

INV. ANGELLO PEÑA BARRIOS. LA JUSTICIA FRENTE AL GOBIERNO: SOBRE EL CARÁCTER CONTRAMAYORITARIO DEL PODER JUDICIAL. 161-168. REVISTA CENIPEC. 32. 2013-2017. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

ABG. ANGELLO PEÑA BARRIOS

**LA JUSTICIA FRENTE AL GOBIERNO: SOBRE EL CARÁCTER
CONTRAMAYORITARIO DEL PODER JUDICIAL**

Por Roberto Gargarella. Corte Constitucional para el Período de Transición, Pensamiento Jurídico Contemporáneo n° 3. (1ª reimp).
Quito, 2011. Pp. 294.

Abog. ANGELLO PEÑA BARRIOS¹
angelojavierpb@gmail.com
Universidad de los Andes
MÉRIDA - VENEZUELA

Un problema medular del constitucionalismo es la dificultad “contramayoritaria” del poder judicial. Desde que se tiene noción del constitucionalismo (siglo XVIII) como se conoce en nuestros días, ha existido una tensión con la democracia. La democracia y el constitucionalismo no significan lo mismo -a pesar que puedan relacionarse como “democracia constitucional”-, puesto que son nociones con sentido propio que incluso llegan chocar una con otra. Mientras que la democracia implica el ejercicio del poder de una forma determinada para tomar decisiones públicas de forma mayoritaria, el constitucionalismo busca limitar el poder mediante controles.

En ese escenario, juega un rol muy importante el poder judicial que en muchos casos tiene la última palabra en la interpretación de la constitución. En América Latina, la gran mayoría de los sistemas constitucionales contemplan un modelo rígido de control judicial de la constitucionalidad que dificulta el diálogo institucional. Es bien conocida la frase “constitución es lo que lo que los jueces dicen que es”², que de plano implica la supremacía de los jueces en la interpretación constitucional y obstaculiza el diálogo institucional y la inclusión de la ciudadanía para la toma de decisiones que vinculan a los interesados.

Roberto Gargarella realiza una obra sobre esta problemática, cuyo objeto es mostrar los argumentos que limitan y reorientan la tarea de los jueces, especialmente, cuando se trata de anular la validez de una ley. Sin embargo, la posición del autor no es una postura extrema como la de otros críticos del

¹ Investigador adscrito al Grupo de Investigación Robert Von Möhl de la Universidad de Los Andes. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2381-0324>.

² *The Constitution means what judges say it means*, esta frase es tomada del debate académico norteamericano, donde ha tenido gran acogida la supremacía de los jueces en casos históricos como *Marbury vs. Madison*. Inclusive, en la actualidad conserva relevancia en los debates sobre las interpretaciones de progresistas en contra de originalistas. Véase Segal, Eric. “The constitution means what the Supreme court says it means”, *Harvard Law Review Forum*, Vol. 129:176, 2016. Disponible en: <https://harvardlawreview.org/2016/02/the-constitution-means-what-the-supreme-court-says-it-means/>.

control judicial que, como Jeremy Waldron, se consideran “enemigos”³ ante la idea que los jueces tengan ese poder. En su lugar, se trata de una posición que entiende que los “posibles afectados” por una ley, deben ser parte del proceso de toma de decisiones bajo un sistema político que responda de forma adecuada tanto a la voluntad de las mayorías como minorías.

La estructura de la obra cuenta con nueve capítulos que vislumbran críticas sobre los diseños institucionales que contemplan un control judicial fuerte de las leyes, en el que los jueces tienen la última palabra en la interpretación de la constitución. También, se destacan argumentos basados en el derecho constitucional comparado para reorientar la “sala de máquinas”⁴ del poder judicial.

El capítulo primero “la falta de legitimidad democrática de la justicia: fundamentos históricos”, se centra en los orígenes del control judicial en los Estados Unidos, ya que fue en ese país donde se sentaron las bases de la revisión judicial. De especial importancia son los papeles de *El Federalista* y el pensamiento de Alexander Hamilton y James Madison por la protección de los derechos de las minorías y la distribución “igual” de poder político. Para esta finalidad, la organización del poder mediante frenos y contrapesos, constituye un papel predominante y se explica la previsión de un control judicial de las leyes al lado del veto presidencial, la capacidad de cada cámara legislativa para vetar las decisiones de la otra y para sobrepasar el veto del ejecutivo. Por otro lado, la forma en que se seleccionan los jueces se pensó de una forma conservadora y elitista en la que los jueces serían una pequeña fracción del pueblo y estarían por su forma de nombramiento, naturaleza y duración en el cargo, lejos de las simpatías del pueblo. La supremacía judicial se reforzó con la célebre sentencia *Marbury vs Madison*.

