, en primer lugar, explorar los alcances de un reclamo habitual dentro del ámbito jurídico contemporáneo, y según el cual un gobierno democrático no debe admitir la posibilidad de un "gobierno de los jueces" (esto es, de un sistema en donde los jueces tiendan, de hecho, a ocupar el lugar de los políticos). Aunque defenderé, en líneas generales, la virtud de este reclamo, mi principal objetivo será el de mostrar la pobreza de una proposición diferente, de algún modo vinculada con la anterior: la idea de que la democracia requiere el reconocimiento de márgenes de acción amplios y más bien discrecionales hacia el poder político, tal como hoy está organizado.

Si pretendo detenerme en el examen de ambas proposiciones es porque ellas suelen ser presentadas una como contracara de la otra. En efecto, y típicamente, muchos de quienes defienden amplios márgenes de discrecionalidad para el poder político parecen sostener criterios como el siguiente: "rechazada la inaceptable posibilidad de un gobierno de los jueces, no tenemos más que reconocer lo obvio, que el gobierno debe ser desarrollado, plena y exclusivamente, por los poderes políticos". En este escrito, intentaré clarificar este reclamo, más bien opaco, para separar lo razonable de lo que no parece serlo. Procuraré, en tal sentido, mostrar el "espacio lógico" que existe entre ambas proposiciones —la afirmación según la cual "el gobierno de los jueces resulta inadmisible", y aquella otra que dice que "quienes deben gobernar son los políticos y no los jueces"—. Trataré de desarrollar esta idea mostrando, en primer lugar, lo razonable que puede ser la crítica a una cierta discrecionalidad judicial, para luego mostrar lo irrazonable de su aparentemente obvia contracara, a la cual denominaré la "tesis fuerte" acerca (de los márgenes de acción posibles) del poder político .

ACERCA DE LA DIFICULTAD QUE EXISTE PARA JUSTIFICAR CIERTAS ACCIONES JUDICIALES

La necesidad de limitar el marco de acción de los jueces —hasta evitar un posible "gobierno de la judicatura"— encuentra fundamento en casi cualquier concepción razonable de democracia. Una presentación más o menos clásica de esta visión diría que, si queremos defender la idea de que la ciudadanía se autogobierne -la idea de que la ciudadanía se rija a partir de los dictados de su propia voluntad, y no a partir de la voluntad de una autoridad externa y ajena a ella- entonces, resulta inaceptable la posibilidad de que el poder judicial sea capaz de declarar inválidas (y, en definitiva, de reemplazar) las decisiones mayoritarias. De acuerdo con este tipo de razonamiento, no se justifica que un grupo de jueces cuyos miembros no son electos por la ciudadanía, y cuya autoridad no está sometida a ratificación ni estricto control por parte de aquella, sea capaz de pronunciar "la última palabra" frente a todo tipo de conflictos legales fundamentales.

Aunque clásica, la presentación anterior está lejos de resultar incontrovertible. De hecho, en la mayoría de las sociedades occidentales modernas se tienden a aceptar formas más o menos amplias de control judicial sobre la actividad de los legisladores. Para justificar esta posibilidad se tienden a dar argumentos que también reconocen una raíz común, más o menos clásica. El tipo de justificaciones a las que me refiero suelen apoyarse en un argumento presentado por Alexander Hamilton a finales del siglo XVIII, ante algunos incipientes cuestionamientos frente al posible rol de los jueces dentro de un gobierno republicano. En efecto, en un trabajo aparecido en lo que hoy conocemos como el libro "El Federalista", y que lleva por número el 78, Hamilton demostró ser el líder político que, por entonces, advirtió con mayor claridad y agudeza el tipo de problemas que el control judicial podía llegar a generar. En el citado escrito, Hamilton defendió la posibilidad de un control judicial de las leyes, negando (lo que hoy denominaríamos) las posibles implicaciones antidemocáticas de dicho control.

El razonamiento de Hamilton fue el siguiente: En primer lugar, el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa, no implica de ningún modo la superiodidad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco importa poner en cuestión la "voluntad soberana del pueblo". Muy por el contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, *el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo.* Para decirlo con las palabras de Hamilton: "[mi razonamiento] no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son".[1]

[1] *El Federalista*, de James Madison, Alexander Hamilton, y John Jay (Fondo de Cultura Económica, México, 1957).

