

SEBASTIÁN LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, 334 pp.

Por ANA MICAELA ALTERIO*

El libro que nos presenta el profesor Linares aborda de lleno su tesis de que «el control judicial de las leyes, bajo una constitución rígida, significa una afrenta a los valores que dan sentido a un gobierno democrático y a los valores de igual dignidad y autonomía personal».

Como se puede imaginar el o la lectora, construir las premisas que llevan a esa conclusión, no es una tarea sencilla. Sobre todo estando inmersos en sistemas que, cada vez más, consagran modelos robustos de justicia constitucional como esenciales para las democracias mismas. Así, los llamados «modelo americano» y «modelo europeo», de los que se nutre la filosofía política y la teoría del derecho occidentales contemporáneas, han diseñado instituciones que dejan la última palabra sobre las cuestiones constitucionales, en manos de los jueces.

Linares nos insta a que no asumamos este hecho tan ligeramente y, valiéndose de un enfoque interdisciplinario –que no sólo se vale de la filosofía y la teoría señaladas, sino también de proposiciones empíricas y programáticas propias de la ciencia política y la ingeniería institucional, respectivamente–, nos invita a cuestionar el poder que tienen los jueces para vetar leyes del Congreso e imaginar formas de organización institucional alternativas.

Es justamente en ese punto donde se encuentra la novedad y el aporte que el autor hace a la discusión académica, es decir, en la elaboración de pautas para pensar sistemas constitucionales más democráticos, dialógicos e inclusivos. Estas propuestas permiten apreciar que el autor es un ferviente defensor de la democracia deliberativa y un deudor de los trabajos

* Doctoranda Universidad Carlos III de Madrid, becaria MAEC-AECL.

de Carlos Nino, Roberto Gargarella, José Luis Martí, Víctor Ferreres y Jeremy Waldron, principalmente.

La obra se divide en seis capítulos que transitan recurrentemente por los mismos problemas, aunque desde diferentes perspectivas y con matices. En lo que sigue, intentaré hacer una breve reseña de cada uno de ellos, para llegar –como lo hace el autor–, a unos comentarios finales.

El capítulo primero se centra en la legitimidad de las decisiones políticas. Este asunto, propio de la filosofía, es abordado básicamente desde dos corrientes enfrentadas: el procedimentalismo y el sustantivismo. El autor para analizarlas, parte del «hecho del pluralismo»¹, noción que constata que las sociedades modernas están atravesadas por un profundo y persistente desacuerdo. Esto hace que necesitemos respuestas institucionales para poder actuar colectivamente y de allí emerge el concepto de las «circunstancias de la política»².

Con estos presupuestos y tras abordar las versiones radicales de ambas propuestas de legitimidad, el autor señala que cualquier concepción plausible de la misma ha de ser necesariamente mixta. Así, considera que hay buenas razones para preferir una concepción procedimentalista débil, que admite la importancia de las consideraciones sustantivas, pero que concede prioridad a las procedimentales. Con ello Linares adhiere a Waldron en tanto sostiene que la regla de la mayoría (expresada en las elecciones y el procedi-

miento legislativo) «es la única que, visto los desacuerdos, reconoce y toma en serio el derecho de todos y cada uno a que su voz cuente en pie de igualdad con la de cualquier otro». Esta noción está asociada con la propuesta de un «constitucionalismo débil», donde es la voluntad de la mayoría la que tiene la última palabra institucional y según el autor, se hace posible la deliberación democrática.

En el segundo capítulo el politólogo argentino nos introduce en la clásica tensión que enfrenta el constitucionalismo debido a su doble compromiso: por un lado con la idea de democracia y por otro con la idea de derechos; que a su vez reproduce la aludida entre las dimensiones procedimental y sustantiva de la legitimidad. Esta tensión se materializa en dos cuestiones:

Una primera tiene que ver con «el coto vedado de derechos»³, es decir con el problema que plantean las constituciones rígidas respecto de la posibilidad de decidir que les queda a las mayorías legislativas. Sobre el punto se presentan dos objeciones: la primera en relación al hecho de que una minoría pueda bloquear las reformas constitucionales (cuando éstas exigen supermayorías). La segunda alude al problema «intertemporal», o sea, a que generaciones futuras queden atadas por decisiones que tomaron sus antecesores. Linares aclara que esgrimir estas objeciones no significa no tener un compromiso robusto con los derechos, más bien todo lo contrario y, luego de repasar las estra-

¹ Concepto tomado de John RAWLS, *El liberalismo político*, trad. Antoni Domenèch, Crítica, Barcelona, 1996, pp 66,67 (que a su vez toma de Joshua Cohen y la distingue del pluralismo como tal) Así mismo Jürgen HABERMAS y John RAWLS en *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, I.C.E./U.A.B., Barcelona, 1998, discuten ese mismo tema.