El capítulo segundo “el carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones conservadoras”, examina la tradición conservadora elitista que sostiene que para la toma de decisiones correctas, no es necesario consultar a todos los

³ Véase Peña, A. “Jeremy Waldron. Contra El Gobierno de los Jueces.” Buenos Aires: Siglo XXI, 2018, 254 páginas”. Revista Jurídica Austral 2 (2), 689-93, 2021, p. 689. DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2021.0202.pen>.

⁴ “Sala de máquinas”, se refiere a la organización del poder en los diseños constitucionales. Véase Gargarella, R. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina* (1810-2010). Buenos Aires: Kats, 2014.

individuos potencialmente afectados, ya que solo la reflexión de algunos individuos especialmente ilustrados podría garantizar tales decisiones. Esto se denota claramente en el diseño institucional establecido en la Constitución norteamericana, en que se diferencian los ciudadanos de los funcionarios públicos y se demarca de gran manera en un poder judicial muy poco numeroso, aislado del calor del debate público y formado por individuos especialmente capacitados. Gargarella critica la defensa del control judicial a partir de los argumentos histórico, intemporal y sobre la interpretación. En el caso de la interpretación, se destacan las posturas originalistas y no originalistas que pueden entender sentidos distintos de la Constitución y ser opuestas en cuestiones controvertidas como el aborto.

El capítulo tercero “el carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones populistas”, presenta la postura que enfrenta al pensamiento conservador. Tal postura es la tradición radical que considera como punto central la intervención de los ciudadanos en la toma de decisiones, basado en que los ciudadanos se encuentran dotados de “igual” razón. Se señala que sería populista porque refuerza a poderes políticos de representación popular (como lo es, especialmente, el poder legislativo) y lo confronta con el poder judicial. Esto tuvo una afamada representación en la Constitución revolucionaria francesa de 1791⁵, en la cual se rechaza la asignación del control de la constitucionalidad a un órgano judicial por el temor a un “gobierno de los jueces”⁶. Las críticas de la corriente populista son su base filosófica difícilmente aceptable, la excesiva confianza del populismo en razones individuales, la impracticabilidad de tomar decisiones unánimes y los problemas de funcionamiento de órganos tan plurales como las asambleas legislativas.

El capítulo cuatro “soluciones intermedias para el problema del control de las leyes”, trata de mediar entre las propuestas elitistas y populistas. En la práctica, las soluciones intermedias aceptan el predominio del control judicial de las leyes, pero debilitando la “supremacía” judicial y sus rasgos más conservadores. Tales formas intermedias son los grupos de presión como respaldo a los sectores más desaventajados, introducción de jurados y jueces legos, reformas en la designación

⁵ El artículo 3, Capítulo V “Del Poder Judicial”, Título III “De los Poderes Públicos” señalaba que los “tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, ni suspender la ejecución de leyes, tampoco pueden realizar funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones”.

de los jueces y versiones mejoradas del legislador negativo en el Tribunal Supremo. Las críticas de estas soluciones intermedias, en general, son que nunca ponen en cuestión la raíz conservadora propia del sistema que se procura modificar. En todos los casos se sigue contando con un grupo de individuos especializados en el control de las decisiones constitucionales más básicas.

Los capítulos cinco y seis se refieren a “la tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes”, en los que se presenta una concepción acogida expresamente por el autor sobre la tradición “radical no populista” en oposición a posturas elitistas del poder judicial. La propuesta de Gargarella considera que todas las personas son creadas iguales y están dotadas igualmente de razón. Uno de los autores más reconocidos del constitucionalismo contemporáneo, circunscritas en este pensamiento, es la de Bruce Ackerman quien tiene una extensa serie de trabajos en la materia⁷ y destaca una interpretación del concepto “democracia” que posiciona al pueblo como gobernante y no un cuerpo de elite como el poder judicial, sin embargo, entiende que no todas las decisiones que toman las mayorías contingentes merecen ser igualmente consideradas, ya que el mayoritarismo tiene sus razonables fallas.

John Ely es otro de los grandes pensadores analizados meticulosamente en la obra, quien interpreta que los jueces podrían tener un rol relevante en la elaboración de políticas públicas (por ejemplo, manteniendo abiertos los canales de participación y comunicación política para asegurar el buen funcionamiento del sistema democrático), pero dicho rol, excluye la posibilidad que los jueces usurpen el lugar de los legisladores o un órgano político⁸. La propuesta de Ely, para Gargarella, es una representación de gran parte de los ideales de la tradición radical no populista e, inclusive, la concepción deliberativa de la democracia, ya que destaca que son los ciudadanos quienes deben tomar las decisiones sobre cuestiones “sustantivas”⁹ de la democracia y no los jueces¹⁰. Esta, es una de las

⁶ Véase Peña, A. *Consideraciones sobre la justicia constitucional*. Andara Editor, Venezuela, 2020, p. 27.