Con argumentos tan sencillos como los enunciados, Hamilton invertía, directamente, las eventuales críticas al poder judicial: ante la posible impugnación de la capacidad judicial para anular las normas legislativas, respondía diciendo que la misma constituía una práctica defendible y valiosa, justamente, como un medio para asegurar la protección de la voluntad de las mayorías. El verdadero peligro, la verdadera amenaza a la autoridad suprema del pueblo surgía si se le negaba a los jueces su capacidad revisora o —lo que parecía ser lo mismo— si se autorizaba, implícitamente, la promulgación de leyes contrarias a la Constitución.

La argumentación presentada por Hamilton —y luego retomada por el juez Marshall en el famoso caso "Marbury v. Madison" (5 U.S., 1 Cranch, 137, 1803) — pasó a constituirse, desde entonces, en una de las más sólidas y difundidas defensas del control judicial. En cualquier país que acepta la revisión judicial de las leyes, se recurre a dichos similares a los de Hamilton: porque se pretende el "autogobierno" del pueblo, porque se pretende mantener inviolada la autoridad del pueblo —enraizada en la Constitución— es que se requiere un órgano capacitado para revisar la validez de las leyes.

A pesar de la sencillez y aparente contundencia del razonamiento de Hamilton, corresponde decir que el mismo está sujeto a una multiplicidad de problemas muy serios. Aquí voy a hacer referencia sólo a una de tales dificultades que, en mi opinión, conlleva una simple y también demoledora crítica a aquella tradicional y bastante aceptada justificación de la tarea de los jueces.[2] A este argumento de crítica voy a llamarlo el *argumento sobre la interpretación*. El argumento sobre la interpretación sostiene básicamente lo siguiente: cuando el defensor del control de constitucionalidad se refiere a la tarea judicial, lo hace presuponiendo el carácter nada problemático de la interpretación. Quiero decir, el mismo asume que la tarea de los jueces frente a la Constitución es una tarea más bien automática. Al parecer, para conocer qué es lo que dice la Constitución bastaría con tomar el texto fundamental y leerlo. Luego, y dada la aparente transparencia de este proceso, podría afirmarse que los jueces no hacen nada más que "leer la carta magna a viva voz" para dar vida, así, a la voluntad popular plasmada en ella. Los jueces, entonces, y simplemente, nos harían saber qué es lo que decían los constituyentes y qué es lo que nosotros, o algunos de entre nosotros, pareció haber olvidado.

Ocurre, sin embargo, que los jueces hacen mucho más que llevar adelante una "mera lectura" de la Constitución. En efecto, en algunos casos, los jueces "incorporan" al texto soluciones normativas que no estaban —al menos, explíctamente— incorporadas en el mismo. Sólo para citar un caso, considérese, por ejemplo, una cuestión tan ajetreada y conflictiva como la referida al aborto: la mayoría de las Constituciones no dicen absolutamente nada acerca del aborto -como no dicen nada acerca de infinidad de otras cuestiones, escapándole (razonablemente) al riesgo de desarrollar una Constitución extensísima- pero la mayoría de los jueces asumen —en ese caso, como en tantos otros— la tarea de "desentrañar" posibles respuestas a tales dilemas, como si tales respuestas residieran en los intersticios de la Constitución. Obviamente, en este tipo de casos, una defensa como la de Hamilton-Marshall resulta resentida: no puede decírsenos, entonces, que los jueces "simplemente" nos señalan lo obvio, lo que no habíamos visto, esto es, la voluntad de quienes redactaron la Constitución. Esa voluntad no estaba explicitada en el texto, y los jueces, entonces, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: la de reemplazar a los legisladores —a la voluntad ciudadana, en general— en la resolución de cuestiones fundamentales. En el ejemplo en cuestión, nótese, una minoría de jueces decide, en nombre y en lugar del resto de la ciudadanía, qué es lo que *debe* hacerse en materia de política abortista.

