

INTRODUCCIÓN

Andrés Bouzat
Luis M. Esandi
Pablo E. Navarro

1. Derechos y diseño institucional

Uno de los rasgos salientes de la filosofía del derecho de las últimas décadas es el esfuerzo teórico por integrar en el análisis del derecho a los aportes de otras disciplinas. En particular, la filosofía moral contemporánea suministra ideas importantes al debate acerca de la identificación y justificación del derecho. Entre algunas de estas ideas pueden señalarse, por ejemplo, a las diferentes propuestas sobre el papel que desempeñan los derechos individuales. Aunque ciertas doctrinas, e.g. el utilitarismo clásico, ofrecen criterios para evaluar la corrección de las acciones e instituciones independientes de la asignación de derechos a los miembros de una comunidad, las doctrinas morales asociadas al liberalismo político asumen la existencia de derechos individuales que sirven para justificar los límites a la autoridad del Estado.

El núcleo de estos derechos individuales ha sido denominado como ‘el coto vedado’, para resaltar su independencia frente a argumentos políticos. En estas teorías que atribuyen derechos morales a los individuos, algunas de sus preocupaciones centrales son las siguientes: ¿qué consecuencias se derivan de esta asignación de derechos para el diseño institucional de una comunidad?; ¿de qué manera se puede proteger jurídicamente a este núcleo de derechos individuales?; ¿es conveniente introducir los derechos recogidos en el coto vedado en principios de rango constitucional?

El presente volumen ofrece un análisis de estos problemas. En particular, se trasluce una constante preocupación por articular intuiciones que no son siempre claramente compatibles: por ejemplo, el valor de la democracia, la relevancia de las decisiones de la mayoría, el respeto a

las minorías, y los límites de las decisiones institucionales. En algunas ocasiones, estos datos centrales ofrecen un aire de paradoja, por ejemplo: la existencia de un coto vedado conformado por derechos reconocidos a los individuos no parece plenamente compatible con el debate democrático, cuando la garantía de ese coto vedado está a cargo de las instituciones judiciales. El conocido ‘argumento contramayoritario’ hace precisamente hincapié en las dificultades de atribuir la última palabra a ciertas personas inamovibles en sus cargos y con menor representatividad en el electorado, en lugar de dejarla librada al debate político de los representantes de mayorías y minorías.

En resumen, dos intuiciones se presentan como importantes en esta discusión. Por una parte, es bien conocido que el temor a leyes que avasallen derechos fundamentales fue el basamento para otorgar al Poder Judicial un contrapeso a las decisiones de otras instituciones políticas. Por otra parte, el temor a que las convicciones morales de un grupo minúsculo de personas, e.g. los jueces, impida el dictado de leyes que cuentan con un consenso generalizado, es el que lleva a entablar el debate acerca de la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad de las leyes.

2. Liberalismo, derechos y control judicial de las leyes

La discusión acerca de la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad de las leyes es planteada por los autores de los trabajos recogidos en este volumen en el siguiente marco: se presupone que hay derechos morales, por lo tanto la cuestión acerca de su existencia queda fuera de la agenda. En el trabajo central, JOSÉ JUAN MORESO, sostiene que (i) si existen derechos morales y (ii) si éstos deben contar con primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias, entonces *“hay poderosas razones para confiar a los órganos jurisdiccionales algunos aspectos de la protección de estos derechos constitucionales.”* Esta afirmación toma partido tanto acerca de la necesidad de incluir el coto vedado entre las normas constitucionales como así también sobre la conveniencia de atribuir al poder judicial el control de constitucionalidad de las leyes. En general, ésta es la solución clásica ofrecida por el

liberalismo político. Sin embargo, en numerosos trabajos contemporáneos, los autores liberales han ofrecido algunos interesantes argumentos para reconsiderar esta solución clásica. De esta manera, la discusión acerca de la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad se presenta como el resultado de un debate *interno* al liberalismo político.