⁷ Véase Ackerman, B. *Who the people I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, 2015.

⁸ Véase Ely, J. *Democracia y desconfianza*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Colombia, 1997.

⁹ Por ejemplo, cuestiones como el aborto, matrimonio de personas del mismo sexo y eutanasia.

¹⁰ Lo que correspondería a los jueces es un rol en cuestiones meramente procedimentales de la democracia, como podría ser la garantía de los derechos políticos en elecciones transparentes.

propuestas que aligera las tensiones que provoca la dificultad contramayoritaria del poder judicial, principalmente porque busca un lugar moderado para el control judicial de las leyes.

El capítulo siete “reformas institucionales para la reforma del control de constitucionalidad”, se refiere a tres cuestiones vinculadas con la reforma del control judicial, de las cuales es destacable el mecanismo del “reenvío” como forma de reducir la superioridad del poder judicial en la interpretación de la constitución y promover el diálogo institucional. Esta técnica permite elaborar una buena estrategia para la interpretación normativa y contribuye a atenuar y/o eliminar muchas de las críticas que afronta el control judicial. La técnica del reenvío, es relevante puesto que permite institucionalizar un modelo en el que la decisión judicial no es la decisión “última”. El poder judicial se encargaría de instar al Parlamento a que reflexione sobre su decisión (la ley); en ese sentido, dicha técnica es, en principio, idónea para la promoción del diálogo institucional, la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales, la defensa del principio mayoritario y la disminución de la rigidez en el control judicial.

En el capítulo ocho “el control de las leyes en la práctica: evaluación de la jurisprudencia en España y en Estados Unidos”, destaca desde la perspectiva práctica, casos relevantes que atienden a la moral pública y privada en el derecho constitucional comparado, los cuales guardan relación con los argumentos sostenidos por Gargarella a lo largo de la obra. Entre los casos que analiza el autor se encuentran: 1) Caso *New York Times vs. Sullivan*, sobre la libertad de expresión y los medios de comunicación, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos; 2) Sentencia 6/1981 del Tribunal Constitucional Español en que interpretó el artículo 20 de la Constitución de España sobre libertad de expresión, determinando que se debe garantizar el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que el texto constitucional consagra; 3) Sentencia 85/1986 del Tribunal Constitucional Español, en la que se ratificaron criterios favorables sobre la abstención judicial en “cuestiones políticas” y se mantuvo una interpretación conforme a que la Constitución en su “deseo” de asegurar el máximo de libertad e independencia de partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones para asegurar el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos; 4) Caso *Buckley vs. Valeo* resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, se

refirió a invalidaciones en la composición de comisiones electorales y las limitaciones en los gastos electorales, generando múltiples problemas y críticas, especialmente, desde el punto de vista de la democracia deliberativa.

El capítulo final “la justicia dependiente de la política. El caso argentino”, se centra en el análisis práctico de Argentina, debido a la escasa independencia del poder judicial respecto del poder ejecutivo que existe en ese país. El autor resalta la debilidad institucional de las democracias constitucionales latinoamericanas (que bien refleja ese caso) mediante una cronología de la relación entre la Corte Suprema y la dinámica del Poder Ejecutivo. Por otro lado, es muy interesante que se señalen las variadas formas en que se puede configurar la “dependencia judicial”, sobre las que existe un sustento amplio de la doctrina en la materia. La primera forma, es la dependencia de los poderes políticos, como el ejecutivo y legislativo. La segunda forma, es la dependencia del “clamor popular”, esto es, la voluntad de las mayorías. La tercera forma, es la dependencia propia de la estructura del poder judicial que es muy relevante, principalmente porque la doctrina ha puesto su atención a los órganos externos que entorpecen la labor judicial, cuando también a lo interno del poder judicial se puede socavar la independencia de los jueces. La cuarta forma, es la dependencia de la burocracia interna, según la cual es importante considerar las estructuras internas que comprometen la labor independiente de los jueces. En suma, el autor concluye al respecto que el poder judicial tiende a apoyar las decisiones de los órganos políticos.

La gran mayoría de sistemas constitucionales en América están diseñados para que predomine la elite del poder judicial y la interpretación supremacista de la constitución, con escasas posibilidades de diálogo institucional. La obra de Gargarella documenta y critica importantes argumentos sobre por qué no, necesariamente, los jueces deben interpretar por sí solos la constitución y tomar decisiones aisladas de la sociedad como interesados primarios en la democracia.