

LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y DIÁLOGO INTER-INSTITUCIONAL: ALGUNOS DESAFÍOS PARA LOS SISTEMAS DÉBILES DE CONTROL JUDICIAL

*LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E DIÁLOGO INTER-
INSTITUCIONAL: ALGUNS DESAFIOS PARA OS SISTEMAS FRACOS
DE CONTROLE JUDICIAL*

*Diego Moreno Rodríguez Alcalá
Profesor de Direito na Escola Judicial da República do Paraguai e
na Universidade Privada Columbia de Assunção/Paraguai*

SUMÁRIO: Introdução; I La objeción democrática en una cáscara de nuez: introducción al problema; II Una caracterización de los sistemas “débiles” de control judicial; III Legitimidad democrática y diálogo inter-institucional: dos (aparentes) virtudes de los sistemas débiles de control judicial; IV Algunas dudas sobre los sistemas débiles y su capacidad para acomodar ideales de diálogo público y legitimidad democrática; V Dos puntos abiertos a discusión (para una reflexión ulterior); VI Observaciones finales: ¿resiliencia de la objeción democrática?; Referências.

RESUMO: Os sistemas fracos de controle judicial da lei, que não outorgam a palavra final sobre a interpretação dos direitos fundamentais aos órgãos jurisdicionais, têm despertado interesse por sua capacidade de sortear as dificuldades que apresenta a “objeção democrática” ao controle judicial. Estes sistemas também têm sido valorados por sua suposta capacidade de fomentar um “diálogo inter-institucional” entre o legislativo e o judicial. Este artigo, porém, pretende oferecer algumas dúvidas importantes, primeiro, sobre a capacidade real de estes sistemas de neutralizar completamente a objeção democrática ao controle judicial, e em segundo lugar, sobre sua suposta capacidade para fomentar um “diálogo inter-institucional” significativo. Em consequência, se tenta argumentar que a objeção democrática ao controle judicial é mais persistente do que a primeira vista podera aparecer.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial da Lei. Sistemas Fracos de Controle Judicial. Diálogo Inter-institucional. Direitos Fundamentais. Dificuldade contramajoritária. Objeção Democrática ao Controle Judicial.

ABSTRACT: So called “weak systems of judicial review”, which do not grant the final word to the judiciary on the interpretation of fundamental rights, have attracted considerable interest due to their capacity to successfully overcome the problems posed by the “democratic objection” to the institution of judicial review of legislation. At the same time, weak systems are praised for their alleged capacity to foster an “institutional dialogue”. Nevertheless, this article intends to cast some important doubts, in the first place, on the real capacity of weak systems of judicial review to completely neutralize the democratic objection to judicial review, and secondly, on its supposed capacity to foster a significant “institutional dialogue” among legislatures and courts. It is therefore argued that the democratic objection to judicial review is more persistent than it may appear at a first glance.

KEYWORDS: Judicial Review of Legislation. Weak Systems of Judicial Review. Institutional Dialogue. Fundamental Rights. Countermajoritarian Difficulty. Democratic Objection to Judicial Review

INTRODUCCIÓN

Imaginemos por un instante que uno de los problemas más insondables y a la vez persistentes de la teoría constitucional de las últimas décadas –la cuestión de la objeción democrática al control judicial de la ley– pueda ser disuelto y relegado al museo de las ideas políticas con sólo modificar ligeramente el diseño institucional de manera a invertir el orden en el que se adoptan las decisiones finales sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Acaso no sería una exageración afirmar que esto podría llegar a constituir una auténtica revolución en el ámbito del pensamiento constitucional, por cuanto que supondría una mutación de grandes proporciones en relación a nuestro entendimiento usual y a las categorías que actualmente empleamos para concebir al derecho constitucional. Y es nada menos que este cambio de paradigma lo que parecen prometer, al menos a primera vista, los denominados sistemas débiles de control judicial de la ley. Ello explica, por lo demás, la entusiasta adhesión que los mismos han recibido, incluso por parte de algunos de los críticos más severos del control judicial de la ley.

¿Pero pueden en verdad los sistemas débiles hacer realidad la aspiración de tutelar adecuadamente los derechos por medio del control judicial al tiempo de dejar intacta la dignidad democrática de las legislaturas? En efecto, la pregunta más interesante que plantean estos sistemas es la de si acaso sean realmente capaces de trascender la “objeción democrática” al control judicial de la ley sin merma alguna para las inquietudes que, en el marco de este problema, parecen apuntar hacia dos aspiraciones normativas que se hallan en una relación de potencial tensión, a saber, la protección de los derechos, por un lado, y el autogobierno comunal, por el otro.

Teniendo presente la alternativa representada por los sistemas débiles de justicia constitucional, y sin pretensiones de agotar el tratamiento de la rica problemática de estos sistemas, en este estudio me propongo sugerir cuanto sigue. En primer lugar, que no es seguro que los sistemas débiles de justicia constitucional desactiven completamente algunos de los principales argumentos en contra de los sistemas tradicionales hacia los cuales la objeción democrática se ha dirigido, y en segundo término, que la teoría del diálogo inter-institucional, vinculada de forma muy directa a los sistemas débiles de justicia constitucional y asociada también a ideales democráticos, puede llegar a resultar problemática por diversas razones. En otras palabras, no resulta tan fácil dispensar de la crítica al control judicial de la ley con sólo señalar que es posible ensamblar las piezas constitucionales de manera tal a permitir

alguna forma matizada de control judicial en la que la última palabra no sea otorgada al órgano jurisdiccional, como han sugerido algunos autores. Por esta razón, y siempre y cuando se tome en serio la objeción democrática, existen al menos algunos motivos para ser cautos incluso con las formas más moderadas de control judicial.

I LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA EN UNA CÁSCARA DE NUEZ: INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Como es sabido, el problema de la objeción democrática al control judicial de la ley tiene su origen en la teoría constitucional norteamericana, y ha tenido una importancia capital hasta el punto de que podría ser calificado como el problema “central” de la teoría constitucional de las últimas décadas, a menos para quienes se toman en serio dicha objeción¹. Existen desde luego distintas variantes de la objeción democrática y se ha ensayado una gran variedad de respuestas teóricas a la misma. Además de ser ajeno a mis propósitos, resultaría imposible pasar aquí revista a este rico y prácticamente inabarcable debate². De todas formas, me propongo en esta sección aludir muy brevemente al problema, en razón de que el mismo subyace al análisis que tendrá lugar en este estudio sobre los sistemas débiles de control judicial, por lo cual es necesario referirnos a él antes de abordar más directamente algunos aspectos que se desprenden de dichos sistemas.

En lo que sigue me centraré entonces en ofrecer una breve descripción de una versión específica de la objeción democrática que considero ha sido la que con mayor fuerza ha cuestionado los fundamentos de la institución del control judicial de la ley en los últimos años. Esta concepción se basa sobre todo en la obra del profesor Jeremy Waldron, aunque varios otros autores críticos hacia la institución del control judicial de la ley han hecho suyos muchos de sus planteamientos centrales³. La

1 En efecto, como señala el iusfilósofo español Juan Carlos Bayón, a veces se ha tendido “a subestimar la envergadura del problema y a dar por sentado con demasiada facilidad” que el problema no resulta especialmente severo, “[y] digo que con demasiada facilidad porque se ha entendido muchas veces que para demostrarlo basta con acudir a unos pocos argumentos aparentemente muy sencillos, de cuya solidez no parece dudarse lo más mínimo”. (J. C. Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón et al., *Constitución y derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2004, p. 74.)

2 Desde la aparición de la obra de A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962, la literatura ha sido profusa. En el ámbito estadounidense, al problema se lo ha denominado, con cierta imprecisión, como la “dificultad contramayoritaria”. Aquí preferimos la expresión “objeción democrática”.

3 Waldron ha planteado su crítica a través de varios trabajos. La última versión es “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006), aunque me baso también aquí en la

crítica “waldroniana” consta de los siguientes elementos: a) un contexto que le da surgimiento; b) el argumento en sí mismo en contra de la institución y a favor de asignar la decisión final sobre la interpretación de los derechos a las asambleas legislativas; y c) una definición de los alcances precisos de la objeción. A continuación se ofrece un resumen de esta influyente crítica. Una vez hecha esta exposición, retomaré la discusión sobre los sistemas débiles en la siguiente sección.

a) *El contexto.* Comencemos por lo primero. La crítica surge en el contexto de una sociedad signada por el “pluralismo razonable”. En su *Liberalismo Político*, John Rawls había llamado la atención sobre el hecho del pluralismo razonable y la importancia de acomodar este hecho al diseñar nuestras instituciones políticas. La idea básica de Rawls consistía en que, habida cuenta el hecho del pluralismo razonable que caracteriza a las sociedades bien ordenadas que gozan de instituciones libres, resultaría arbitrario para una concepción liberal el pretender imponer ciertas concepciones de la buena vida a otros conciudadanos por medio del aparato estatal. Según esta concepción, el Estado no debería tomar partido por ninguna de estas concepciones específicas, sino que debía limitarse a garantizar determinados derechos y otras condiciones que posibiliten a cada ciudadano perseguir sus propios planes de vida en tanto que seres autónomos⁴.

Tomando como punto de partida estas premisas rawlsianas, Waldron fue más allá y afirmó que el pluralismo se extendía también al ámbito de los derechos, y en especial, al ámbito de los derechos consagrados en los catálogos de las constituciones modernas. Para Waldron, los ciudadanos mantienen desacuerdos no sólo sobre sus concepciones acerca de cómo vivir una buena vida, sino sobre cómo interpretar y dotar de significado concreto a los derechos fundamentales. Si con relación a dichos catálogos existían desacuerdos, Waldron sugería repensar la forma como adoptamos colectivamente nuestras decisiones finales sobre la interpretación de los derechos en ellos recogidos. Las condiciones de pluralismo razonable que permean a las sociedades democráticas contemporáneas y los desacuerdos a que éste da lugar –que se extienden incluso al ámbito de los derechos– constituyen entonces el contexto de la objeción democrática al control judicial de la ley.

b) *El núcleo del argumento.* El segundo elemento, es decir, la forma como Waldron edifica su argumento en contra del control judicial,

monografía previa del mismo autor, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999.

4 RAWLS, John. *Political Liberalism*. Columbia: New York, 1996.

puede sintetizarse del siguiente modo. Una vez que constatamos que en función al hecho del pluralismo razonable existen desacuerdos sobre cómo interpretar los derechos, debemos asegurar que el procedimiento que empleemos para adoptar decisiones sobre el contenido y el alcance que habrá de dotarse a los derechos sea legítimo. En efecto, resultaría arbitrario imponer determinadas concepciones específicas de los derechos a otros ciudadanos que no están de acuerdo con ellas, salvo que al hacerlo empleemos un procedimiento que goce de legitimidad y que pueda ser aceptado por los afectados por la decisión. Para el autor, un procedimiento legítimo para la adopción de decisiones sobre los derechos debe revestir dos condiciones. En primer lugar, debe en cierta forma acomodar el ideal de la participación en igualdad de condiciones. En otras palabras, el procedimiento debe ser lo más participativo posible. De otra parte, el procedimiento debe ser capaz de generar respuestas adecuadas en materia de derechos.

