

¿Quién custodia a los custodios?

*Enrique Zuleta Puceiro**

¿Quién Custodia a los custodios? O bien en la expresión clásica *¿Quis custodiet ipsos custodes?*: El aforismo alude a un tópico central en la literatura política, sobre todo anglosajona. ¿Quién controla a los que, se presume, regulan y controlan las decisiones finales del poder? ¿Quién controla a aquellos que, incluso por sobre la autoridad democrática de las leyes, deben velar por su conformidad con principios y reglas supra legales que las trascienden?

La pregunta es tan antigua como la propia idea de derecho en Occidente. Proviene de una sátira del poeta Juvenal, escrita hacia el año 100 d.C. que muestra un retrato descarnado, de una misoginia brutal, de la vida cotidiana y costumbres íntimas de las mujeres romanas. Es el caso típico de una referencia literaria, ajena por completo a la política, que sin embargo describe una parábola evolutiva de siglos, hasta transfigurarse y alcanzar el lugar de un principio central en la tradición filosófico-política occidental.¹

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense, España. Profesor Regular Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho, Profesor Titular de Sociología del Derecho, Profesor de la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas y Director de la Carrera de Especialización en Sociología del Derecho y de las Instituciones, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular de Ética. Facultad de Derecho, UB. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad J. F. Kennedy. Profesor del Posgrado en Opinión Pública y Medios de Comunicación, FLACSO.

1. SHAPIRO, M.: *Who guards the guardians?. Judicial control of Administration*. Athens: The University of Georgia Press, 1988, con una perspectiva sugestiva de las implicancias de la cuestión desde el punto de vista de la reflexión filosófico-política, ética y la dogmática del derecho público. La “custodia de los custodios” fue un tema de debate central en el constitucionalismo europeo del siglo XIX, sobre todo en las posiciones del liberalismo doctrinario francés.

La pregunta cobra sobre todo un significado especial en la medida en que representa uno de los nudos centrales de la problemática actual del Constitucionalismo: la cuestión de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes y los actos de la Administración en el contexto de las sociedades democráticas actuales.

¿Quién garantiza, en efecto, la constitucionalidad del control de constitucionalidad? ¿Quién guarda a los guardianes, es decir, a los jueces de la Constitución? ¿Cómo aceptar que un núcleo selecto de jueces, tributarios de una tradición de autonomía social e independencia política, formados en el culto ritual a principios, tradiciones, solemnidades y compromisos sectoriales y aun familiares, que son elegidos a través de procedimientos no democráticos puedan llegar a erigirse en guardianes de la Constitución y de las declaraciones abstractas de derechos y garantías, por sobre la autoridad de la voluntad popular?

La dificultad central deriva de la necesidad de reinterpretar estos interrogantes a la luz de la teoría y las prácticas constitucionales actuales. El problema es, ayer y hoy, garantizar el equilibrio reflexivo entre principios en conflicto, tales como la supremacía de la Constitución, la soberanía popular, la división de poderes y las relaciones siempre cambiantes entre justicia y política.

¿Cómo procesar, en efecto, en el contexto de democracias fragmentadas, inestables y en transición, los problemas que plantea lo que A. Bickel ha denominado “la dificultad contra mayoritaria”? Es decir, el hecho de que funcionarios elegidos a través de procedimientos por completo diferentes a los cánones de la democracia representativa pretendan el monopolio de la resolución del conflicto que se plantea entre las *leyes*, consideradas entendidas como expresiones directas de la voluntad general, legitimadas a través de los procedimientos legislativos, centrales de la vida democrática y los principios y reglas supremas de la *Constitución*, expresadas a través de un tipo particular de normas, por lo general las más generales y acaso por ello más indeterminadas del ordenamiento jurídico.² El problema no queda por