² Esta expresión, central en el pensamiento de Jeremy Waldron, es tornada como pieza clave en todo el libro de Linares. De acuerdo con Waldron, así como la escasez y el limitado altruismo forman las «circunstancias de la justicia» (Rawls), el desacuerdo sobre cuestiones sustantivas y la necesidad de actuar colectivamente forman las «circunstancias de la política». Ver Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 123 y ss.

³ En este caso la expresión es tomada de Ernesto GARZÓN VALDES, «Consenso, racionalidad y legitimidad» (1990) en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 469, también «El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías» en *Isonomía* n.º 12, 2000, pp. 7-34

tegas que se han utilizado para responder a las mismas⁴, opta por una línea conciliadora que llama la «rigidez moderada y mayoritaria de las constituciones»⁵.

Una segunda cuestión tiene que ver con las dificultades para justificar la revisión judicial de constitucionalidad en sí. Linares presenta el problema con una pregunta: «¿qué razones tenemos para pensar que los desacuerdos en la interpretación del texto constitucional deban ser resueltos con carácter final por un grupo de jueces que no representan a nadie?» Y nos muestra las tres respuestas que ha tenido: una defensa general de la revisión judicial –de la mano de Dworkin–, que justifica el control judicial de las leyes en términos universales; una crítica general de la revisión judicial –ilustrada por Waldron–, que sostiene que un modelo robusto de justicia constitucional está injustificado en cualquier sociedad libre y democrática; y una defensa contextual de la revisión judicial –para cuya exposición toma a Bayón–, que considera que la justificación de un modelo robusto de justicia constitucional «depende del contexto».

Llegado a ese punto, el profesor de la Universidad de Salamanca insiste en que la encrucijada que enfrenta el constitucionalismo está ubicada en un plano general o universal. Asimismo destaca que el debate se concentra en argumentos de moralidad política y en los rasgos sistémicos de los jueces y las legislaturas y concluye que hay razones que inclinan la balanza en contra de la revisión judicial. Ello no quiere decir –y en este tipo de aclaraciones el autor es enfático–, ni que sean defendibles todas las decisiones del Congreso, ni que no podamos admitir que en ciertos casos concretos, algunas decisiones judiciales sean valiosas por sus resultados. Pero estas son cosas diferentes:

lo primero tiene que ver con el diseño institucional que sería preferible para honrar la igual dignidad y autonomía de las personas teniendo en cuenta los desacuerdos; mientras que lo último asume como dado un sistema con control judicial y desde allí plantea una teoría del «uso correcto» de la revisión judicial. A este último punto, dedica su siguiente capítulo.

Como decía, el capítulo tercero del libro se posiciona en un escenario donde el control judicial de las leyes es un hecho que no podemos cambiar; por tanto, desarrolla distintas teorías normativas sobre el ejercicio de la revisión judicial, tomando como máxima para su evaluación, la misión de promover la participación y profundizar el debate ciudadano. Así entra a considerar las teorías de la interpretación jurídica en disputa, a fin de valorar los méritos democráticos de las decisiones constitucionales que se obtienen usando cada una de ellas. El capítulo es un repaso que va desde el «originalismo», la «lectura moral de la constitución» de Dworkin, el «textualismo», el «minimalismo judicial» de Sunstein, la teoría de Ely, hasta una «versión» de la democracia deliberativa de Nino y Gargarella, por la cual se decide. La conclusión, a tono con la lógica del libro, es que también la forma de adjudicación judicial está atravesada por el desacuerdo. Entonces, nos encontramos con un retorno a sus primeras afirmaciones: «si tuviera la seguridad de que todos los jueces van a emplear la revisión judicial de las leyes guiados por el ideal de la democracia deliberativa, entonces tal vez aceptaría un modelo robusto de justicia constitucional. Pero esto es inverosímil».

Continuando con la evaluación de la justicia constitucional existente, en los ca-

⁴ Entre ellas esboza tanto «la estrategia del precompromiso», como la de la «abstracción» y realiza fuertes críticas a ambas.