En cuanto a lo primero, el control judicial de la ley es un procedimiento escasamente participativo, en el cual la decisión se reserva a un puñado de jueces no electos democráticamente ni responsables ante la ciudadanía por sus actos y que deciden –en no pocas ocasiones por mayoría simple– sobre las complejas cuestiones de moralidad política que se esconden detrás de los derechos y sobre las cuales existen profundos desacuerdos en la sociedad. Aunque disten de ser ideales, las asambleas legislativas, con todas sus imperfecciones, son a todas luces superiores, en términos comparativos, al intentar acomodar el ideal participativo bajo un sistema de democracia representativa contemporáneo, en el cual los legisladores son electos a través del sufragio universal y deben responder por sus decisiones ante el electorado.

En relación a la capacidad del control judicial de dar respuestas adecuadas en materia de derechos, tradicionalmente se ha tendido a sostener que el control judicial cuenta con algunas ventajas importantes en este sentido. Se menciona, por ejemplo, el relativo aislamiento de los jueces respecto de influencias políticas, lo cual tiende a la imparcialidad. Se alega además que la decisión en sede judicial es adoptada en el marco de un proceso destinado a brindar todas las garantías posibles, y además, que la decisión es adoptada por medio de métodos jurídicos que tienden a dar prevalencia a la razón y a la argumentación jurídica, etc. Sin embargo, el registro histórico nos muestra que muchas veces los tribunales de hecho adoptan decisiones sobre los derechos que muchos consideran erróneas. En contrapartida, se suele señalar que las asambleas legislativas muchas veces promueven los derechos, en ocasiones incluso a

pesar de las decisiones judiciales que tienden a restringirlos. El derecho constitucional norteamericano abunda en ejemplos de este tipo.

Waldron considera que así como se ha tendido a resaltar ciertos aspectos institucionales que apuntalarían la capacidad de los órganos jurisdiccionales para dar respuestas correctas en materia de derechos, al mismo tiempo debería considerarse que las asambleas legislativas también tienen ciertas ventajas. Por ejemplo, su mayor tamaño para acomodar una mayor cantidad de voces y perspectivas, algo que resulta especialmente importante en condiciones de pluralismo; su potencial capacidad deliberativa, desembarazada de los tecnicismos legales que tienden a empobrecer el debate de cara a los componentes políticos y morales de los derechos; su mayor proximidad con los procesos deliberativos que se dan en la sociedad, y varios otros factores institucionales afines. Lo que el autor pretende demostrar –a mi criterio con acierto– es que a pesar de ciertos prejuicios muy arraigados, no puede demostrarse de forma inequívoca que un procedimiento sea superior al otro para dar con respuestas adecuadas en materia de derechos. Ambos tienen ventajas y desventajas. En consecuencia, sólo nos queda el criterio participativo, en el cual el órgano legislativo lleva las de ganar. La última palabra en materia de interpretación de los derechos constitucionales debería recaer entonces en las asambleas legislativas. Éste es, en resumidas cuentas, el “núcleo” del argumento en contra del control judicial de la ley.

c) *El ámbito de la crítica.* Finalmente, es importante hacer notar que la objeción democrática resulta delimitada en varios sentidos. Es decir, tiene un alcance y un ámbito de aplicación bien definidos. Aquí sólo me referiré a dos elementos que tienden a definir dicho ámbito. En primer lugar, la crítica se refiere, sobre todo, al control judicial de la ley y no a otros actos normativos de inferior jerarquía. A su vez, el control que se objeta tiene sobre todo por finalidad verificar la adecuación constitucional de la ley con los *derechos fundamentales* reconocidos en la constitución. La razón de esto último guarda relación con el hecho de que es precisamente en el ámbito de los derechos –que en el fondo revisten una fuerte carga política y moral– en el que el pluralismo razonable resulta más agudo, sobre todo en contraste con las disposiciones orgánicas o estructurales de las constituciones modernas.

No es mi propósito someter a examen la versión de la objeción democrática tal cual la misma ha sido recién delineada⁵. Aquí la he

5 Para un estudio exhaustivo, véase, D. Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

presentado en razón de que, como queda dicho, el problema de la objeción democrática al control judicial subyace a la discusión que tendrá lugar en las páginas que siguen al abordar los sistemas débiles de control judicial de la ley. En efecto, estos sistemas plantean un desafío enorme para quienes se toman en serio la objeción democrática. La razón de ello es que parecen estar diseñados precisamente para evadir el tipo de reticencias que se han señalado en contra de la institución del control judicial, pues no confieren la decisión final en materia de interpretación de los derechos fundamentales a los órganos jurisdiccionales. A su análisis de cara a la objeción democrática nos abocaremos en lo que resta de este trabajo.

II UNA CARACTERIZACIÓN DE LOS SISTEMAS “DÉBILES” DE CONTROL JUDICIAL

Un sistema de control judicial puede catalogarse de “fuerte” o “débil” con arreglo a distintos criterios. Por “sistema fuerte” de control judicial entenderé aquí básicamente cualquier sistema de control de adecuación constitucional de la ley en el cual los órganos jurisdiccionales tienen la última palabra para decidir sobre el significado constitucional. Ello es así en razón de que los órganos jurisdiccionales poseen la atribución de no aplicar o incluso expulsar del sistema una ley en razón de considerarla contraria a la constitución. El efecto de estos sistemas fuertes es que, a la larga, los contornos precisos y la configuración de los derechos fundamentales van siendo delineados por medio de la institución del control judicial, sin que los órganos legislativos se hallen formalmente autorizados a realizar ningún tipo de respuesta legislativa destinada de forma específica a reaccionar ante una determinada orientación jurisprudencial contra la cual quepa razonablemente discrepar. De allí que estos sistemas consagran en la práctica el principio de supremacía judicial.

A su vez, con la expresión “sistema débil” de control judicial, se alude a aquellas formas institucionales en las cuales los órganos jurisdiccionales poseen una facultad restringida para entender en impugnaciones de leyes sobre la base de su adecuación al catálogo de derechos fundamentales. Como se verá más abajo con mayor detalle, existen distintos sistemas débiles de control judicial. En algunos de estos sistemas, los tribunales se hallan facultados a declarar la invalidez de las leyes sometidas a su conocimiento, pero la asamblea legislativa retiene la palabra final al asignársele la posibilidad de acudir a una respuesta legislativa institucionalizada con la cual atribuir un significado distinto a la interpretación realizada en sede judicial. En otros sistemas más

débiles aún, los tribunales ni siquiera pueden dejar de aplicar las leyes en caso de considerarlas contrarias a los derechos, sino que a lo sumo pueden llamar la atención sobre la eventual incompatibilidad con éstos, o bien, intentar realizar una interpretación conforme al catálogo de derechos. En cualquiera de estas modalidades, bajo los sistemas débiles, la decisión final sobre cómo habrán de interpretarse los derechos fundamentales no es asignada a un órgano jurisdiccional sino al legislativo.

Esta caracterización requiere, sin embargo, algunas matizaciones y aclaraciones adicionales. En primer lugar, bajo un sistema de tipo “débil” las exigencias de la cosa juzgada deben ser respetadas en cada caso, y no se trata de que el órgano legislativo pueda revocar el resultado de un determinado caso litigioso sobre el cual existe una sentencia firme, algo que iría en contra de uno de los principios básicos de un Estado de derecho moderno. Como podremos ver, lo que está en juego en la opción entre uno u otro modelo es más bien la determinación del órgano al que habrá de otorgarse la última palabra a fin de determinar la configuración definitiva que habrán de adquirir o el modo en que habrán de interpretarse los derechos fundamentales para una generalidad de casos futuros.

En segundo término, a efectos de realizar la distinción entre un sistema fuerte y uno débil, no tomo en cuenta la posibilidad existente en los sistemas fuertes de proceder a realizar una reforma constitucional como respuesta a la interpretación efectuada por el órgano jurisdiccional, cuando la reforma exige algo más que una mayoría simple. Con la exigencia de mayorías calificadas (asumiendo que estemos ante una constitución rígida), este tipo de respuestas no parecen adecuadas para acomodar satisfactoriamente las exigencias de la objeción democrática al control judicial de las leyes, que como veremos más abajo, es precisamente una de las virtudes principales que se predicán de los sistemas débiles. Por el contrario, los procedimientos de reforma constitucional están diseñados precisamente para dificultar la respuesta que pueda darse a la interpretación efectuada por el órgano al que se asigna la última palabra, lo cual otorga un mayor peso a las decisiones del órgano jurisdiccional. Además, y aun reconociendo que los procedimientos de reforma constitucional pueden variar de sistema en sistema, previéndose dispositivos más o menos exigentes según los casos, lo cierto es que en determinados contextos la probabilidad real y efectiva de que un procedimiento de este tipo prospere puede llegar a ser nula o, en el mejor de los casos, escasa. En el derecho constitucional norteamericano se suele citar el *Child's Labor case* como un ejemplo paradigmático de las dificultades de acudir a este tipo de mecanismo

como respuesta ante una interpretación judicial de la constitución con la cual se esté en desacuerdo⁶.

Cabe señalar además que en los sistemas fuertes que otorgan la decisión final a un órgano jurisdiccional también existen otras vías, aparte de la reforma constitucional, para revisar o modificar la configuración de los derechos según la interpretación efectuada en sede judicial. Por ejemplo, tal sería el caso de un sistema fuerte en el que el legislativo cuente con ciertas facultades e intente algo semejante al “court-packing plan” del Presidente Franklin D. Roosevelt, nombrando jueces de orientación ideológica distinta a los que actualmente integran el órgano judicial con la finalidad de provocar, por medio de una nueva conformación de los cuadros judiciales, un cambio en la jurisprudencia. Sin necesidad de llegar a este extremo, también cabe contemplar la posibilidad de que el propio tribunal, con el transcurso del tiempo, pueda llegar a modificar su propia interpretación, revisándose de esta manera la orientación jurisprudencial seguida en el pasado. Puesto que esto puede de hecho darse en la práctica, la teoría del diálogo inter-institucional a la cual se aludirá más abajo también ha sido predicada de sistemas como el norteamericano.

Ahora bien, estos procedimientos de revisión de las interpretaciones efectuadas en sede judicial tienen sus desventajas, y por eso considero impropio considerar que los mismos se asemejen a las formas institucionales existentes bajo los sistemas débiles. En el primer caso, está claro que el adoptar una estrategia de tipo “court-packing” para responder a cada decisión judicial con la cual se mantiene un desacuerdo razonable puede generar más caos que otra cosa, y la legitimidad de la que pueda llegar a gozar una medida de este tipo en el derecho constitucional contemporáneo es más que dudosa⁷. En el segundo caso, el que se produzca o no una modificación en la interpretación judicial

6 Para una exposición del caso, véase S. M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton, 1996, capítulo 3. De otra parte, como deja entrever V. Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, en P. E. Navarro y M. C. Redondo (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, el análisis del mecanismo formal debe ser complementado con un examen de las peculiaridades de la cultura política en la que se inserta la constitución en cuestión. Puede que en una determinada cultura se hayan formado determinados prejuicios muy arraigados en contra de la reforma de la constitución.