2. BICKEL, A.M.: *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of politics*. N. Haven: Yale University Press, 2a ed., 1986, págs 16-23. La dificultad reside en el hecho de que “cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un miembro elector del ejecutivo, frustra (*thwarts*) la voluntad de representantes del pueblo actual del aquí y ahora: ejerce un control, no en nombre de la mayoría

cierto reducido a un problema de técnicas interpretativas en conflicto. Se profundiza sobre todo a partir de la pretensión de los jueces de que el criterio supremo –la Constitución– deje de ser una realidad objetiva y autónoma y pase a ser, precisamente, lo que los jueces dicen que es, en el ejercicio aquí y ahora de su poder jurisdiccional.³

La dificultad se acrecienta cuando los jueces y magistrados son elegidos mediante procedimientos que rompen con procedimientos constitucionales consolidados, desplazados por métodos y criterios nuevos, cada vez más politizados, con una intervención determinante de órganos de naturaleza y procedimientos también políticos –como es el caso de los consejos de la magistratura de la tradición parlamentaria europea o sus equivalentes en los regímenes de tradición presidencialista–, sobre todo en contextos de agitación y debate social y político creciente.⁴

En la medida en que los jueces declaran su vocación de asumir la resolución directa de problemas sociales y apuntan a prevenir la litigiosidad interviniendo de modo proactivo en situaciones potencialmente conflictivas, incursionan en terrenos propios del Poder Legislativo.⁵ A la vez que

prevaleciente. Sino en contra de ella. Eso es lo que, más allá de connotaciones místicas, ocurre” (...) “es la razón de el cargo de antidemocrático que puede formularse al control judicial de constitucionalidad”.

3. En la expression del Chief Justice Charles Evans Huges, “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”: cfr. sus *Adresses of Charles Evans Huges*. N. York: Putnam, 1916, pág. 185.

4. Los análisis comparados sugiere que la intersección entre justicia y política, hasta no hace mucho uno de los rasgos característicos del sistema americano, es un tema central en la agenda global. Para un análisis general del proceso, cfr. JACOB, H, BLANKENBURG, E., KRITZER, H.M.N PROVINE, D.M. Y SANDERS, JU. (EDS.): *Courts, law and politics in comparative perspective*. N. Haven: Yale University Press, 1996, espec. La *Introducción* a cargo de H. Jacob, págs. 1-15. No existe un paradigma aceptado que regule vinculaciones cada vez más complejas y problemáticas. Un cuadro descriptivo en SHAPIRO, M: *Courts: A comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

5. “La justicia está llamada a encabezar el discurso público contra la crisis” –proclama el documento firmado por los 47 jueces decanos de España en su manifiesto contra el régimen de ejecuciones hipotecarias español–. “Es preciso ser actores proactivos del cambio y no meros espectadores pasivos y vencidos en un estado insatisfactorio de cosas” –expresa el documento firmado en respuesta al rechazo emanado del Consejo General del Poder

pretenden un control de la legislación a la luz de valores constitucionales, promueven iniciativas propias sobre campos tales como seguridad ciudadana, la protección social o la definición de nuevos estándares de equidad social. Participan así de la distribución de bienes y servicios sociales y aspiran sobre todo a asumir la condición de un “poder” de la Constitución, asumiendo iniciativas, competencias y atribuciones que conllevan cuotas crecientes de responsabilidad política que conllevan a su vez exigencias inéditas de *accountability*, presiones políticas y sobre todo costos también específicamente políticos.

Si bien el control judicial de las leyes tal cual hoy se lo conoce nació de un modo gradual y difuso en la práctica jurisprudencial de las jóvenes colonias norteamericanas hace ya más de dos siglos y cobro entidad constitucional en la creación pretoriana de la Corte, a través de la genial invención institucional del juez Marshall en el mítico caso *Marbury vs Madison*, su expansión global es más bien reciente.