⁵ Cuya idea básica es un procedimiento de reforma que puede ser más gravoso que el procedimiento de sanción de las leyes ordinarias, pero que emplee el criterio de la mayoría absoluta para la reforma constitucional.

pítulos cuarto y sexto, el autor distingue diferentes grados de intensidad que puede tener la objeción contramayoritaria a la revisión judicial de las leyes. En el primero de éstos realiza una distinción entre leyes «contemporáneas» y «no contemporáneas» según que el Congreso que las aprobó sea el de turno o uno pasado respectivamente. Así, indica que la objeción democrática a la revisión judicial es siempre de mayor intensidad con respecto a leyes contemporáneas. Luego analiza los modelos con sistemas robustos de control judicial y concluye que los de tipo «europeo» propician una mayor judicialización de leyes contemporáneas, dado que —entre otros rasgos estructurales diferenciales⁶—, contemplan la acción abstracta de inconstitucionalidad. En cambio, los modelos de tipo «americano», al ejercer un control de constitucionalidad vía recursiva, retardan el mismo, favoreciendo el control de leyes no contemporáneas. Con estas herramientas, finalmente analiza críticamente algunas reformas que recientemente han «*europizado*» la justicia de la mayor parte de países latinoamericanos.

En el segundo de los capítulos mencionados (y último del libro), la intensidad de la objeción democrática a la revisión judicial se plantea como una cuestión gradual y se mide según cómo varíen nueve componentes institucionales y contextuales que el autor selecciona. Cabe resaltar que el o la lectora no encontrarán pruebas contundentes que surjan del análisis —que es a todas luces experimental— sino más bien un ensayo de intuiciones que requerirían de un estudio politológico más profundo para poder permitir conclusiones. Aún así, la propuesta sirve para pensar los matices de los sistemas constituciona-

les de América Latina, a donde enfoca su estudio. Linares pone atención en los siguientes factores: 1) los mecanismos de reforma constitucional, 2) los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, 3) los procedimientos de selección de magistrados, 4) las restricciones a la declaración de inconstitucionalidad, 5) las facultades interpretativas del Congreso, 6) el derecho de voz, 7) las vías de acceso a la Corte o Tribunal Constitucional, 8) la cantidad de puntos de veto efectivos y 9) variables contextuales. Con estos datos concluye que, si bien no se pueden inferir grados de calidad democrática de la justicia constitucional de acuerdo a estas variables, ellas sí demuestran que la intensidad de la objeción contramayoritaria no es una cuestión binaria sino que puede variar sustancialmente conforme cómo se presenten dichos factores.

Finalmente y faltando al orden que el autor da a su libro, quiero detenerme en el capítulo quinto del mismo. He aquí, a mi criterio, la contribución que Linares realiza al debate académico. Retomando las ideas que expuso en el primer apartado, el autor profundiza sobre las posibilidades de un diálogo interorgánico en el proceso de toma de decisiones. Para ello, nos introduce en las distintas formas de comunicación existentes entre el Congreso y las Cortes o Tribunales Constitucionales, que se configuran como un intercambio de argumentos en tres fases posibles: argumento, respuesta y réplica.

Así comienza por analizar la viabilidad del diálogo en los sistemas que cuentan con constituciones rígidas, entre ellos, los de tipo «europeo», el modelo «americano» y el particular sistema canadiense con su *notwithstanding clause*⁷. En estos siste-

⁶ Como por ejemplo la ausencia de jurisdicción discrecional, la ausencia de casuismo minimalista, la dificultad de evitar los argumentos constitucionales recurriendo a argumentos de mera legalidad ordinaria, la visibilidad y fragilidad de los Tribunales Constitucionales; cuestiones que no se encuentran en los modelos americanos de control de constitucionalidad.

⁷ Es especialmente relevante el análisis de la cláusula 33 de la Constitución Canadiense, ya que, por su peculiaridad ha sido materia de mucho estudio para los teóricos del diálogo, en este sentido ver: HOGG Y BUSHHELL, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't such a Bad Thing after All)», *Osgoode Hall Law*

mas, la primera fase del diálogo está reflejada normalmente en un texto legal, la respuesta la da la judicatura con interpretaciones del texto o sentencias de inconstitucionalidad, pudiéndose dar (o no) una réplica por parte del Congreso, rechazando la interpretación judicial o incluso reformando la constitución. Luego el autor se concentra en los sistemas con constituciones flexibles⁸. En esos casos, entiende, el dialogo es más genuino ya que si bien el parlamento tiene la última palabra institucional, deberá tener en cuenta (aunque no necesariamente ocurra) la autoridad moral que despierta una declaración judicial de incompatibilidad.