El alcance de este debate y su relevancia para el diseño institucional se refleja claramente en, por ejemplo, los trabajos de JUAN CARLOS BAYÓN y ROBERTO GARGARELLA. En general, algunos de los aspectos fundamentales de esta discusión son los siguientes:

- A) Se discute la necesidad o conveniencia de incluir un catálogo de derechos en las constituciones contemporáneas por dos razones. En primer lugar, a menos que contemos con un procedimiento para determinar exhaustivamente el contenido del coto vedado, nuestros catálogos constitucionales serán sólo tentativas de capturar este núcleo moralmente privilegiado. Al igual que otras tentativas de establecer límites normativos taxativos, siempre puede ocurrir que algunos de esos derechos incluidos en estas cartas constitucionales en realidad no tengan un contenido fundamental, o bien que otros derechos básicos no hayan sido consagrados institucionalmente. En segundo lugar, existe un cierto peligro de fragmentación del discurso justificatorio. Al incluirse derechos de especial relevancia moral entre las normas de un ordenamiento jurídico, las discusiones acerca del contenido de estos derechos tienden a abordarse mediante argumentos jurídicos ordinarios, por ejemplo, debates acerca de lo que ‘significa verdaderamente’ la expresión ‘libertad de expresión’. De esta manera, el debate moral puede quedar desplazado por estructuras argumentativas propias de la práctica jurídica.
- B) Se discute la necesidad de revisar el diseño institucional del control de constitucionalidad. Durante bastante tiempo la polémica acerca de la función judicial ha estado latente en el modelo liberal por una visión simplista de la naturaleza de la decisión judicial. Conforme a esta visión, la interpretación del derecho era asociada a uno de los modos de producción de derecho, y por consiguiente, quedaba fuera de las prerrogativas judiciales. De este modo, si la

función de los jueces era únicamente aplicar las normas suministradas por otras instituciones políticas, no era un tema de primer orden en la agenda teórica el análisis de la justificación de las decisiones judiciales. Sin embargo, la interpretación del derecho parece estar indisolublemente unida a la función judicial, al menos en aquellos casos difíciles como suelen ser los casos constitucionales. En este supuesto, la necesidad de justificar el control judicial de constitucionalidad se traduce en la exigencia de abandonar un prejuicio recurrente contra las decisiones mayoritarias. Por cierto, las decisiones tomadas democráticamente por la mayoría pueden estar equivocadas, pero también pueden resultar erróneas las decisiones de los jueces de la Corte Suprema.

3. Procedimiento, justicia y discrecionalidad

El eje central de este debate que presentamos se dirige a evaluar diferentes esquemas institucionales, principalmente en función del modo en que ellos garantizan resultados justos. MORESO afirma que el esquema necesariamente debe resultar de un procedimiento de justicia procesal imperfecta, i.e. reglas procedimentales, que aún si son respetadas fielmente, no conducen necesariamente a un resultado justo según criterios independientes de valoración. Por el contrario, BAYÓN argumenta a favor de un esquema de justicia procesal pura en las decisiones, i.e el seguimiento del procedimiento en sí cuenta con un valor intrínseco que da peso propio al resultado, sea cual fuera éste. En este caso, la regla procedimental es el principio de la mayoría y su seguimiento justifica cualquier resultado, salvo aquel que importe una derogación de la mencionada regla.

El resultado de estas distinciones es relevante ya que, por ejemplo, compromete a MORESO a reconocer que tanto los sistemas continentales europeos como el americano de control judicial de constitucionalidad, resultan aceptables o justificados. BAYÓN, en cambio, es partidario de sistemas en los que la última palabra la tengan los órganos deliberativos eventualmente con una mayoría calificada.