En los últimos ochenta años, el control judicial de constitucionalidad ha protagonizado, en efecto, una verdadera revolución institucional, política y cultural. Las razones de esta expansión tienen mucho que ver con la evolución de la realidad y la teoría de la democracia en las sociedades actuales. Las cortes constitucionales –indica P. Rosanvallon– tienen por función enmarcar la producción legislativa a la que someten a una reforzada obligación de generalidad con relación a la expresión mayoritaria. Su legitimidad está vinculada al carácter reflexivo de su intervención. El resultado de la tarea de control incide de modo muy decisivo en la realidad que se controla. De un modo creciente, tanto la tarea legislativa como la administración tienen en vista la perspectiva permanente del control judicial de sus procedimientos y resultados. El control judicial se refleja en la propia realidad que controla. La consolidación de los tribunales constitucionales produce efectos sustanciales, tanto en los conceptos como en las prácticas institucionales. Con las nuevas perspectivas del control, cambian así el concepto de ley, de administración y hasta incluso la propia noción de “Constitución”.

El nuevo papel de los tribunales constitucionales introduce un punto de inflexión considerable en las condiciones de la producción normativa y

Judicial, ante el informe sobre el funcionamiento de diversos aspectos del poder judicial ante la crisis económica—. Ver Diario el País, 11 de nov. 2012, págs. 14 y 15.

del ejercicio del Poder Ejecutivo, tal como habían sido concebidas en la teoría democrática acuñada por las revoluciones norteamericana y francesa.⁶

En este sentido, el poder creciente de los tribunales constitucionales ha comenzado a revolucionar el repertorio clásico de cuestiones del debate democrático. Ausentes en la conceptualización de los pensadores de la democracia moderna e incluso en la letra de las constituciones originarias, las Cortes adquieren un nuevo papel central, aunque tardan todavía en encontrar un lugar definitivo en el orden democrático actual.

El problema surge de una cierta inercia de los modelos e ideas recibidas. Durante más de dos siglos, la reflexión sobre la democracia estuvo estancada en una actitud defensiva, focalizada en la atención de problemas básicos tales como la definición de las reglas y las instituciones constitutivas de un régimen de soberanía popular –es decir, la distribución de poderes, las modalidades de la representación y participación ciudadana–. Será recién con la “tercera ola” de los procesos de democratización,⁷ superada las

6. ROSANVALLON, P.: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manantial, 2009, págs. 32-34 y sobre todo, 201-224. “Conviene recordar que la experiencia revolucionaria francesa se planteó la cuestión de la legitimidad democrática del poder jurisdiccional a través del principio electivo, cuya primacía se fundaba en razones no solamente instrumentales. En la filosofía de la Revolución, la elección operaba como un procedimiento de legitimación del poder, una forma de expresión de confianza, un sistema de nominación, una herramienta de control y, sobre todo, una instancia de participación, de comunión del cuerpo electoral. Un autentico sacramento de igualación” (Rosanvallon). La ilusión duró lo que la mayor parte de las instituciones revolucionarias y la elección popular de los magistrados fue suprimida desde el comienzo mismo de la experiencia napoleónica. El método del sufragio universal permanecerá como una propuesta del liberalismo y será repuesto recién en 1883 aunque sin implementación práctica alguna. En Estados Unidos, en cambio, el entusiasmo inicial de los Estados en el principio electivo, sobre todo en la Era Jacksoniana (1830-1837) fue paulatinamente cediendo ante los vicios del electoralismo y el faccionalismo partidista. El sistema se mantiene en el nivel estadual, aunque con sucesivas modificaciones que lo aproximan al patrón de elecciones no competitivas con diferencias importantes respecto de las elecciones políticas.

7. Sobre el concepto de “tercera ola” de democratización cfr. entre una amplia literatura comparativa, LIPSET, S.M. y LAKIN, J.M.: *The democratic century*. Norman: University of Oklahoma Press, 2004, págs. 3-18 y 169 y ss; HUNTINGTON, S.P.: “The future of the Third Wave”, en PLATTNER, M.F. y ESPADA, J.C. (Eds.): *The democratic invention*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2000, págs. 3-12. En general, HUNTING-

fases defensivas de la democracia, que el control de constitucionalidad adquirirá su dinámica expansiva actual.