7 Como nos recuerda B. Friedman, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law’s Politics”, *University of Pennsylvania Law Review* 971 (2000), p. 1061-2, estos métodos no gozan generalmente de legitimidad. En el contexto norteamericano, tras 1937, hubo sólo un episodio más en el que se intentó controlar políticamente a la Corte Suprema, el cual tuvo lugar en los años 50 a raíz de una serie de casos en los que el máximo tribunal había favorecido a determinadas personas tildadas de comunistas.

de los derechos siempre dependerá de la coyuntura de que el tribunal esté dispuesto o no a revisar su propia opinión. Además, normalmente estos procesos de cambio y evolución jurisprudencial se desarrollan en un espacio de tiempo más o menos extendido, lo cual puede resultar insuficiente cuando lo que se pretende es dar una respuesta eficaz e inmediata a una interpretación judicial que concibe a los derechos de un modo determinado con la que el parlamento puede estar en desacuerdo⁸. De allí que la posibilidad de brindar una respuesta institucional rápida y eficaz sea un rasgo definitorio de algunos sistemas débiles (en especial, de aquellos en los cuales los tribunales pueden en efecto declarar la inconstitucionalidad de las leyes).

De conformidad a lo dicho hasta aquí, y aunque operen con ciertas diferencias, tanto el modelo norteamericano de como el europeo de justicia constitucional pueden catalogarse como sistemas “fuertes” de control judicial, por cuanto que: a) ninguno de ellos prevé un mecanismo institucionalizado de respuesta legislativa para rever una interpretación judicial con la cual se esté en desacuerdo; b) ambos permiten invalidar una ley considerada inconstitucional, aunque bajo diferentes modalidades y efectos; y c) los dos modelos otorgan al órgano jurisdiccional la decisión final.

A su vez, tres ejemplos paradigmáticos de lo que serían sistemas débiles de justicia constitucional están dados por los casos de Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido. Se trata de sistemas débiles en razón de que reúnen los siguientes rasgos: a) no permiten invalidar leyes a los órganos jurisdiccionales por considerarlas inconstitucionales o contrarias al catálogo de derechos en vigor, y si lo hacen, permiten una respuesta legislativa destinada específicamente a dejar de lado la interpretación judicial; y b) otorgan la palabra final sobre el significado de los derechos fundamentales al órgano legislativo. Es importante

8 Según M. Tushnet, “Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism”, *22 Law and Philosophy* 353 (2003), la diferencia entre un sistema débil y uno fuerte puede no ser tan decisiva, y limitarse únicamente al tiempo que tome el poder repeler una interpretación judicial. Así, por ejemplo, la manera en la que se desarrolla un sistema de “common law” daría resultados similares a los de un modelo débil (Id., p. 373). Este “tipo” de sistema débil, sin embargo, resultaría insatisfactorio, en razón de que no prevé un mecanismo institucional eficaz para otorgar una respuesta rápida y efectiva a las interpretaciones judiciales, sino que se basa en la práctica del “common law”, con lo cual resulta ajeno al control de los parlamentos y depende del desarrollo jurisprudencial a través del tiempo. Como bien señala J. C. Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 220, n. 8: “no importa sólo qué decisión prevalece: importa también que no se demore sin justificación el momento en que prevalece”.

hacer notar además que existen otros modelos “débiles”, aunque en este trabajo nos centraremos primordialmente en los citados⁹.

III LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y DIÁLOGO INTER-INSTITUCIONAL: DOS (APARENTES) VIRTUDES DE LOS SISTEMAS DÉBILES DE CONTROL JUDICIAL

El surgimiento histórico de los modelos débiles en los países recién mencionados se sitúa concretamente en un período que abarca desde los años 1982 a 1998 (Canadá en 1982, Nueva Zelanda en 1990, y el Reino Unido en 1998)¹⁰. En los tres casos el ensamblaje de este peculiar modelo matizado de justicia constitucional al parecer obedeció, al menos en teoría, a la intención construir un modelo que fuese sensible hacia las críticas dirigidas a los sistemas fuertes, en especial la objeción democrática al control judicial. Se trata de países que habían sido tradicionalmente apegados al principio de supremacía parlamentaria, por lo cual la introducción de un sistema de control judicial debía en cierta forma ser sensible ante este hecho. La idea era hallar entonces un modelo que, sin abandonar por completo la doctrina de la supremacía parlamentaria a la que respondía la tradición constitucional de estos países, pudiera instituir un sistema de control judicial en el que los jueces habrían de jugar un papel en la interpretación de la constitución o de los catálogos de derechos, pero sin llegar a tener la última palabra en materia de interpretación de estos instrumentos¹¹.

El estudio de los sistemas débiles de justicia constitucional ha suscitado un considerable interés en los últimos años, precisamente porque, como se ha dicho, su diseño parece escapar, al menos *prima facie*, a las objeciones tradicionales formuladas al control judicial, en especial, a la

9 El caso de Suecia, por ejemplo, sería un candidato. Tampoco me ocuparé aquí de discutir o proponer fórmulas imaginarias para articular modelos débiles de justicia constitucional que no existen en ningún país, pues la gama de posibilidades sería demasiado amplia, con lo cual prefiero concentrarme en algunos modelos existentes para determinar sus eventuales fortalezas y debilidades. Quedan excluidas igualmente del análisis las distintas propuestas que se han hecho, sobre todo en los períodos revolucionarios francés y norteamericano, sobre distintas formas alternativas de control constitucional.

10 Sobre el punto, véase el excelente estudio de S. Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, 49 *American Journal of Comparative Law* 707 (2001).

11 Ahora bien, el que este modelo ecléctico haya satisfecho a todo el mundo es otra cuestión. Por ejemplo, J. D. Whyte, “On Not Standing for Notwithstanding”, 28 *Alberta Law Review* (1990), p. 347, escribe: “Some scholars regard the override as a fatal flaw in the Charter, undermining the judiciary’s power to protect rights”. A su vez, Morton y Knopff, *The Charter Review and the Court Party*, 2000, señalan: “others regard even the limited judicial role as leading to an overjudicialization of government.” (Cit. en “Introduction”, T. Campbell, J. Goldworthy y A. Stone (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford, 2003, p. 10, nota 9.)

objeción democrática. Ello ha sido así hasta el punto de que incluso algún constitucionalista norteamericano, de la talla de un Michael Perry (conocido por su postura a favor del “judicial review”), ha llegado a afirmar que los “norteamericanos deberían tomarse en serio la posibilidad de importar la innovación canadiense”¹². La razón de Perry para realizar esta sugerencia es precisamente la de que el autor considera importante hacer frente a las objeciones tradicionales al control judicial en la teoría constitucional norteamericana. A criterio de Perry, un sistema como el canadiense podría ser capaz de afrontar estos cuestionamientos de forma exitosa.

Más recientemente, otros autores han considerado que las críticas al control judicial devienen simplemente irrelevantes desde la perspectiva de ciertos sistemas débiles de justicia constitucional, como el canadiense. Una vez que se confronta la crítica al control judicial con modelos institucionales de este tipo, estas críticas carecen ya de todo sentido¹³. De la misma opinión, aunque expresada en términos más generales, es el constitucionalista canadiense Peter Hogg, para quien siempre que la última palabra permanezca en manos del legislativo, “gran parte del debate americano sobre la legitimidad del control judicial deviene irrelevante”¹⁴. Como tendremos la oportunidad de ver más abajo, el modelo canadiense es el más fuerte de los tres modelos citados, por lo que, *a fortiori*, estos dos últimos juicios podrían hacerse extensibles a los modelos británico y neozelandés¹⁵.

12 PERRY, Michael J. *The Constitution in the Courts. Law or Politics?*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1994, pp. 197 y ss. Véase además M. J. Perry, “Protecting Human Rights in a Democracy. What Role for the Courts?”, 38 *Wake Forest Law Review* 635 (2003). Perry recoge igualmente la opinión del constitucionalista canadiense, que fue uno de los autores del “Charter”, P. C. Weiler, “Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version”, 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 51 (1984), p. 80: “Perhaps one or another version of the Canada’s ‘override’ provision would be, for the United States, ‘an intrinsically sound solution to the dilemma of rights and courts’”. Otra propuesta similar a la de Perry ha sido la del conservador R. H. Bork, *Slouching Towards Gommorah. Modern Liberalism and American Decline*, Regan, New York, 1996, pp. 117-8, quien defiende una propuesta que permita al Congreso invalidar decisiones constitucionales mediante el voto mayoritario de cada una de las cámaras.

13 GOLDSWORTHY, J. “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy”, 38 *Wake Forest Law Review* 451 (2003). La crítica ya había sido adelantada en la recensión que este autor hizo de la obra de Waldron: véase J. Goldsworthy, “Legislation, Interpretation, and Judicial Review”, 51 *University of Toronto Law Journal* 75 (2001).

14 HOGG, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4. ed. Carswell, Toronto, 1997, 36.10-36.11.

15 Como acaba de verse, el interés de estos modelos radica precisamente en que prometen disolver las discusiones más tradicionales sobre la justificación del control judicial. Ilustrando la importancia de por lo menos uno de estos modelos, el comentarista canadiense T. Kahana, “Understanding the Notwithstanding Mechanism”, 52 *University of Toronto Law Journal* 221 (2002), p. 221, ha escrito: “En años recientes, Canadá ha adquirido reconocimiento internacional como un imperio constitucional. Comentaradores allende los mares a menudo se refieren al Charter canadiense de derechos y libertades como un documento de protección de derechos ejemplar, y jueces a lo largo del globo, desde China a Sudáfrica a Israel, citan casos canadienses con comodidad”.

La explicación por la cual los sistemas débiles de justicia constitucional serían en principios inmunes a las tradicionales objeciones al control judicial no es difícil de comprender. Se trata de sistemas que al no otorgar la palabra final a un órgano de naturaleza jurisdiccional, no parecen violentar, al menos *prima facie*, las exigencias “democráticas” que deberían revestir los procedimientos para la adopción final de decisiones en materia de derechos fundamentales, que es lo que los críticos más agudos del “judicial review” señalan. Al mismo tiempo, quizás estos sistemas constituyan la mejor manera de compatibilizar los dos principios tradicionalmente opuestos de la supremacía judicial y de la soberanía parlamentaria. Es más, y aunque no me detendré en este lugar en ello, algunas de las justificaciones teóricas más importantes de los sistemas fuertes de justicia constitucional –sobre todo aquellos ofrecidos en el ámbito de la teoría constitucional norteamericana– parecen resultar más adecuadas cuando se las concibe como justificaciones de sistemas débiles. La primera virtud de los sistemas débiles entonces radicaría en que parecen sortear con cierto éxito la objeción democrática al control judicial de la ley bajo los sistemas fuertes.

Otro argumento al que se ha apelado para intentar evidenciar las bondades de los sistemas débiles es el hecho de que promueven una especie de “diálogo inter-institucional”. La justificación de los sistemas débiles sobre la base de que promueven el diálogo entre órganos del Estado en cierta forma se hallaría conectada a la justificación anterior. Ello es así en razón de que quienes favorecen el diálogo inter-institucional aspiran al objetivo de contar con un debate público más vigoroso en torno a los grandes temas constitucionales, lo cual se relaciona en cierta forma con las concepciones deliberativas de la democracia, que en general consideran que el ideal democrático debe dar cabida a un amplio intercambio de opiniones en el espacio público a fin de enriquecer y legitimar el proceso de adopción de decisiones colectivas¹⁶. En ambos casos los argumentos de legitimidad democrática desempeñan un papel importante en la peculiar configuración de los sistemas débiles de justicia constitucional.