La genuinidad del diálogo pasa por prestar atención a los argumentos expresados en contra de la opinión del órgano decisor, en palabras del profesor: consiste en «que cada una de las partes ofrezca efectivamente razones en apoyo a su decisión, razones destinadas a convencer al contrincante». Y si bien es cierto que con constituciones flexibles esto es más probable, según Linares ningún sistema existente lo garantiza. Además agrega otro requisito para el diálogo genuino y es que sea «libre» y centrado en principios que cualquier persona podría razonablemente suscribir.

Por otro lado, el diálogo debe ser genuinamente democrático. Es decir, debe considerar esencialmente un contexto de inclusión y participación en pie de igualdad. En este sentido, las decisiones tomadas por el Congreso tienen más credenciales democráticas que aquellas tomadas por los tribunales, pues el procedimiento que emplea para llegar a ellas respeta mejor el derecho de participación en pie de igualdad. De allí vuelve a concluir que en

un sistema plenamente democrático es el Congreso quien debe tener la última palabra institucional.

Con estos postulados y habiendo criticado minuciosamente los modelos existentes, el autor argentino realiza una propuesta «para fortalecer el diálogo democrático en la justicia constitucional». La alternativa se asienta en un sistema con declaraciones judiciales de incompatibilidad, pero con añadiduras: la obligatoriedad para el Congreso de justificar públicamente la consistencia de cada proyecto de ley con la Carta de Derechos y la exigencia de reexaminar las disposiciones declaradas incompatibles. Incluso propone combinar estas declaraciones de incompatibilidad con un sistema parecido al canadiense, donde los jueces inferiores pudieran pronunciarse por la incompatibilidad y se reservara la facultad de veto de leyes sólo al alto tribunal, lo que retardaría la misma y daría tiempo al Congreso para revisiones previas. Además sugiere declaraciones de inconstitucionalidad «con plazo de espera» o efecto retardado, siempre pensando en que el Congreso debe tener la última palabra institucional y por ello dotándolo de la posibilidad de emplear una cláusula *override*⁹. Como vemos, el propuesto por Linares resulta ser un ideal ambicioso que mezcla rasgos ya estudiados, en pro de que la deliberación interorgánica no sólo sea posible sino necesaria para la toma de decisiones.

Ahora bien, el autor no sólo crea este modelo ideal, sino que sugiere vías alternativas que podrían ser adoptadas por los propios jueces para fomentar el diálogo interorgánico en los sistemas robustos de revisión judicial que tenemos. Así habla

Journal, 35, 1997. Llegando a configurarse como ejemplo del llamado nuevo modelo constitucional de la Commonwealth. Ver Stephen GARDBAUM, «The New Commonwealth Model of Constitutionalism», *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, n.º 4, 2001, pp. 707-760.

⁸ Los modelos que analiza son: el ya casi extinto Westminster, el sistema «intermedio» de Reino Unido y Nueva Zelanda y el sistema Israelí.

⁹ Este tipo de cláusula es similar a la canadiense e implica que cualquier provisión legal será válida «no obstante cualquier contradicción» con alguna norma fundamental, siempre que la provisión legal invoque expresamente dicha cláusula, que tiene una vigencia temporal.

de la «regla de la segunda mirada»¹⁰, o de acompañar las sentencias de inconstitucionalidad con «plazos de espera». Asimismo sugiere aceptar la figura del «amicus curiae» o fomentar las audiencias públicas para casos controvertidos. También plantea la posibilidad de que sea el Congreso quien active mecanismos de «respuesta legislativa»¹¹ ante sentencias del Tribunal Constitucional, con contenido similar o idéntico al invalidado.

Evidentemente las sugerencias propuestas en este libro dependen de asumir

los presupuestos que el autor establece a lo largo del mismo y que parten del hecho del desacuerdo. Sin embargo, incluso para quienes están convencidos de que los sistemas robustos de control judicial de constitucionalidad son preferibles, resulta una invitación a la reflexión sobre la fuerza y plausibilidad de los argumentos que sostienen estas posiciones. Todo ello movido por el noble deseo de hacer que nuestros arreglos institucionales sean más democráticos y participativos y por dar a la ciudadanía un papel protagónico.

¹⁰ Propuesta que toma de Guido CALABRESI, tendente a que los jueces «invaliden» las leyes no con el propósito de dar la última palabra, sino más bien con la explícita intención de que el legislativo reconsidere su decisión. En: «The Supreme Court 1990 Term, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)», *Harvard Law Review*, 105 (1), 1991, pp. 84-124.

¹¹ En este caso la idea la toma de Víctor FERRERES COMELLA, «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, 23, 2000, pp. 29-47.