Situaciones como las citadas, de todos modos, no se presentan exclusivamente en los casos en que falta una consideración constitucional explítica acerca de determinados "casos difíciles". Bien puede ocurrir, por caso, que la Constitución haga clara referencia a una determinada solución normativa pero, frente a un caso concreto, no sepamos qué interpretación exacta otorgarle. Tomemos, por ejemplo, una cuestión normalmente acogida y resuelta, de algún modo, por todas las Constituciones modernas, como lo es el de la libertad de expresar nuestras ideas por la prensa. Cualquier Constitución garantiza del modo más amplio posible el respeto de tal libertad. Pero ¿qué es lo que nos ordena dicho precepto, en aparencia tan obvio y poco problemático, en el caso de que nos enfrentemos a una proclama antidemocrática que los editores de un cierto diario se niegan a publicar? ¿y qué nos dice respecto de las publicaciones pornográficas? ¿y qué acerca de la posibilidad de que la prensa desvele "secretos establecidos en favor de la seguridad nacional" (i.e., la fórmula para el armado de un artefacto nuclear)? Esto es, aún los artículos más claros de la Constitución se tornan relativamente imprecisos frente a casos concretos, y exigen de un difícil proceso interpretativo. Luego, si es que los jueces quedan legitimados para dar -con carácter final- la interpretación "adecuada" de los textos constitucionales, entonces, imperceptiblemente son ellos quienes, en última instancia, terminan decidiendo cuestiones fundamentales que, bien podría pensarse, corresponde que sean decididas democráticamente. En efecto, si consideramos los ejemplos citados, nos encontramos con que los jueces, y no los ciudadanos o sus representantes, estarían decidiendo sobre la posibilidad de que se difundan o no ciertas ideas; sobre la posibilidad de que se consuman o no publicaciones que —conforme a cierto sector de la población— resultarían inmorales; sobre la posibilidad de que algunos accedan al conocimiento de información potencialmente dañosa. Y es este poder extraordinario que quedaría concedido a los jueces, y no al "pueblo", lo que re-

[2] Examino otras críticas posibles en mi trabajo *La justicia frente al gobierno* (Ed. Ariel, Barcelona, 1996)

sulta, razonablemente, puesto en cuestión por el argumento de la interpretación. A partir de este tipo de criterios, en última instancia, un jurista como Alexander Bickel contribuyó a hacer renacer la crítica a (lo que él denominó) el "carácter contramayoritario" del poder judicial.[3] En su opinión, la revisión judicial representa "el poder de *aplicar y dar forma a la Constitución, en cuestiones de la mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión judicial.*" [4] Desde el trabajo de Bickel, en particular, el cuestionamiento a la legitimidad del poder judicial se convirtió en un tópico común entre los académicos y profesionales del derecho.[5] Muchos de ellos se preguntaron, entonces: si es que alguno de los poderes de gobierno deben encargarse de interpretar la voluntad popular ¿por qué no confiar dicha misión a los órganos de representación popular?[6]

Frente a lo que resulta, en mi opinión, el fracaso de la línea más tradicional de justificación del control judicial (la defendida por Hamilton) ha habido algunos otros, nuevos intentos, por alcanzar aquél mismo objetivo. Sin embargo, y según creo, ninguno de estos intentos ha logrado articular una defensa sólida y convincente del control judicial —o, al menos, del control judicial tal como acostumbra a ejercerlo en la actualidad-. Entre estos desafortunados intentos mencionaría —más por su popularidad que por su plausibilidad— los dos siguientes.[7]

Primero, puede citarse la idea de que la revisión judicial de las leyes se justifica debido a la frecuencia de los errores legislativos, y la necesidad de repararlos. Este argumento parte de asumir lo que parece obvio —que el parlamento acostumbra a decidir de modo imperfecto, y que es importante remediar tales imperfecciones—, para sostener luego que la Constitución delega en la justicia la tarea de salvaguardar a la ciudadanía ante tales errores legislativos. Esta línea de argumentación, aunque típica dentro de las discusiones jurídicas cotidianas, resulta enormemente inatractiva. Ante ella, por ejemplo, cabe señalar: i) que si la actividad del parlamento está justificada en líneas generales, pero sujeta a errores, corresponde reforzarla o mejorarla, y no reemplazarla —que es lo que de hecho ocurre con la revisión judicial— por la actividad de otro organismo;[8] ii) que las equivocaciones y excesos del parlamento no nos proveen de ningún argumento en favor de la actividad del poder judicial (del mismo modo en que, por ejemplo, los fallos del sistema político de Weimar no proveían ninguna defensa a la idea de que viniera algún "jefe máximo" a reemplazar a la legislatura); iii) que este tipo de argumentaciones aparecen desconociendo los habituales y también graves errores que tienden a distinguir la labor de los tribunales.