Ahora bien, ¿qué se entiende por “diálogo inter-institucional” y de qué manera se supone que los sistemas débiles promueven este diálogo? Para intentar dar respuesta a estas preguntas, quizás sea útil concebir el proceso de diálogo inter-institucional en tres etapas¹⁷. En un primer

16 Por citar una obra representativa, véase J. Habermas, *Facticidad y Validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, Madrid, 1998.

17 S. Linares, La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 200 y ss.

momento, el parlamento dicta una ley (“opinión”). En un segundo momento, el órgano judicial “responde” y declara la invalidez de la ley o llama la atención sobre su eventual incompatibilidad con la constitución. En una tercera etapa, el órgano legislativo tiene la oportunidad de considerar la respuesta del órgano judicial y decidir si da una “réplica” manteniendo o no la interpretación judicial. Todo esto se asemejaría a un proceso de diálogo en el cual se busca llegar, a través del intercambio de razones, a una mejor decisión, siempre en el marco de un proceso que consta de al menos tres fases: opinión, respuesta y réplica. Esta concepción “dialógica”, realizada entre los órganos legislativo y judicial, contribuiría entonces a dotar de una mayor legitimidad al sistema político en su conjunto, al tiempo de convertir a los sistemas débiles no sólo en mecanismos institucionales compatibles con ideales democráticos, sino además, en activos promotores de estos ideales¹⁸.

IV ALGUNAS DUDAS SOBRE LOS SISTEMAS DÉBILES Y SU CAPACIDAD PARA ACOMODAR IDEALES DE DIÁLOGO PÚBLICO Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

A. La legitimidad democrática de los sistemas débiles: algunos posibles problemas

a) *Diferencias básicas en la configuración específica de los tres sistemas débiles.* Una de las razones que hace interesante al estudio de los sistemas débiles es que cada uno tiene sus especificidades propias. Para comprender mejor las diferencias entre los tres sistemas que aquí tomaremos como ejemplo, a saber, los de Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda, puede que resulte útil concebirlos como situados en distintos puntos de una línea continua entre dos polos opuestos a cuyos extremos se situarían, por un lado, el principio de la supremacía judicial, y por el otro, el principio de la soberanía parlamentaria¹⁹. El modelo más fuerte entre los tres, es decir, el que se sitúa más cerca del polo de la supremacía judicial, es el canadiense. La cláusula decisiva es el Charter 33. La misma establece lo que se conoce como el “mecanismo notwithstanding” [“non-obstante”], en función del cual una interpretación judicial puede ser sometida a un “override”, es decir, puede ser dejada de lado (sin afectar la cosa juzgada) mediante una nueva ley cuando el parlamento no esté de acuerdo con la interpretación que le ha dado el órgano judicial. La nueva ley dictada

18 Cabe señalar, empero, que existen distintas versiones de la teoría del diálogo inter-institucional. Aquí intento ofrecer una reconstrucción plausible de cómo debería operar adecuadamente un mecanismo que propicie un diálogo entre distintos órganos estatales.

19 GARDBAUM, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, cit.

por medio de este mecanismo sólo tendrá una vigencia de cinco años, renovables por períodos sucesivos. Cabe añadir además que el “override” sólo resulta aplicable a determinados derechos del Charter canadiense, específicamente, los comprendidos entre las secciones 7 a 15.

En una posición más cercana a la de la supremacía parlamentaria, puede decirse que el sistema más débil de todos es el neozelandés, en el que los jueces carecen de la facultad de inaplicar una ley que consideren que atenta en contra del “Bill of Rights” (el cual sólo tiene rango legal y no constitucional). Bajo este sistema, los tribunales tienen la obligación de interpretar las leyes de modo a hacerlas compatibles con el “Bill of Rights”, a lo cual suele aludirse con la expresión “mandato interpretativo”, y que viene a ser algo así como lo que se conoce como la técnica de la interpretación conforme a la constitución. Sin embargo, en caso de hallar una incompatibilidad que no pueda adecuarse ni siquiera por vía interpretativa al “Bill of Rights”, el tribunal no puede invalidar la ley ni emitir una declaración de ningún tipo, al menos en principio²⁰. Podría cuestionarse entonces si es que cabría considerar que este sistema verdaderamente consagra alguna forma de control judicial. Lo cierto es que normalmente se asume de manera pacífica que el mandato interpretativo constituye en efecto una forma de control, ya que en función al mismo, los tribunales pueden dejar de lado los métodos más tradicionales de interpretación del *common law*, para discernir si es que la legislación en cuestión se ajusta o no al “Bill of Rights” de conformidad a los propósitos que la legislatura tuvo en cuenta al aprobar la ley. Al hacer esto, los tribunales pueden acabar otorgando a las leyes en cuestión una determinada interpretación que no obedezca a las mismas intenciones que la legislatura tuvo inicialmente en cuenta, con lo cual acaba incidiendo en la manera en que la ley habrá de aplicarse en la práctica.

En el medio del sistema canadiense y del neozelandés se situaría el modelo del Reino Unido, producto de la incorporación, por medio del “Human Rights Act” de 1998, del Convenio Europeo de Derechos

²⁰ El Bill reza, en su s. 4:

“No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),-

Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or

Decline to apply any provision of the enactment – by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights”.

A su vez, la s. 6 establece:

“Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.”

Humanos, y que entró en vigor en el 2000. Bajo este sistema, los tribunales están obligados, al igual que en el caso neozelandés, a buscar siempre una interpretación conforme al convenio, pero en caso de no hallarla, pueden emitir una “declaración de incompatibilidad”. Esta declaración no tiene el efecto de invalidar la ley –facultad de la que carecen los jueces en este sistema–, pero sí puede provocar una respuesta política por parte del ministerio que promovió la ley. El procedimiento en este caso permite una vía rápida al ministro del gabinete que propuso la medida legislativa para hacer que la legislación resulte compatible con el o los derechos afectados²¹. De hecho el sistema está diseñado bajo la expectativa de que una “declaración de incompatibilidad” genere precisamente este tipo de respuesta, o cuando menos, que genere una ronda de debate político en torno a las disposiciones impugnadas, atrayéndose así la atención de la opinión pública. Lo cierto es que los jueces carecen de por sí de la facultad de negarse a aplicar una disposición que consideren contraria al “Human Rights Act”.

b) Haciendo frente a la objeción democrática. De entre estos modelos, ¿cuál es el que aparece como mejor equipado para dar respuesta a la objeción democrática? Al parecer, el sistema más problemático de todos es el canadiense. Como vimos, se trata del modelo más “fuerte” de todos, ya que, a diferencia de los modelos neozelandés y británico, otorga a los órganos judiciales la facultad de inaplicar una ley cuando los tribunales consideren que la misma atenta contra los derechos fundamentales, cosa que no ocurre en los otros dos sistemas²². Ahora bien, desde su entrada en vigor, el “override” prácticamente no ha sido empleado, lo cual hace que, en los hechos, el sistema canadiense resulte muy parecido a un modelo fuerte de justicia constitucional como el norteamericano, en el

21 El “Human Rights Act” de 1998 prescribe en sus artículos más relevantes:

“4(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility...”

4(6) A declaration under this section (‘a declaration of incompatibility’)-

does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and is not binding on the parties to the proceedings in which it is made...

[...] 10(1) This section applies if- a provision of legislation has been declared under section 4 to be incompatible with a Convention right...

10(2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.”

22 Waldron ni siquiera considera al sistema canadiense como un “sistema débil”. Véase “Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators”, 23 *Supreme Court Law Review* (2d) 7 (2004); así como “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006), p. 1357, nota 34. Cfr., sin embargo, la opinión de Bayón, “Democracia y derechos...”, cit., p. 131, nota 176, para quien el sistema canadiense le parece la mejor solución. El autor asume además la posibilidad del diálogo inter-institucional.

sentido de que los jueces acaban teniendo, de hecho, la última en materia de derechos. Incluso hay quien ha afirmado que hasta pudo haberse formado ya una convención constitucional en contra del empleo del Charter 33²³, lo cual significaría que en la práctica, la única manera de revisar una decisión judicial sería a través del expediente de la reforma constitucional, al igual que ocurre con los sistemas fuertes. De hecho, el mecanismo establecido en la cláusula “notwithstanding” no habría sido utilizado a nivel federal desde su entrada en vigor, y apenas ha sido empleado un par veces por una provincia que no fuera la de Quebec. (A su vez, el empleo de la cláusula por esta última provincia se debió a motivos políticos internos propios del país que hacen a la delicada relación entre la minoría francófona y la mayoría anglófona, cuestión que no viene al caso analizar en este lugar²⁴.)

Dejando de lado este último caso, este estado de cosas en función del cual el “override” prácticamente no se ha empleado no resultaría objetable si es que la falta de una respuesta legislativa se debiera a la aceptación o aprobación de las legislaturas de la interpretación judicial efectuada con relación a los derechos. En estos casos, no habría ningún reparo que oponer al funcionamiento del sistema, ya que la falta de respuesta se debería al asentimiento del parlamento. Al fin y al cabo, los sistemas débiles solamente posibilitan una respuesta legislativa, pero no la exigen en cada caso, sobre todo si la legislatura está de acuerdo con la interpretación efectuada en sede judicial. Pero quizás la falta sistemática de una respuesta legislativa se deba a otros factores que sí tendrían un efecto deslegitimador sobre el sistema. Los sistemas débiles resultarían atractivos –al menos bajo las condiciones de “pluralismo razonable” que afectan a los derechos y que constituyen el contexto de la

23 GARDBAUM, “*The New Commonwealth Model of Constitutionalism*”, cit., p. 726. También alude a ello Goldsworthy, “*Judicial Review, Legislative Override, and Democracy*”, cit., p. 466. El papel que desempeñan las convenciones constitucionales en estos países que se derivan del modelo constitucional inglés es conocido. Para una introducción sintética, véase E. Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Clarendon, Oxford, 1998.

24 La cláusula “notwithstanding” resultó incorporada a la Constitución canadiense a consecuencia de una concesión hecha a último momento a los gobiernos provinciales a fin de que apoyaran la reforma constitucional promovida en aquel entonces. Pero la cláusula es en general impopular, y la mayoría de los gobiernos casi nunca la invocan. Sobre el punto, véase Gardbaum, “*The New Commonwealth Model of Constitutionalism*”, cit., p. 722. Parte de las reticencias hacia el “notwithstanding” tiene que ver con lo que se considera como un abuso por parte de la provincia francófona de Québec. Celosa de su independencia, al entrar en vigor el “Charter”, el parlamento provincial insertó una disposición al amparo de la cláusula “notwithstanding” aplicable a toda la legislación entonces vigente. De este modo, se empleó el mecanismo “notwithstanding” de modo genérico, aplicándolo a toda legislación pasada y futura, con lo cual se habría desvirtuado el espíritu de la disposición, anulando de entrada cualquier posibilidad de control.

objección democrática—, si es que aspiraran a reconocer las divergencias interpretativas razonables que pueden producirse entre dos órganos estatales distintos, otorgando no obstante la última palabra en materia de derechos al órgano que reviste una mayor legitimidad representativa. Pero el sistema de justicia constitucional canadiense no parece adecuarse a este esquema. En efecto, la cláusula pertinente dispone que “el Parlamento o la legislatura de una provincia puede declarar en una ley del Parlamento o de la legislatura, según el caso, que la ley o norma en cuestión tendrá vigencia *no obstante* [énfasis mío] una cláusula prevista en la sección 2 o en las secciones 7 a 15 de esta Carta”. Posteriormente, otro inciso establece que en este caso, la ley en virtud de la cual se procede a la respuesta legislativa tendrá una duración de cinco años, pero que puede ser prorrogada por períodos iguales sucesivos.