La presencia de las cortes constitucionales y el ejercicio de su tarea de control constitucional alteran de un modo creciente este equilibrio inercial. Su influencia se potencia por la presencia institucional y política de nuevos actores, como las autoridades independientes y, sobre todo, por la presión externa del clima propio de una democracia “de proximidad” y participación directa de los ciudadanos. Las estructuras tradicionales del Estado de Derecho experimentan así una sobrecarga de expectativas y demandas sociales y políticas crecientes, que pugnan por expresarse. En este nuevo contexto, las sociedades democráticas encuentran en el control judicial de constitucionalidad una vía renovada de expresión y participación política.

En un tiempo de declinación de las ideologías fundamentales, el debate sobre el control constitucional atrae sobre sí la mayor parte de las reflexiones acerca del papel de los valores en el derecho. La discusión acerca de la constitucionalidad de las leyes recoge la mayor parte de los contenidos del debate en torno a la justicia de las leyes y los actos del poder.⁸

Las áreas de fricción entre justicia y política tienden a multiplicarse. Por un lado, la relativa al diseño e implementación de políticas públicas, que comprende tanto la ruptura con políticas preexistentes como la propuesta de innovaciones que desafían los valores y estándares institucionales vigentes. Por otro lado, el ámbito tradicional del control social, en la medida en que las demandas sociales crecientes desafían las capacidades instaladas de respuesta del orden institucional. Los ciudadanos reclaman innovación y cambios acelerados y urgentes, en tanto que el orden establecido procura estabilizar y administrar esas expectativas. Por otro, la cuestión no menos fundamental de la construcción de

TON, S.P.: *The Third Wave. Democratization in the late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

8. Para un análisis del *judicial review* como ámbito para el planteamiento acerca de la “justicia” de las leyes, ver con mayor detalle EDLIN, D.E.: *Judges and unjust laws. Common Law constitutionalism and the foundations of judicial review*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2010, págs. 1-21 y 192-197. Sobre el problema en un contexto de pluralismo de valores constitucionales, RIMOLI, F.: *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, con una reflexión profunda acerca del papel de los “guardianes” del contenido valorativo de la Constitución en contextos de conflicto socio-cultural (cap. I).

confianza hacia las instituciones, en un tiempo en que las respuestas del Estado tropiezan con las barreras de comprensión y lealtad de los ciudadanos. En todos estos ámbitos, se reclama a la justicia respuestas que tanto la legislación como la administración y la política tardan en implementar.

Podría decirse que el control de constitucionalidad es el núcleo duro del Constitucionalismo contemporáneo y de la propia idea del *Rule of Law*, tal como hoy se la concibe.⁹ En el plano científico, una extraordinaria producción doctrinal ha convertido al *judicial review* americano en la piedra fundamental del constitucionalismo global de nuestros días. Un balance provisorio de la situación científica y cultural del derecho y sus relaciones con la política sugiere que no hay ningún otro tema de pareja importancia en el debate público sobre el presente y futuro de la republica constitucional.

El crecimiento del control judicial de constitucionalidad, en efecto, exponencial. Hasta la 2da. Posguerra Mundial, el modelo de la *constitutional review* americana se limitaba a un conjunto mínimo de países, situados en general dentro de la tradición constitucional americana. Sin embargo, un estudio comparativo reciente situaba hacia el año 2008 en 158 las constituciones que, sobre un total de 191 constituciones estudiadas, contenían prescripciones formales referidas al control de constitucionalidad. Un total de 79 constituciones escritas instituían a su vez cortes o consejos constitucionales, al tiempo que 60 contenían reglas explícitas de control de constitucionalidad a cargo de tribunales ordinarios o cortes supremas. Una lista menor de países, como China, Vietnam o Burma consagraban a su vez sistemas de control basados en el Poder Legislativo.¹⁰

9. Para una visión de conjunto de las transformaciones de la idea de de *Rule of Law* y su incidencia en el cambio de perspectivas acerca de la división de poderes, cfr los ensayos contenidos en BELLAMY, R. (Ed.): *The Rule of Law and the separation of powers*. Aldershot : Ashgate/ Dartmouth, 2005.