En segundo lugar —y como un nuevo intento de defender el control judicial de las leyes, en el modo "amplio" en que hoy se lo ejerce— podría citarse una idea que dice lo siguiente: dado que nuestra democracia se orienta, naturalmente, a satisfacer las pretensiones de la mayoría, necesitamos de procedimientos especiales que nos ayuden a salvaguardar los derechos de las minorías. De lo contrario, las mayorías podrían, directamente, pasar por encima de aquellas, conforme a los meros impulsos que coyunturalmente las motiven. El poder judicial, en este sentido, aparecería como el órgano constitucionalmente encargado de la tarea de proteger a las minorías. Por ello, y para ello —sigue este argumento— se justifica que sus miembros no surjan de la elección popular ni puedan ser desplazados de sus cargos por medio de decisiones mayoritarias. Dicho esto cabe señalar, sin embargo, que nuevamente nos encontramos ante una defensa poco plausible de la labor judicial. El argumento citado se caracteriza por incurrir en una falacia muy común, que es la de derivar del carácter no-mayoritario (no dependiente de las mayorías) de los jueces, su supuesta inclinación a defender los derechos de las minorías. En efecto, puede ser razonable predecir que si todos los órganos de nuestro sistema institucional responden a las mayorías, luego, las minorías pueden llegar a encontrarse, fácilmente, en problemas. Sin embargo, dicho criterio no nos proporciona ninguna razón para prolongar el argumento enunciado y decir que un órgano no-mayoritario va a garantizarnos mejor que uno mayoritario la defensa de las minorías: del hecho que los jueces no representen a las mayorías, numéricamente hablando, no se deriva que los mismos representen (o, más bien, tengan una motivación especial para defender) a la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad (aludiendo con la idea de minorías, por ejemplo, a grupos minoritarios en número, como el de los homosexuales, o aun grupos numéricamente mayoritarios pero políticamente débiles, como el de las mujeres).

---

[3] Desde las primeras páginas de su famoso famoso libro "The Least Dangerous Branch", Bickel niega la validez de los argumentos de Hamilton y Marshall. Ambos presentaban argumentos engañosos —afirmó Bickel— porque invocaban al pueblo para justificar la revisión judicial cuando, en realidad, lo que ocurría, es que se estaba frustrando "la voluntad de aquellos que efectivamente represenla[ban] al pueblo". Los jueces —agregaba— "ejercen un control que no favorece a la mayoría prevaleciente, sino que va contra ella. Esto... es lo que realmente ocurre... esta es la razón por la que se puede acusar al poder de revisión judicial de ser antidemocrático." Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Bobbs-Merrill Educational Publishing. Indianapolis, 1978), pág. 17.

[4] Ibid., pág. 20, el subrayado es mío.

[5] De acuerdo con Lawrence Tribe, tal vez la voz más respetada dentro del derecho constitucional norteamericano, "en una sociedad política que aspira a una democracia representativa o al menos a tener un sistema de representación popular, los ejercicios del poder que no pueden encontrar justificación última en el consenso de los gobernados resultan muy difíciles, sino imposibles, de justificar." *American Constitutional Law* (Mineola, New York, The Foundation Press, Inc., 1978), p. 48.

[6] Ver, por ejemplo, John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy* (Cornell University Press), p. 52.

[7] Analizo y critico otras defensas usuales del control judicial, como la presentada por Bruce Ackerman *(We the People: Foundations*, Harvard U. P., 1991), en *La justicia...*

[8] En efecto, el argumento de la "corrección al legislativo" podría tener alguna plausibilidad —conforme veremos— si el órgano "corrector" se limitase a señalar los errores legislativos, o a instarle la enmienda de los mismos. Lo que ocurre en la práctica, en cambio, es que el poder judicial termina tomando decisiones "sustantivas" (para llamarlas de algún modo) que implican asumir la autoridad que le corresponde al legislativo y no a sí mismo. Más adelante, indirectamente, vuelvo sobre este punto.

DEL REINO DE LOS JUECES AL REINO DE LOS POLITICOS: UN PASO SIN JUSTIFICACION

Llegados a este punto, alguien podría proclamar el éxito de la "tesis fuerte" sobre el poder político (esto es, la postura según la cual los poderes políticos —el jefe del ejecutivo, los legisladores—, y no los jueces, son los exclusivos encargados de organizar el gobierno de la sociedad). Sin embargo, esta posición se encuentra sujeta a diversos y muy significativos problemas. Permítanme señalar por qué, examinando los distintos reclamos que el defensor de la "tesis fuerte" podría presentar.