Configurado de este modo, está claro que el diseño del sistema no parece obedecer a la idea de los desacuerdos razonables que pueden darse en el ámbito de la interpretación de los derechos y que fue puesta de relieve en la sección II. El sistema más bien parece consagrar la idea de que, una vez que los tribunales han considerado que una determinada ley viola alguno de los derechos del Charter, la legislatura puede optar por mantener la vigencia de la ley *a pesar de* reconocer que al hacerlo, se está violando uno o más derechos consagrados por el Charter. Pero el Charter no contempla la posibilidad de que el parlamento pueda tener interés no en emplear el “override” para legislar *no obstante* la violación de derechos, sino porque simplemente considera que su interpretación es preferible a la interpretación efectuada en sede judicial, y que puesto que ambas pueden ser perfectamente razonables, no hay razón alguna para que deba prevalecer la última ni para considerar que la de la legislatura viola los derechos. Desde el momento en que esto es así, en el diseño mismo del sistema puede percibirse un importante defecto del modelo canadiense²⁵.

Quizás esto explique además el hecho de por qué la palabra de los tribunales es la que termina en la práctica prevaleciendo de manera persistente. En efecto, dado el costo político, puede que los legisladores carezcan de incentivos suficientes para hacer prevalecer una legislación *a pesar de* que viola derechos fundamentales consagrados en el Charter. En primer lugar, puede que los legisladores no estén dispuestos a obrar de este modo con independencia a lo que piensen sus electores. Es decir, un legislador puede por sí mismo negarse a apoyar una iniciativa en

25 Sobre el punto, véase Goldsworthy, “Judicial Review, Legislative Override, and Democracy”, cit., pp.

467 y ss., quien sugiere una redacción distinta que especifique que los tribunales deberán interpretar los derechos en el sentido fijado en la ley.

relación a la cual ha habido un pronunciamiento judicial que sostiene que la ley afectada viola ciertos derechos. Y si añadimos el efecto que podría llegar a tener el hecho de que el legislador tome en cuenta la opinión del electorado, el costo político en este caso probablemente será aún mayor, ya que el mensaje que los legisladores tendrían que emitir ante la opinión pública sería que la iniciativa que están respaldando viola los derechos de los ciudadanos

Un problema adicional consiste en que el plazo de vigencia de la ley que habrá de dictarse mediante el “override” esté fijado en cinco años, aunque prorrogables por períodos sucesivos²⁶. Quizás un parlamento carezca de interés en tener que promulgar una ley en respuesta a una decisión judicial sabiendo que dicha ley tendrá una vigencia de sólo cinco años. Aun en el caso de que lo haga, y llegado el plazo de la renovación, el problema se manifiesta nuevamente al tener que volver a aprobarse una ley por otros cinco años, exponiéndose el parlamento nuevamente ante la opinión pública por intentar prorrogar la vigencia de una ley que según la interpretación judicial viola la constitución. Quizás todo esto logre disuadir a los legisladores, quienes finalmente opten por concentrar sus energías en otras iniciativas, habida cuenta el hecho de que en política las opciones deben ser administradas en función a sus costos, y que la concentración de energías en determinadas políticas normalmente va en detrimento de otras²⁷.

Otro argumento, enfatizado sobre todo por el constitucionalista norteamericano Mark Tushnet en varios artículos dedicados al estudio de los sistemas débiles, plantea como hipótesis la posibilidad de que la falta de respuesta legislativa se deba más bien a la *incapacidad* política de brindar una respuesta a la decisión judicial en cuestión que al asentimiento voluntario del legislativo. El argumento tiene que ver, al menos en parte, con ciertos rasgos estructurales de los procesos legislativos, los cuales indican que una iniciativa legislativa puede no llegar a prosperar no tanto en razón de que la mayoría acabe aceptando la interpretación judicial, sino mediante el ejercicio de una suerte de “veto” de ciertos grupos minoritarios ubicados estratégicamente y que pueden aparecer en el curso de un proceso legislativo para disuadir o hacer más difícil que ciertas mayorías puedan llevar a cabo sus objetivos. Estos

26 El establecimiento de este plazo no es arbitrario, ya que obedece a la finalidad de que una legislatura distinta sea la que se encargue de decidir la prórroga de la ley.

27 En otro orden de ideas, el hecho de que la cláusula “notwithstanding” se extienda únicamente a ciertos grupos de derechos también puede reflejar un defecto en la concepción general del modelo (salvo que se intente argumentar que ciertos derechos constitucionales gozan de primacía sobre otros).

sitios de veto pueden hallarse, siempre según Tushnet, tanto en sistemas presidencialistas (comisiones legislativas, veto del presidente, etc.), como también en los sistemas parlamentarios, como el canadiense. En este último caso, el fenómeno se daría, por ejemplo, al existir mayorías que en realidad son coaliciones de diversos grupos, cuando el gobierno considera que el costo político de imponer la disciplina de bloque a los diversos grupos puede llegar a producir un desgaste político, obstaculizando el apoyo hacia otras iniciativas legislativas que el gobierno también desea ver prosperar y para las cuales también debe asegurarse el apoyo de todos los grupos²⁸. A todo esto podría replicarse que uno de los propósitos del control judicial en un sistema débil es justamente el de establecer un costo político que consista en obligar a la mayoría de gobierno a invertir un esfuerzo adicional en una medida que pueda vulnerar los derechos (en opinión del tribunal). Pero lo que este argumento sugiere más bien es que se imponen además *otros* costos adicionales, no inherentes a la teoría del control judicial débil sino a la estructura de los procesos legislativos, por lo cual el problema pasa muchas veces inadvertido en los debates sobre la justificación del modelo²⁹. Está claro además que las situaciones concretas en las que podría suscitarse una situación de este tipo deberían evaluarse en cada caso de acuerdo a sus consecuencias sobre los derechos. Sin embargo, lo que aquí me interesa destacar es más bien que esta hipótesis arroja algunas dudas sobre la explicación según la cual la falta de respuesta se deba siempre a un asentimiento del legislador. La palabra más adecuada para describir situaciones como éstas sería la de “resignación”, y en este caso, ello podría tener un efecto deslegitimador sobre las razones del desuetudo en el que ha caído el mecanismo “notwithstanding”.

Otros estudios señalan aún que los funcionarios públicos encargados de elaborar proyectos de leyes pueden ejercer una suerte de “deferencia anticipada”. Esta actitud resultaría motivada por una suerte de aversión al riesgo que el funcionamiento del sistema tiende a generar. En este sentido, los funcionarios encargados de redactar las

28 TUSHNET, M. “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy- Based Worries”, *38 Wake Forest Law Review* 813 (2003), p. 832 y ss. Las razones por lo que esto podría llegar a ocurrir son variadas. Por ejemplo, una minoría que integra la mayoría modifica la intensidad de sus preferencias como respuesta a la decisión judicial. O bien, puede darse el caso de que el transcurso del tiempo no modifique las preferencias de la mayoría legislativa pero sí la prioridad que ésta le asigna en balance con otras cuestiones políticas pendientes, etc. Véase además M. Tushnet, “Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty”, *94 Michigan Law Review* 245 (1995), p. 293-4.

29 TUSHNET, op. cit., p. 832.

propuestas legislativas intentan de antemano dar con fórmulas para evitar que la ley pueda llegar a ser eficazmente impugnada, algo que en la práctica se denomina “Charter proofing”, y para lo cual normalmente reciben asesoramiento en derecho constitucional para asegurar la constitucionalidad de los proyectos. De este modo, se pretende blindar de antemano una propuesta legislativa a fin de que la misma no resulte invalidada por los tribunales una vez que ésta entre en vigor. Según esta explicación, los gobiernos parlamentarios desean evitar, dados los costos políticos, el tener que ser expuestos a una invalidación judicial, incluso cuando tengan a su disposición el “override”. Al ser esto así, se someten propuestas legislativas que tienen buenas probabilidades de ser aceptadas por los tribunales de conformidad a las interpretaciones en vigor. El problema con esta práctica es que no favorece la presentación de proyectos que podrían resultar más controvertidos desde el punto de vista de la óptica judicial, aunque siempre dentro del ámbito de lo razonable, y que empujen a los tribunales hacia los límites de las interpretaciones vigentes³⁰. (Dicho sea de paso, esto constituye además una razón adicional que demuestra las limitaciones de la teoría del diálogo inter-institucional, que será analizada más abajo, ya que si las propuestas legislativas están siempre a tono con las interpretaciones vigentes, el diálogo parece perder relevancia.) Si el sistema realmente funciona de esta manera, entonces no parece que el mismo sea capaz recoger cabalmente las divergencias profundas que pueden presentarse en el seno de una sociedad pluralista cuando lo que está en juego es la interpretación de cómo una determinada medida legislativa afecta los derechos, sino que sólo es capaz de acomodar ciertas interpretaciones específicas, a saber, las que mantienen los jueces.

c) *El caso de los sistemas más débiles.* Estos son sólo algunos argumentos sobre los defectos estructurales y sobre el entramado de incentivos institucionales que ofrecen los críticos del modelo canadiense. Desde esta perspectiva, los modelos británico y neozelandés aparecen, al menos formalmente, mejor diseñados para evitar por lo menos las objeciones principales al sistema anteriormente comentado. Esto no es casualidad, ya que, dada su fecha posterior, el diseño de estos modelos se realizó previa observación, aprendizaje y adaptación de la experiencia canadiense, la cual constituyó su punto de partida³¹. Bajo los modelos británico y neozelandés se invierte la situación de incentivos que se da

30 TUSHNET, M. “*Marbury v. Madison Around the World*”, 71 Tennessee Law Review Association 251 (2004), p. 268. (El autor se apoya en J. L. Hiebert.)

31 GARDBAUM, op. cit., p. 719.

en el ámbito canadiense, lo cual puede contribuir a evitar la inercia que se da en este último. En efecto, en los sistemas más débiles los jueces no se hallan autorizados a declarar la invalidez de una ley, ni tampoco a inaplicarla a un caso concreto cuando consideren que la misma vulnera determinados derechos. A lo sumo, en el caso británico, pueden únicamente emitir una “declaración de incompatibilidad”, la cual está destinada a llamar la atención al legislador, alertándolo de que quizás haya un problema con la ley en cuestión y su afectación a uno o más derechos. Como vimos, esta declaración autoriza al ministro del gabinete que promovió la ley a emplear un procedimiento rápido [“fast track”] para enmendar la ley, en caso de que considere que la interpretación judicial resulta preferible a la efectuada en sede parlamentaria. De esta forma, al no procederse a la invalidación ni tampoco a la inaplicación de la ley, se evita el riesgo señalado en el sistema canadiense de que, en la práctica y debido en parte a la inercia que propicia el diseño del sistema, sean los tribunales quienes acaben teniendo la última palabra. Conviene señalar además que la declaración de incompatibilidad no debe verse como un mecanismo absolutamente impotente, ya que la finalidad del mismo es la de llamar la atención, tanto de los legisladores como por parte de la opinión pública, sobre lo que los tribunales consideran una eventual violación de derechos, lo cual puede acabar propiciando un debate para airear más detenidamente la cuestión³². Es decir, se espera que este mecanismo no resulte inútil sino que genere algún tipo de respuesta política.