10. Cfr. GINSBURG, T.: "The global spread of constitutional review", en Whittington, K.E., KELEMEN, R.D. y CALDEIRA, G.A.: *The Oxford Handbook of Law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, págs. 80-98. La referencia se extrae de la base de datos del *University of Illinois Comparative Constitutions Project* (<http://netfiles.uiuc.edu/zelkins/constitutions>). Un cuadro de conjunto de los sistemas comparados en la actualidad en GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 y SAGÜÉS, N.P.: *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Porrúa, 2004, págs. 42-57. Para el caso europeo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,

La expansión universal del control de constitucionalidad ha impulsado incluso una redefinición del propio concepto de “constitución” y de una de sus construcciones doctrinales centrales: la teoría de la división de poderes, tal como fue entendida por la tradición del republicanismo constitucional.

La jurisprudencia constitucional deviene así la gran filosofía política de nuestro tiempo. Lo que R. Dworkin ha denominado el “Foro de los Principios” es el hoy el epicentro de un debate público de características inéditas. No hay ninguna otra instancia de la vida contemporánea, donde la democracia alcance parejo nivel de intensidad en la actividad deliberativa y la búsqueda de nuevos puntos de vista. La sociedad delega así a los jueces un papel central en este foro ideal. Jueces, profesores, abogados y juristas pasan a ser actores centrales de una deliberación abierta en torno a los grandes principios y valores de la vida colectiva.

Una primera impresión que sugiere una revisión crítica en torno al problema es la de que gran parte de los debates en torno al control de constitucionalidad parten de cierta autolimitación de los enfoques predominantes, derivada acaso de razones que tienen que ver más con la política que con razones propiamente científicas.

Los problemas de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad suelen enfocarse en general desde la perspectiva casi exclusiva de la teoría y la práctica de la división de poderes. Se discute así si las nuevas dimensiones del control judicial refuerzan o debilitan la vigencia de una cierta versión de la división de poderes, propia de las etapas más bien fundacionales de la democracia constitucional. Este enfoque, claramente defensivo, deja de lado campos muy importantes, que en otros tiempos fueron incluso centrales en el debate sobre el control de constitucionalidad. A su vez, este recorte en la perspectiva del análisis empobrece las posibilidades de respuestas eficientes e innovadoras a los nuevos problemas del control. La autolimitación del debate en el campo del derecho constitucional refleja propósitos más bien ideológicos. Tienden a primar posiciones de interés de interés, que tienen mucho más que ver con la disputas por los nuevos espa-

J.J.: *La Justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*. Madrid: Tecnos, 2002 y ACOSTA SANCHEZ, J.: *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

cios que se abren tras la declinación del Estado y la política tradicional que con avances innovadores en la reflexión científica.

Cabe apuntar que este sesgo defensivo de la teoría constitucional no es exclusivo de la época actual. Algo de esto ocurrió ya en circunstancias históricas diferentes, en etapas anteriores en la evolución del Estado de Derecho y la teoría del constitucionalismo. Uno de los problemas recurrentes de la legitimación democrática de las instituciones judiciales ha sido la dificultad para distinguir entre el mecanismo propio de las elecciones politizadas orientadas a constituir los cuerpos deliberativos, inevitablemente conmovidas por las disputas entre partidos y las elecciones constituyentes –o “elecciones de confianza”– a través de las cuales se adoptan las decisiones propias del funcionamiento de dichas instituciones. La lógica confrontativa propia del primer tipo de elecciones, interfiere, desestabiliza y perturba la lógica propia de las segundas. Una cosa es la democracia como sistema de decisión electoral y distribución de poder y otra la democracia como sistema social. La pretensión de aplicar a los problemas de gestión de la democracia los criterios de la regla de la mayoría está a la base de muchos de los problemas que disparan reacciones defensivas como las expuestas.