En primer lugar, podría decírsenos que la crítica a la modalidad con que el poder judicial desempeña alguna de sus tareas viene a desautorizar *todo* tipo de control judicial sobre el poder político. Sin embargo, esta afirmación dista de ser cierta. Ninguna de las argumentaciones desarrolladas en la primera parte de este trabajo obstaculizan la posibilidad de justificar *algún* tipo de control judicial. Claro está que, en razón de aquellas argumentaciones, deberán admitirse restricciones importantes sobre la tarea judicial, sobre todo si es que tenemos en cuenta las formas y el alcance con que dicha función tiende a ejercerse en la actualidad. Por lo dicho en la primera sección de este trabajo, por ejemplo, no resulta aceptable que el poder judicial intervenga en todo tipo de cuestiones de constitucionales, con la capacidad de tomar el lugar de la ciudadanía y los órganos que la representan y decidir así, en lugar de aquellos, pronunciando la "última" (y prácticamente incontrovertible) palabra institucional. Sin embargo, es dable imaginar formas más restringidas y mejor justificadas para la tarea de control judicial. De hecho, algunos de los desarrollos más interesantes del derecho constitucional contemporáneo vienen a explorar, justamente, este tipo de posibilidades. Con las reservas del caso, y pese a las razonables objeciones que, según entiendo, algunas de estas propuestas merecen, mencionaría algunas de entre tales propuestas. Así, por ejemplo, la presentada por John Ely, quien ha defendido una restringida visión del control judicial, orientando a éste, exclusivamente, a casos vinculados con la defensa de los procedimientos democráticos y la protección de las minorías. O, también, la defendida por Carlos Nino, quien ha extendido una propuesta como la anterior hasta abarcar dos objetivos adicionales —el más importante, la protección de la moral privada—.[9] Menciono tales propuestas, en definitiva, no tanto porque crea que conviene suscribirlas, sino porque me parecen intentos importantes que ayudan a resaltar lo que me interesa: que es posible imaginar formas de control judicial más restringidas y, así también, más justificadas, que las modalidades actuales del mismo.[10]

En segundo lugar, el defensor de la "tesis fuerte" acerca del poder político podría intentar (como suele hacerlo, al menos implícitamente) apoyar sus reclamos de poderes muy amplios para el poder político, a partir de (lo que podríamos llamar) la "tesis de la correspondencia" o "identificación" entre los ciudadanos y sus representantes. Se entiende, si esta "tesis de la correspondencia" fuera cierta, luego, sería razonable exigir —al menos— márgenes de acción muy amplios para los funcionarios políticos. Sin embargo, parece claro —aunque necesitemos decirlo— que existen múltiples dificultades que convierten en ilusoria esa pretendida identificación entre elegidos y electores. Piénsese, sólo para mencionar algunos ejemplos, en los problemas que existen para "expresar" la voluntad democrática, y que han quedado formalizados en el conocido teorema de Arrow;[11] o piénsese, sino, en las obvias dificultades que existen para "discernir" el significado preciso -el "mensaje exacto"- de una cierta votación, llevada adelante por una multiplicidad de personas, seguramente a partir de motivaciones muy diferentes.

Una vez dicho esto, corresponde agregar que las defensas habituales y más razonables del gobierno democrático se orientan a justificar la autoridad de los ciudadanos, y no necesariamente la autoridad de sus representantes. Quiero decir, y aunque no haya sido siempre así, no resulta nada fácil defender el gobierno representativo por sus potenciales virtudes intrínsecas y no, simplemente, como un "mal necesario": todos tendemos a reconocer el valor del ideal del "autogobierno", pero no todos consideramos obvia la inmediata justificación del sistema representantivo, más que como un sistema "remedial", una mera opción de "segundo mejor".[12] Por ello, una vez que aceptamos la implausibilidad de la "tesis de la correspondencia", y reconocemos la superioridad de la autoridad de los ciudadanos por sobre la autoridad de sus representantes, luego se desprende, naturalmente diría, una pretensión directamente contraria a la que se quería justificar: un rechazo a los márgenes de acción amplios para el poder político, acompañada de una justificada exigencia de *control* de los ciudadanos sobre sus representantes —control éste que, en todo caso, podrá ejercerse a través de medios judiciales o, aún extrajudiciales—.[13] En definitiva, la necesidad de que se establezcan controles firmes sobre el poder político encuentra apoyo en la importancia de preservar la autoridad última y superior de los ciudadanos.[14]

---

[9] John Ely, *Democracy and Distrust* (Harvard U. P., 1980); Carlos Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (Yale U. P., 1996). Ver, tambien, Cass Sunstein, *The Partial Constitution* (Cambridge, Harvard U. P., 1993).