La inquietud que este último modelo podría generar es la de determinar si puede en efecto brindar una protección adecuada a los derechos. La respuesta a esta inquietud nos lleva hasta el núcleo mismo de la objeción democrática al control judicial de la ley: quien asuma que el órgano legislativo posee una capacidad para alcanzar decisiones correctas en materia de interpretación de los derechos que al menos no resulta menor a la de los tribunales —conforme se vio en la sección II—, sumado a la apreciación de que los últimos reflejan más adecuadamente la dimensión participativa de la que deben estar revestidos los órganos encargados de la adopción de decisiones colectivas, no tiene ningún motivo para sospechar de la disposición institucional que presenta un modelo de este tipo.

³² Ibid., p. 738. En el caso británico, puede decirse que se parte en dos la función de control: por un lado, los tribunales detectan una supuesta infracción; por otro lado, es la legislatura la que se encarga de invalidar la disposición.

Pero aún a pesar de las apariencias, no debe pensarse que los dos sistemas más débiles han sido inmunes a la crítica. Incluso en el caso neozelandés, que como se dijo constituye el más débil de todos ya que no prevé la posibilidad de emitir una declaración de incompatibilidad y en el que el control se limita al mandato interpretativo, no han faltado voces críticas que han manifestado su preocupación ante lo que consideran una escalada hacia formas más fuertes de control judicial. Un comentarista ha empleado la sugestiva metáfora según la cual en este sistema “Clark Kent se ha convertido en Superman”³³. En efecto, en 1999 un tribunal neozelandés –atribuyéndose facultades no expresamente conferidas– dejó entrever, en *Moonen v. Film and Literature Board of Review*, que el mandato interpretativo entrañaba la facultad de emitir, de forma similar al modelo inglés, declaraciones de incompatibilidad³⁴. Esto resulta de suma relevancia sobre todo por lo siguiente. En el sistema inglés, se ha señalado que la emisión reiterada de declaraciones de incompatibilidad puede llegar a tener un efecto significativo sobre la voluntad legislativa. Y si esta hipótesis llega a anclarse en la cultura política inglesa determinando una tendencia firme hacia la acogida sistemática de declaraciones de incompatibilidad, ello podría convertir a este sistema formalmente débil en un sistema fuerte *de facto*³⁵. (Debe tenerse presente además que no abordo el problema de las interrelaciones de este último sistema con el sistema europeo de protección de los derechos humanos, lo cual también traería aparejado importantes consecuencias sobre el funcionamiento del sistema inglés³⁶.) De cualquier manera, acaso resulte algo apresurado aventurar juicios genéricos sobre el funcionamiento tanto del sistema

33 Véase J. Allan, “Turning Clark Kent into Superman: The New Zealand Bill of Rights Act 1990” 9 *Otago Law Review* 613 (2000); y del mismo autor, “The Effect of a Statutory Bill of Rights Act Where Parliament is Sovereign: The Lesson from New Zealand”, en T. Campbell, K. D. Ewing y A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2001; así como “Take a Heed Australia – A Statutory Bill of Rights and Its Inflationary Effect”, disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2001/7.html#fnB35>.

34 Linares, La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes, cit., p. 216.

35 Cfr., sin embargo, *ibid.*, pp. 228-9, donde se sugiere una tendencia contraria: los jueces tenderán a acudir a la técnica de la interpretación conforme a fin de no verse obligados a aplicar una ley que consideran violatoria de los derechos.

36 En este sentido, Perry, “Protecting Human Rights in a Democracy...”, cit., pp. 671-2 señala lo siguiente: “Because in cases of conflict the transnational system trumps the domestic system - because, that is, a judgment by the European Court of Human Rights that the United Kingdom has violated, or is violating, a Convention right, which judgment Parliament is treaty-bound to respect, takes precedence over a judgment to the contrary by a UK court - perhaps we should say that the overall legal system in the United Kingdom is, with respect to Convention rights, one of judicial ultimacy”. Esta observación plantea sin duda algunos desafíos importantes. Sin embargo, como queda dicho y por razones de una adecuada delimitación de mi objeto de estudio, no aludiré aquí a los problemas que se generan por la inserción del Reino Unido en el sistema europeo de protección de derechos humanos.

británico como neozelandés, por lo que estas consideraciones deben tomarse sólo como especulativas y no concluyentes³⁷.

Lo que esta brevísima exposición sugiere es que hay razones para considerar con alguna seriedad la tesis de la inestabilidad que según Tushnet se desprendería del funcionamiento de estos sistemas. Según esta tesis, puede que los sistemas débiles de justicia constitucional resulten inestables, mostrando una tendencia a escalar hacia formas más fuertes de control judicial, con lo cual, en la práctica, los beneficios teóricos que se predicán de los sistemas débiles quizás tendrían dificultades de materializarse en la práctica³⁸. En consecuencia, la “promesa según la cual el control judicial débil puede en la práctica reducir sustancialmente las preocupaciones democráticas en torno al control judicial... pueden no resultar satisfechas”³⁹.

B. ¿Puede tener lugar un diálogo significativo en el marco de los sistemas débiles de control judicial?

Así como sosteníamos que el diseño de los sistemas débiles parece hacerlos, al menos en principio, menos vulnerables a las objeciones tradicionales hacia el control judicial, también podemos afirmar que la teoría del diálogo inter-institucional al parecer adquiere más sentido en el contexto de los sistemas débiles. Ello es así en razón de que los sistemas fuertes, al otorgar la palabra final al legislativo, acaban,

37 Para una aproximación, en el caso del Reino Unido, véase I. Leigh, “The UK’s Human Rights Act 1998: An Early Assessment”, en G. Huscroft y P. Rishworth, *Litigating Rights. Perspectives from Domestic and International Law*, Hart, Oxford/Portland, 2002; o bien, J. L. Hiebert, “Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?”, 4 I. CON. 1 (2006); así como, de la misma autora, “New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?”, 82 *Texas Law Review* 1963 (2004). De cualquier manera, dada la rápida proliferación de la literatura emergente, resulta difícil ofrecer en este lugar una guía adecuada.

38 El autor también explora la posibilidad opuesta de que estos sistemas se conviertan en la práctica en sistemas plenos de soberanía parlamentaria, extremo éste que no será abordado aquí. (Véanse las referencias en la nota siguiente.)

39 TUSHNET, “New Forms of Judicial Review and the Persistence...”, cit., p. 815, y también en “Marbury v. Madison Around the World”, cit., p. 267: “I have become skeptical about the claims made on behalf of weak-form systems of review, largely because such systems seem to me to degenerate into strong-form systems”. Cabe añadir que, en el primero de estos trabajos, Tushnet no considera en detalle, por falta precisamente de una experiencia de funcionamiento más dilatada, los casos británico y neozelandés. El autor sí aborda paralelamente una forma de justicia constitucional débil, que estaría dada por el “experimentalismo democrático” propiciado por autores como Dorf y Sabel. No exploro este extremo aquí en razón de que no lo considero como un modelo débil de justicia constitucional propiamente hablando, sino como una estrategia interpretativa cercana al minimalismo o a la deferencia.

al menos formalmente, con toda discusión posible⁴⁰. De modo que, a pesar de que bajo los sistemas fuertes algunos autores también hayan intentado emplear la metáfora del “diálogo”, las versiones más plausibles de la teoría del diálogo inter-institucional acaso hallen mejor acomodo bajo los sistemas débiles de justicia constitucional, donde no está todo dicho una vez que órgano judicial se pronuncia⁴¹.

Sin embargo, aun en el caso de los sistemas débiles, no ha faltado quien se haya mostrado escéptico con relación a la posibilidad de que se desarrolle algún tipo significativo de diálogo por medio del control judicial. En efecto, si como se ha sugerido en el apartado anterior, en la práctica la interpretación de los tribunales es la que acaba imponiéndose sistemáticamente, con lo cual en los hechos los sistemas débiles no lograrían diferenciarse del todo de los sistemas fuertes, entonces no existirían demasiadas perspectivas para el diálogo, asumiendo la tesis de que en los sistemas fuertes resulta improbable que el diálogo pueda tomar lugar de manera significativa. De otra parte, existen además otras razones de distinta naturaleza que contribuyen arrojar algunas dudas sobre la teoría del diálogo inter-institucional bajo los sistemas

40 En efecto, esta teoría no sólo se ha pretendido para justificar los modelos débiles. Aunque de diversas maneras, algunos constitucionalistas norteamericanos también han pretendido aplicar alguna versión de esta teoría a su propio sistema. (Véase K. Roach, “American Constitutional Theory for Canadians (And the Rest of the World)”, 52 *University of Toronto Law Journal* 503 (2002)). El problema en general con esta justificación es que resulta dudoso que la teoría del diálogo inter-institucional pueda justificar satisfactoriamente el control judicial en un modelo fuerte en el que la última palabra la tenga el órgano judicial, sin posibilidad de réplica. Un ejemplo de cómo el diálogo entre distintos órganos del Estado difícilmente pueda prosperar en el marco de un sistema fuerte podría ser el caso *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) y sus antecedentes, que más bien guarda analogía con un monólogo que con un diálogo. Esto es en efecto lo que cabe esperar de un sistema de supremacía judicial en el que las posibilidades de brindar una respuesta que facilite el diálogo se reducen considerablemente. Una crítica en este sentido en Waldron, “Some Models of Dialogue...”, cit. Otros autores, sin embargo, conciben al sistema constitucional norteamericano no como un sistema de supremacía judicial sino en clave “departamentalista”, con lo cual las perspectivas serían más auspiciosas. En parecidos términos, otros abogan por una suerte de “minimalismo” en las decisiones judiciales que permita un cierto margen de respuesta al legislativo.

41 Según L. B. Tremblay, “The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures”, 3 *I.CON* 617 (2005), p. 617, se trata de una contribución canadiense al debate sobre la legitimidad del control judicial. En Canadá, han defendido la teoría P. W. Hogg y A. A. Bushell, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing After All)”, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75 (1997). Una respuesta a estos autores en C. Manfredi y J. Nelly, “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell”, 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513 (1999). Otra de la teoría del diálogo en este ámbito sería el “deliberative disagreement approach” de T. Kahana, “Understanding the Notwithstanding Mechanism”, cit. Por lo demás, la teoría del diálogo ha sido expresamente recogida en algunos fallos de la Corte Suprema canadiense, paradigmáticamente en *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

débiles. En lo que sigue, y sin pretensiones de exhaustividad, me limitaré a mencionar brevemente algunas de ellas, con una finalidad más bien sugestiva que definitiva y concluyente.

Por ejemplo, el profesor de la Universidad de Montreal, Luc Tremblay, ha afirmado que si bien puede existir alguna forma de diálogo entre los tribunales y el parlamento, “el *tipo* de diálogo que sería necesario para conferir fuerza legitimatoria a la institución y práctica del control judicial no existe ni puede existir. Consiguientemente, el carácter normativo de la teoría del diálogo institucional, así como ha sido concebido hasta ahora, es en definitiva de naturaleza retórica”⁴². Si lo interpreto adecuadamente, para llegar a esta conclusión el autor se basa principalmente (aunque no de modo exclusivo) en una tesis bastante trivial aunque muy pertinente sobre la manera adecuada en que debe ser ejercida la función judicial. La intuición detrás de esta idea es la siguiente. Los tribunales deben interpretar la constitución de acuerdo a su leal saber y entender, ponderando las razones jurídicas pertinentes a fin de llegar a una convicción sobre el asunto sometido a su decisión. Pero resulta contrario a nuestras intuiciones más arraigadas sobre cómo debería funcionar un órgano jurisdiccional el hecho de que éste se disponga a entablar un diálogo a la hora de determinar la decisión que debe adoptar. El argumento sugiere entonces que la propia naturaleza de la función judicial y la responsabilidad e independencia con la cual deben actuar los jueces obstaculizarían la viabilidad de una genuina forma de diálogo.