El hecho básico a analizar es el de que, cuando los jueces controlan la constitucionalidad de las leyes o los actos del poder, cualquiera sea su naturaleza, ejercen algo mucho más importante que un control de coherencia o correspondencia de los actos del poder con los valores, principios, estándares y reglas de la Constitución. Lo que en realidad hacen es ejercer un control “de valores” que incide en las propias señas de identidad del sistema político. Los jueces no intervienen y disputan con el poder no solamente porque pretenden un “reconocimiento” social y político como poder del Estado. En el fondo, buscan redefinir los códigos y las claves de acceso al sistema. Avanzan sobre los territorios del poder más bien en función de una estrategia defensiva que, en algunas culturas políticas, alcanza incluso ciertos rasgos paranoicos. Lo que impulsa a los jueces es un reflejo defensivo inspirado por un temor a lo desconocido. Reaccionan ante un proceso de rasgos inciertos y final imprevisible. Recelan de las consecuencias de un avance no garantizado de los procesos de democratización, que plantea un riesgo cierto para los supuestos clásicos de la teoría política de la república representativa. Temen, sobre todo, a las amenazas que ello supone para el lugar de privilegio que hasta ahora ha ocupado la magistratura, concebida tradicionalmente como el poder más débil o por lo menos amenazante para

el equilibrio postulado por la tradición republicana –*the least dangerous branch of power*.

Al controlar la constitucionalidad de los actos del poder –sean éstos legislativos, administrativos o gubernativos–, más que protagonizar una lucha por la primacía política o por poner una barrera a los poderes políticos, los jueces procuran de hecho “implementar” la Constitución, aunque en un sentido defensivo que recorta las posibilidades de una función más activa y genuinamente innovadora. Tratan de concretar y circunstanciar los valores de la Constitución, consolidarlos y convertirlos en reglas operativas efectivas, en el contexto histórico y social de sociedades sometidas a cambios exponenciales.

Al ejercer este control de la constitucionalidad del derecho, los jueces asumen una perspectiva de creación normativa, tratan de institucionalizar a través de sus precedentes un deber ser que procuran infundir e incorporar a las instituciones vigentes. Para ello, los jueces adoptan puntos de vista estimativos y perspectivas ideológicas, en el sentido propiamente político de la expresión.

En su pretensión de controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos del poder, el juez deviene filósofo del derecho, teórico político.¹¹ Juzga las decisiones bajo su control desde una perspectiva teórica y valorativa, que busca actualizar la valoración que se tuvo originariamente en cuenta en la decisión que se juzga. Trata de infundirle un nuevo sentido valorativo y procura imponerlo a las partes y a la comunidad jurídica en su conjunto.

Su herramienta para ello es la motivación de sus sentencias y los instrumentos de que se vale son las técnicas de la interpretación. Textualismo, finalismo, consecuencialismo, en sus diversas variantes no son así otra cosa que herramientas argumentativas, destinadas a imponer una perspectiva valorativa propia, desde la cual aspiran a filtrar, transformar, adaptar la

11. Un análisis general del problema en ROBERTSON, D.: *The judge as a political theorist. Contemporary constitutional review*. Princeton: Princeton University Press, 2010. Un tratamiento de conjunto en DWORKIN, R.: *Justice for hedhogs*. Cambridge: The Nelknap Press of Harvard University Press, 2011, caps. 6-8. Asimismo, EISGRUBER, C.L.: “Should constitutional judges be philosophers” y FLEMING, J.E.: “The place of history and philosophy in the moral reading of American Constitution”, ambos en HERSHON-VITZ, S. (Ed.): *Exploring Law’s Empire. The jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006, págs. 5-22 y 23-39 respectivamente.

decisión legislativa que interpretan y controlan a la filosofía política que subjetivamente sustentan, a la propia opción estimativa, a la idea y a la visión que tienen del ordenamiento jurídico y de los principios que sostienen como fundamentales.