[10] De todos modos, me extiendo en las consideraciones criticas sobre propuestas como las mencionadas en, *La justicia..*

[11] Kenneth Arrow, *Social Choice and Individual Values* (New York. Wiley, 1963).

[12] Me extiendo sobre este tipo de cuestiones en mi trabajo *Nos los representantes* (Ed. Miño y Dávila, Bs. Aires, 1995).

[13] A lo largo de la historia se intentaron una multiplicidad de formas de control extra-judiciales sobre la autoridad, con mayor o menor suerte. Desde el dictado de instrucciones irrenunciables y la posible revocatoria de mandatos, pasando por la rotación obligatoria en los cargos públicos, las elecciones más frecuentes, el aumento en el número de representantes, los juicios politicos, etc

[14] Los mencionados controles pueden resultar necesarios para i) impedir que los representantes tomen decisiones que sean rechazadas por la voluntad mayoritaria —lo que implica reconocer el obvio fracaso de la "tesis de la correspondencia" enunciada mas arriba—; ii) castigar abusos de autoridad —esto es,

En tercer lugar, y aún admitiendo la necesidad de cierto tipo de controles (aún, de controles judiciales) el defensor de la "tesis fuerte" acerca del poder político podría decir a su favor algo como lo siguiente: "aunque reconozco la implausibilidad de la tesis de la correspondencia, y la justificación de ciertos controles, exijo igualmente márgenes de acción amplios para los poderes políticos porque, en definitiva, alguien debe gobernar, y no es posible —en el marco de las democracias modernas— instaurar (algo así como) una democracia plebiscitaria". Sin embargo, nuevamente, este es un argumento que termina volviéndose en contra del defensor de la "tesis fuerte". Ocurre que, otra vez, dicho defensor incurre en una falacia de composición al equiparar las obvias dificultades prácticas existentes para instaurar una democracia directa, con la imposibilidad de promover medidas en favor de una mayor intervención pública en la toma de decisiones. Y nada parece negar esta última posibilidad (que además resulta justificada cuando admitimos la superioridad de la autoridad ciudadana por sobre la autoridad de sus representantes). De hecho, es dable pensar en la apertura de nuevos foros de discusión pública, más allá del parlamento; como es dable pensar en medidas que permitan la expresión de la hoy inaudible voz de los más desaventajados; medidas que impidan que la libre difusión de ideas dependa sólo del dinero de cada uno; medidas destinadas a abrir a la sociedad la información de Estado que hoy se le niega; medidas destinadas a facilitar, en definitiva, que los ciudadanos ejerzan el poder que les pertenece, reafirmando lo que debiera ser obvio: que ellos y no sus representantes son los exclusivos dueños del poder político.

SINTESIS FINAL

En este trabajo me interesó mostrar, en primer lugar, que existen buenas razones para rechazar un hipotético "gobierno de los jueces", dentro de un sistema democrático. Sin embargo, el objetivo principal de mi trabajo fue el de mostrar que el rechazo de la posibilidad anterior en nada justifica un sistema en donde los poderes políticos gocen de amplios (y, más bien discrecionales), márgenes de acción. Procuré mostrar, entonces que entre la primera afirmación (el rechazo al "gobierno de los jueces") y la última (el reconocimiento de una amplia discrecionalidad en favor de los poderes políticos) existe un amplio "espacio lógico". Dentro de dicho espacio, por ejemplo, es posible justificar ciertas formas de activismo judicial, del mismo modo en que puede defenderse la adopción de muy estrictos —y cada vez más necesarios— controles (judiciales o extrajudiciales) sobre los representantes de la ciudadanía

sancionar los ejercicios indebidos del poder delegado—; iii) asegurar una creciente afinidad entre la voluntad de ciudadanos y la voluntad de sus representantes —clarificando y precisando, a su vez, la voluntad de ambos—; iv) garantizar la preservación de ciertas condiciones básicas de cualquier sistema democrático —condiciones tales como la libertad de expresión, de conciencia, de asociación, etc.—; v) preservar y reforzar la discusión pública —esto es, el debate y mutuo escalrecimiento entre los puntos de vista de aquellos sujetos potencialmente afectados por una cierta decisión, antes de que ésta se tome—; vi) impedir que el poder democrático pretenda extender su alcance sobre esferas que debieran estarle vedadas —por ejemplo, las acciones personales que no importan daños sobre terceros—; etc.