De otra parte, hemos visto que la práctica de los sistemas débiles puede llegar a desembocar en una prevalencia de la decisión de los órganos jurisdiccionales, incluso cuando formalmente se halle contemplada una respuesta institucional. Pero supongamos que en efecto el órgano legislativo haga uso efectivo de la capacidad de respuesta. En este punto resulta sugestivo un ejemplo de Walter Sinnott-Armstrong quien, aunque intentando contrarrestar las críticas a un sistema fuerte como el norteamericano, realiza la siguiente apreciación sobre la supuesta capacidad de promover el diálogo de la que gozarían los sistemas débiles. Así como no puede haber diálogo cuando una esposa objeta a su marido el que éste desee llevar a cabo una acción, y el marido responde, “No me importa, lo haré igual”, lo mismo puede decirse de una legislatura que, en respuesta a una decisión judicial, decida emplear la facultad de

42 TREMBLAY, “The legitimacy of judicial review...”, cit., p. 619. Una crítica similar en Tushnet, “Policy Distortion and Democratic Debilitation...”, cit.

revisar una determinada interpretación judicial que invalida una ley del siguiente modo: “No nos importa, haremos prevalecer la ley de cualquier manera”⁴³. Desde luego que esta dinámica tampoco parece ser una manera atractiva de promover una suerte de diálogo genuino en función del cual los órganos en cuestión se disponen a escuchar las razones del otro para adoptar una decisión que tome en consideración todos los argumentos posibles vertidos en el curso del diálogo. (A su vez, en los sistemas fuertes, donde los órganos jurisdiccionales tienen la última palabra, son los jueces quienes pueden responder de conformidad a este peculiar modelo que en realidad representa la negación de un diálogo genuino.) Este argumento sugiere que no existe nada inherente a la construcción de los sistemas débiles que necesariamente los predisponga hacia un tipo de diálogo que sea capaz de legitimar la interacción de los órganos legislativo y judicial y que resulta de la atribución a los jueces de la facultad de ejercer el control judicial.

Las siguientes dos objeciones son de una naturaleza diferente. La primera de ellas insinúa que el diálogo inter-institucional –en caso de ser viable– puede resultar simplemente redundante, y apuntaría más bien a justificar una atribución de dudosa legitimidad democrática a los jueces (el control judicial) antes que añadir un elemento legitimador distinto, en este caso el diálogo. Según este argumento, aún admitiendo la posibilidad de que legislatura se halle dispuesta a tomar seriamente en cuenta la opinión de los tribunales, puede que los elementos de diálogo que los tribunales aporten a una legislatura para su consideración no hagan sino reproducir posturas que ya son bien conocidas en la legislatura a raíz del tratamiento originario de la cuestión. Dada la manera en que se estructuran los procesos legislativos en las sociedades democráticas contemporáneas, con todo el cúmulo de debates, ronda de discusiones y de reuniones, tratamiento en comisiones, asesoramiento en derecho constitucional por parte de expertos, tratamiento en dos cámaras distintas en los sistemas políticos bicamerales, etc., etc., es muy probable que el tribunal acabe intentando entablar un diálogo sobre temas harto debatidos y conocidos por los miembros de la legislatura⁴⁴.

43 W. Sinnott-Armstrong, “Weak and Strong Judicial Review”, 22 *Law and Philosophy* 381 (2003), p. 385.

44 Para este argumento, véase Waldron, “Some Models of Dialogue...”, cit., pp. 25 y ss. Desde otra perspectiva, esta vez en el contexto norteamericano, S. M. Griffin, “Has the Hour of Democracy come Round at Last? The New Critique of Judicial Review”, 17 *Constitutional Commentary* 683 (2000), pp. 698-9, también ha cuestionado a quienes pretenden aplicar la teoría del diálogo a este sistema político poniendo énfasis en el proceso de designación de los magistrados, lo cual produciría como resultado una especie de redundancia que arrojaría dudas sobre la capacidad de los tribunales de promover el diálogo: “The politicization or democratization of the Supreme Court appointment process...makes it unlikely

Todo ello obligaría a repensar el verdadero alcance justificatorio de la teoría en cuestión de cara al problema que representa el hecho de que los jueces puedan invalidar una decisión del órgano que reviste una mayor legitimidad democrática y una capacidad no inferior a la de los órganos jurisdiccionales para dotar de contenido a los derechos.

Finalmente, un último argumento llama la atención sobre una suerte de actitud paternalista detrás de la teoría del diálogo inter-institucional. Según este argumento, y asumiendo la validez de la teoría del diálogo, la función que desempeñan los jueces a través del control judicial sería la de “ayudar” a una legislatura incapaz de deliberar adecuadamente por sí misma o de tomar en cuenta con seriedad los valores constitucionales a la hora de adoptar sus decisiones⁴⁵. De conformidad a esta lectura de la teoría del diálogo, a pesar de que las legislaturas son cuerpos colegiados integrados por cientos y cientos de representantes electos libre y democráticamente sobre la base del sufragio universal, los jueces deben cumplir la función de “tutelar” la calidad del proceso político, ya que al parecer se presume que los legisladores no son capaces por sí mismos de tomarse en serio los valores constitucionales. El atractivo que pueda llegar a tener este argumento o el rechazo que el mismo pueda generar dependerá, por supuesto, de la actitud que se adopte hacia la idea de una democracia tutelada, aunque creo que no resultaría muy controvertido afirmar que esta noción adolece de serios problemas normativos⁴⁶.

Ahora bien, esta discusión no pretende sugerir que no pueda darse ninguna forma de diálogo entre los órganos afectados. Además, como queda dicho, los argumentos traídos a colación tienen una finalidad más bien sugestiva y en modo alguno pretenden agotar este complejo debate⁴⁷. Sin embargo, acaso podamos aventurar un par de ideas tentativas que se desprenden de lo dicho hasta aquí. Por un lado, para que exista un genuino diálogo capaz de enriquecer, a través del intercambio

that the Court can perform a special function in educating the citizenry or assuming a vanguard role to promote a national dialogue on rights”. “Instead, the democratization of the Court means that it is ensnared in the same contentious politics of rights that occupies the political branches.”

45 WALDRON, “Some Models of Dialogue”, cit., pp. 27-8 y ss.

46 Sobre el concepto de democracia tutelada, véase R. A. Dahl, *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 1992.

47 En efecto, véase, por ejemplo, P. W. Hogg y A.A. Bushell Thornton y W. K. Wright, “Charter Dialogue Revisited-Or ‘Much Ado About Metaphors’”, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 1 (2007); y K. Roach, “Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship”, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 169 (2007), quienes al confrontar las críticas más importantes, han refinado y reafirmado sus respectivas concepciones del diálogo inter-institucional, sugiriendo incluso una agenda futura para el debate.

de razones, la toma de una decisión adecuada sobre los grandes valores constitucionales, es menester que las partes involucradas en el diálogo tengan en efecto la capacidad institucional de tomar en cuenta estas razones y actuar motivadas por las mismas. En caso contrario, es dudoso que pueda desarrollarse un genuino diálogo entre las partes. Dada la naturaleza de la función jurisdiccional, y dado el tipo de respuesta que pueden dar los órganos legislativos –cuyas motivaciones pueden no llegar a tener mucho que ver con las razones esgrimidas por el órgano judicial–, abrigo mis dudas sobre si lo que surge de esta dinámica pueda constituir en realidad un auténtico diálogo capaz de brindar legitimidad democrática a estos sistemas o a hacer más imparcial el proceso de toma de decisiones colectivas, como sugieren las concepciones deliberativas de la democracia.

En segundo término, el diálogo y la deliberación pública sobre temas de relevancia constitucional constituyen sin duda elementos con los cuales todos estaríamos de acuerdo, sobre todo si con ello se logra una cultura política más consciente y comprometida con los valores constitucionales (¿quien podría sostener que una democracia constitucional no debería favorecer el diálogo?). Pero más allá de las eventuales bondades del diálogo y de la deliberación, lo que verdaderamente importa de cara a la objeción democrática es quién tiene la facultad de adoptar la decisión final sobre la interpretación de los derechos constitucionales. Aun asumiendo que pueda darse en efecto un diálogo muy intenso y fructífero entre ambos órganos en juego, el problema de legitimidad subsistiría si a final de cuentas la palabra final la retiene el órgano judicial. Por esta razón considero que más importante que el diálogo inter-institucional es la manera en que los sistemas débiles hacen frente a la objeción democrática, algo acerca de lo cual nos hemos ocupado en la sección anterior.

V DOS PUNTOS ABIERTOS A DISCUSIÓN (PARA UNA REFLEXIÓN ULTERIOR)

Es probable que este estudio, de carácter más bien explorador y tentativo que concluyente y exhaustivo, deje más cuestiones abiertas que resueltas. Veamos dos de ellas. En un sistema de justicia constitucional fuerte, en el que no existe otra manera de mitigar el enorme poder conferido a los jueces –al menos no a través de mecanismos formales institucionalizados específicamente para dicho efecto–, como es el caso norteamericano, es normal que las teorías de la interpretación ocupen una parte importante del debate sobre la justificación de la institución.

Como ha ocurrido durante una buena parte de la historia de la objeción democrática en la teoría constitucional norteamericana, el problema se centra en qué tipo de interpretación sería aceptable que un órgano con semejante poder adopte. Quien asuma la validez de la objeción democrática probablemente preferirá, en el contexto de un sistema fuerte, una teoría deferente y minimalista, por más complicado que pueda resultar llevar este tipo de teorías a la práctica. Sin embargo, bajo un sistema débil de justicia constitucional, ¿cabría deducir la misma conclusión? Michael Perry ha dicho que en “cualquier caso, en un sistema de instancia judicial penúltima [lo que aquí llamamos “sistema débil”] ...que funcione de modo adecuado, casi no hay necesidad de emplear una deferencia de estilo Thayeriana”⁴⁸. La razón por la cual Perry mantiene esta posición tiene que ver con la finalidad de promover el diálogo inter-institucional que él considera viable y para lo cual un control más agresivo sería a su criterio más conducente. Habida cuenta este dilema, y más allá de la opinión específica de este autor, ¿cuál es, entonces, la actitud que deben asumir los jueces constitucionales en un sistema débil? ¿Deben ser “deferentes” o “activistas”?

Para responder adecuadamente a esta pregunta, quizás habría que realizar una distinción basada en cuanto se ha expuesto en este trabajo. Si el sistema débil de justicia constitucional en vigor se vuelve fuerte en la práctica, en este caso el ejercicio del control judicial debería ser deferente; en caso contrario, la justicia constitucional podría actuar de manera más agresiva siempre y cuando ello no genere efectos colaterales negativos sobre el sistema en su conjunto. Exactamente cómo debería producirse esta intervención más activa es algo a lo que una adecuada teoría de la interpretación constitucional debería poder responder⁴⁹.