En gran medida, esta discusión está vinculada al problema de la *discrecionalidad* en el ejercicio del poder por los órganos políticos. En general se admitiría que los órganos legislativos no se encuentran obligados a justificar explícitamente las decisiones que adoptan. El mero hecho de haberse dictado respetando el procedimiento —que básicamente gira en torno al principio de la mayoría— es justificación suficiente para la imposición de una regla. El ejercicio del poder judicial, en cambio, se describe como una competencia cuyas resoluciones están claramente delimitadas, porque deben ser adoptadas ajustándose a derecho y, además, explícitamente fundadas en él. Si esta descripción es correcta, la ventaja de un sistema político con un control judicial de constitucionalidad, radicaría en que el control de la actividad discrecional de un poder democrático es asignado a un órgano que si bien no es representativo, tampoco ejerce su competencia de manera discrecional.

Sin embargo, si se admite que a menudo el derecho no impone respuestas unívocas, entonces en esos casos difíciles es el juez, y no el derecho, el que determina la solución al caso. Este reconocimiento del ámbito de discreción de los intérpretes conlleva una modificación de la valoración de las relaciones entre el poder legislativo y judicial. Si la discrecionalidad no sirve para discriminar entre las actividades del poder legislativo y judicial, entonces sólo restaría admitir a la legitimidad de origen como único criterio relevante de valoración. De este modo, la solución sería jerarquizar, en el esquema de poderes, al legislativo por sobre el judicial. Hay que destacar que la propuesta no está dirigida a eliminar *completamente* la facultad de revisión judicial, porque ello implicaría convertir al parlamento en un poder supremo ilimitado. El peligro en este caso sería que este parlamento ilimitado podría desnaturalizar el procedimiento democrático de toma de decisiones, i.e. podría dictar una regla que modifique radicalmente su modo de funcionamiento, o incluso auto-eliminarse delegando todos sus poderes a otro órgano no representativo. La función del poder judicial se encontraría justificada como límite a aquellas decisiones que fueran dictadas sin respetarse el principio de la mayoría, o que dispongan alguna regla que pretenda modificar radicalmente un correcto funcionamiento de ese procedimiento. De este modo, el poder judicial se convertiría en

un árbitro del *procedimiento* seguido para la decisión, pero no juzgaría acerca del *contenido* de la decisión.

La respuesta a este argumento es bien conocida y se refiere a la inevitable intervención del poder judicial en cuestiones que exceden a la custodia de aspectos puramente procedimentales. Por ejemplo, aún cuando fuese verdad que, en un sistema democrático, la última palabra sobre el alcance del coto vedado no está necesariamente reservada al poder judicial, todavía es necesaria la actividad judicial para resolver conflictos *individuales* de los derechos expresados en el catálogo constitucional. La función legislativa no es resolver directamente casos individuales sino situaciones abstractas, y no existe garantía de que sus soluciones ofrezcan la precisión suficiente para ordenar de manera exhaustiva los diferentes derechos admitidos en el coto vedado. En otras palabras, al igual que es preciso impedir que los jueces se conviertan en legisladores, también debemos evitar que los legisladores se conviertan en jueces.

4. Cuestiones abiertas

El interés de los trabajos que presentamos en este volumen no se agota en los aspectos señalados anteriormente. Hay importantes reflexiones acerca de, por ejemplo, la naturaleza de los derechos individuales, tipologías constitucionales, estrategias de racionalidad imperfecta, o la función del razonamiento jurídico. En esta *Introducción* hemos dejado deliberadamente de lado a estas cuestiones. Nuestra intención es ofrecer una presentación del núcleo del debate, sólo algunas ideas acerca de la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad.

Finalmente, es interesante destacar algunas cuestiones directamente relevantes para el tema central de discusión, que los autores de estos trabajos han dejado pendientes. Por ejemplo, la violación de derechos reconocidos en el coto vedado por *omisión* legislativa, la naturaleza de las *cuestiones políticas no judiciales*, la relevancia de derechos implícitos, i.e. no consagrados expresamente en las disposiciones constitucionales,

la relación entre un control difuso de constitucionalidad y la validez de las leyes.

La enumeración de estas cuestiones pendientes no tiene que entenderse como un reproche a los autores de los trabajos que presentamos. Más bien, es la importancia de sus ideas y la claridad de sus argumentos lo que permite identificar fácilmente la enorme tarea que aún resta emprender en este campo.