Una segunda cuestión que ha quedado abierta tiene que ver con el problema de la “juridificación” del discurso sobre los derechos fundamentales que los críticos hacia la institución del control judicial suelen señalar cuando consideran la capacidad de cada órgano de brindar respuestas adecuadas en esta materia. Según esta inquietud, el discurso técnico-legal quizás no sea el más adecuado para abordar cuestiones de moralidad política como lo son aquellas en las que aparecen involucrados los derechos fundamentales. Para quienes van las cosas de este modo, un discurso altamente tecnificado puede contribuir a empobrecer el debate

48 PERRY, “Protecting Human Rights in a Democracy...”, cit., p. 686.

49 En el mismo sentido, alegando que en los sistemas débiles el debate sobre activismo o el “restraint” no se cancela, M. Tushnet, “Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World”, 52 *University of Toronto Law Journal* 89 (2002).

sobre los derechos, y en consecuencia, a hacer más difícil la empresa de hallar soluciones adecuadas a problemas vinculados con los derechos. Sin embargo, una vez que introducimos en un sistema político una instancia de justicia constitucional, por débil que la misma sea, la consecuencia inevitable será la de producir, al menos en un cierto grado, la juridificación del discurso sobre los derechos. A fin de cuentas, ¿qué otro tipo de discurso puede exigirse de un órgano jurisdiccional? Por eso me parece que, a diferencia de Tushnet, Waldron admite con demasiada rapidez la falta de problematicidad de ciertos sistemas débiles, y en este sentido, puede que no sea del todo consecuente con algunas de las posiciones que el autor ha intentado defender en su crítica a la institución del control judicial⁵⁰. Por otro lado, este argumento sugiere que en la medida en que la juridificación del discurso pueda ser un obstáculo para que prevalezca un lenguaje más adecuado con el cual abordar los derechos, quizás deberíamos abrir la imaginación hacia formas no judiciales de control constitucional⁵¹, siempre y cuando consideremos que alguna forma débil de control pueda en efecto realizar una contribución valiosa al sistema político de una sociedad bien ordenada.

VI OBSERVACIONES FINALES: ¿RESILIENCIA DE LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA?

Más allá de las cuestiones que han podido quedar abiertas, aunado a la intención de este trabajo, cual es la de provocar preguntas antes que ofrecer respuestas concluyentes, creo que las consideraciones vertidas a lo largo del mismo por lo menos permiten extraer algunas conclusiones importantes.

En primer lugar, los modelos débiles parecen ser inmunes, al menos *prima facie*, a la objeción democrática en razón de que, al menos formalmente, otorgan la última palabra a la legislatura (caso canadiense), o bien, no otorgan la facultad de inaplicar las leyes que se consideren contrarias al catálogo de derechos (casos del Reino Unido y Nueva Zelanda), con lo cual producen el efecto de dejar la decisión final en manos del legislador. De este modo, a diferencia de los modelos fuertes,

50 Sobre la posición de Waldron, véase "The Core of the Case...", cit., p. 1370; así como su exposición en Tribe, L. H., Waldron, J., Tushnet M., (debate), "On Judicial Review", *Dissent*, summer (2005). Para un análisis crítico de la juridificación del discurso sobre los derechos en Canada, véase, por ejemplo, J. L. Hiebert, "Parliament and Rights", en Campbell, Goldsworthy y Stone (eds.), *Protecting Human Rights...*, cit.

51 Para una propuesta interesante de diseño institucional, véase C. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge, Cambridge, 2007.

no parecen violentar los criterios de legitimidad democrática que debería revestir un procedimiento para la adopción final de decisiones colectivas en materia de derechos.

Aun así, cabe ser cautos con relación a admitir que los sistemas débiles han logrado eliminar completamente las preocupaciones “democráticas” sobre la institución del control judicial. Si la hipótesis de Tushnet y otros autores sobre la inestabilidad de los sistemas débiles y su proclividad a escalar hacia formas más fuertes de control es verdadera, entonces resulta claro que dichas preocupaciones podrían llegar a persistir. El caso canadiense parece corroborar precisamente esta hipótesis, aunque su funcionamiento tal vez se deba a un diseño defectuoso del mecanismo “notwithstanding”, que quizás podría correr una suerte distinta en caso de que sus deficiencias sean corregidas. La experiencia dirá cuál ha sido el resultado de los demás sistemas débiles discutidos en este trabajo (el neozelandés y del Reino Unido), aunque al menos a primera vista parecen estar mejor diseñados formal e institucionalmente para no caer en la inercia del sistema canadiense. Puede decirse entonces que, en balance, los sistemas débiles se sustraen en principio a la crítica que plantea la objeción democrática, pero en la medida en que tiendan a degenerar hacia formas fuertes de control judicial, los mismos podrían muy bien volverse problemáticos sobre la base de las mismas objeciones tradicionales esgrimidas en contra de los sistemas fuertes.

Finalmente, en cuanto a la promoción del diálogo inter-institucional, existen igualmente algunos problemas para aceptar con facilidad esta teoría en el marco de los sistemas débiles. A quienes sostienen que se trata de una mera concepción retórica antes que una teoría descriptiva o normativa plausible parece asistirles un cierto grado de razón. Por lo demás, si bien el diálogo y la deliberación son importantes previo a la toma de una decisión colectiva, la preocupación fundamental para la objeción democrática en todo caso sigue siendo, a final de cuentas, quién tiene la palabra final. En el contexto de los sistemas débiles, más allá de las formas, debemos observar también la práctica a la que da lugar el ejercicio del control judicial y su impacto sobre el comportamiento de los órganos legislativos a fin de determinar cómo se resuelve esta cuestión en el seno de dichos sistemas.

En definitiva, y para responder a la pregunta que formulábamos al inicio mismo de este trabajo, es probable que los sistemas débiles no sean del todo capaces de relegar completamente al olvido al problema

de la objeción democrática al control judicial de la ley. Al final del día, parecería ser que la objeción democrática posee más resiliencia de la que acaso sospechábamos.

REFERÊNCIAS

ALLAN, J. *Take a Heed Australia – A Statutory Bill of Rights and Its Inflationary Effect*. In: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2001/7.html#fnB35>>.

_____. The Effect of a Statutory Bill of Rights Act Where Parliament is Sovereign: The Lesson from New Zealand. In: CAMPBELL, T., EWING, K. D. y TOMKINS, A. (eds.). *Sceptical Essays on Human Rights*. Oxford: Oxford, 2001.

_____. *Turning Clark Kent into Superman: The New Zealand Bill of Rights Act 1990*. 9 *Otago Law Review* 613, 2000.

BARENDT, E. *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford: Clarendon, 1998.

BAYON, J. C. Bayón. Derechos, democracia y Constitución. In: CARBONELL, M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.

BAYON, J.C. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: BETEGON, J. et al., *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BORK, R. H. *Slouching Towards Gomorrah*. Modern Liberalism and American Decline. New York: Regan, 1996.

CAMPBELL, T., GOLDSWORTHY, J. y STONE, A. (eds.). *Protecting Human Rights*. Instruments and Institutions. Oxford: Oxford, 2003.

DAHL, R.A. *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Paidós, 1992.

FERRERES, V. Una defensa de la rigidez constitucional. In: NAVARRO, P.E. y REDONDO, M.C. (comps.). *La relevancia del derecho*. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona: Gedisa, 2002.

FRIEDMAN, B. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics, *University of Pennsylvania Law Review* 971, 2000.

GARDBAUM, S. The New Commonwealth Model of Constitutionalism, 49 *American Journal of Comparative Law* 707, 2001.

GOLDSWORTHY, J. Judicial Review, Legislative Override, and Democracy. 38 *Wake Forest Law Review* 451, 2003.

GOLDSWORTHY, J. Legislation, Interpretation, and Judicial Review. 51 *University of Toronto Law Journal* 75, 2001.

GRIFFIN, S. M. Has the Hour of Democracy come Round at Last? The New Critique of Judicial Review. 17 *Constitutional Commentary* 683, 2000.

GRIFFIN, S. M. *American Constitutionalism. From Theory to Politics*. Princeton: Princeton, 1996.

HABERMAS, J. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HIEBERT, J. L. New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?, 82 *Texas Law Review* 1963, 2004.

HIEBERT, J. L. Parliament and Rights. In: CAMPBELL, T., GOLDSWORTHY, J. y STONE, A. (eds.). *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*. Oxford: Oxford, 2003.

HIEBERT, J. L. Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?. 4 *I. CON.* 1, 2006.

HOGG, P. W. *Constitutional Law of Canada*, 4. ed. Toronto: Carswell, 1997.

HOGG, P. W. y BUSHHELL, A. A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All, 35 *Osgoode Hall Law Journal* 75, 1997.

HOGG, P. W., BUSHHELL THORNTON, A.A. y WRIGHT, W.K., Charter Dialogue Revisited-Or Much Ado About Metaphors, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 1, 2007.

KAHANA, T. Understanding the Notwithstanding Mechanism, 52 *University of Toronto Law Journal* 221, 2002.

LEIGH, I. The UK's Human Rights Act 1998: An Early Assessment. In: HUSCROFT, G. y RISHWORTH, P. *Litigating Rights*. Perspectives from Domestic and International Law. Oxford/Portland: Hart, 2002.

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

MANFREDI, C. y NELLY, J. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell, 37 *Osgoode Hall Law Journal* 513, 1999.

MORENO RODRIGUEZ ALCALA, D. *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*. Una perspectiva crítica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

PERRY, M. J. Protecting Human Rights in a Democracy. What Role for the Courts?, 38 *Wake Forest Law Review* 635, 2003.

PERRY, M. J. *The Constitution in the Courts*. Law or Politics? Oxford: Oxford, 1994.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia, 1996.

ROACH, K. American Constitutional Theory for Canadians (And the Rest of the World), 52 *University of Toronto Law Journal* 503, 2002.

ROACH, K. Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship, 45 *Osgoode Hall Law Journal* 169, 2007.

SINNOT-ARMSTRONG, W. Weak and Strong Judicial Review, 22 *Law and Philosophy* 381, 2003.

TREMBLAY, L. B. *The legitimacy of judicial review*: The limits of dialogue between courts and legislatures, 3 *ICON* 617, 2005.

TRIBE, L. H., WALDRON, J., TUSHNET, M. (debate). On Judicial Review. *Dissent*, summer, 2005.

TUSHNET, M. Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism, 22 *Law and Philosophy* 353, 2003.

TUSHNET, M. Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World. 52 *University of Toronto Law Journal* 89, 2002.

TUSHNET, M. Marbury v. Madison Around the World. 71 *Tennessee Law Review Association* 251, 2004.

TUSHNET, M. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy- Based Worries. 38 *Wake Forest Law Review* 813, 2003.

TUSHNET, M. Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty. 94 *Michigan Law Review* 245, 1995.

WALDRON, J. Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators, 23 *Supreme Court Law Review (2d)* 7, 2004.

WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review, 115 *Yale Law Journal* 1346, 2006.

WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon, 1999.

WEILER, P. C. Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version, 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 51, 1984.

WHYTE, J. D. On Not Standing for Notwithstanding, 28 *Alberta Law Review*, 1990.

ZURN, C. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge: Cambridge, 2007.