Al controlar la constitucionalidad, el juez filtra los valores de la decisión objeto del control a través del tamiz de su propio esquema valorativo y de su propia y particular lectura ideológica de la Constitución. En los sistemas de control difuso, la operación cobra matices distintos según sea el nivel de trate. En los jueces de primera instancia, será sólo una batalla provisoria, con mucho de testimonial. En las Cortes será, en cambio, una batalla casi final entre concepciones absolutas.

1. Los términos del problema

Conviene aclarar ante todo qué se entiende por control de constitucionalidad. En una primera acepción, cabría entender por tal un proceso a través del cual una institución –usualmente denominada corte o *tribunal constitucional*–, ostenta un título de autoridad conferido por la Constitución para decidir si las leyes o decretos dictados por las instituciones constitucionalmente encargadas de la función legislativa o ejecutiva, son válidas, en los términos postulados y definidos por la Constitución.

Se trata de un proceso reflexivo, a través del cual, el ordenamiento jurídico somete todas sus decisiones al tamiz o al filtro de un conjunto de valores, tradiciones interpretativas, estándares o directivas en función de lo cual valida el sentido de las decisiones adoptadas en sede legislativa o gubernativa. Este proceso de validación refluye a su vez sobre el sistema político y lo transforma. Se legisla y se decide bajo la perspectiva de la existencia de un control permanente de constitucionalidad, a cargo de los guardianes de la Constitución. La posible “constitucionalidad” o “inconstitucionalidad” de las fórmulas legislativas en discusión pasa a ser un punto de vista nuevo, inexcusable en el debate público.

El juicio de constitucionalidad –subraya Ferrer Comellas– es un *juicio de contraste*, entre otros muchos de los que se presentan en el razonamiento deliberativo acerca de las instituciones, cuya peculiaridad específica reside en el hecho de que se confrontan dos textos muy diferentes entre sí. Por un lado, el texto constitucional, cuyas disposiciones presentan uno de los mayores grados de indeterminación que cabe encontrar en el lenguaje del

derecho. Por otro, el texto de la legislación, cuya pretensión de superioridad proviene de la presunción de supremacía, dignidad y legitimidad que le otorga el procedimiento parlamentario que lo produce.

En el principio, destacan los problemas propios de los textos constitucionales. La regla constitucional presenta, en efecto, el nivel de indeterminación propio de los textos políticos. La cláusula constitucional es más un programa o una proclama que una norma en el sentido clásico. La ambigüedad y la vaguedad, tanto semántica como sintáctica, se potencian por la presencia de lo que J. Waldron llama “conceptos esencialmente controvertidos”. Es decir conceptos que expresan un criterio normativo que provoca y convoca a la natural discrepancia entre los operadores jurídicos a propósito de los criterios interpretativos. Los principios y reglas constitucionales suscitan por su propia naturaleza discrepancias profundas porque su propio carácter controvertido hace a la esencia del concepto. Es parte de su significado. Se utilizan precisamente para garantizar la existencia del debate. Hablar de democracia, igualdad, libertad, razonabilidad, moral, orden público equivale casi a convocar a la discrepancia, a la confrontación y a la ponderación entre visiones enfrentadas.

Por su parte, los textos legislativos reclaman para sí un reconocimiento ilimitado de legitimidad. Para algunos, incluso una verdadera presunción de legitimidad, derivada del procedimiento democrático que los produce. La ley es la expresión de la voluntad general. Se presume por tanto su racionalidad, su generalidad, su carácter de igual para todos. Concentra la fuerza de ideas profundas como democracia, deliberación colectiva, igualdad, decisión mayoritaria, utilidad pública, bien común. Toda la carga tradicional de la idea de la “racionalidad del legislador” reviste al principio de supremacía de la ley de una fuerza argumentativa que desplaza toda posibilidad de control a cargo de un poder como el de los jueces, contra mayoritario en su origen y pretensiones de legitimidad.¹²

Cabe hablar en consecuencia de un conflicto entre, por un lado, la interpretación que un tribunal efectúa de la esencial indeterminación de una norma constitucional y, por otro, de la pretensión de leyes o actos adminis-

12. Un repertorio actualizado de razones y argumentaciones de esta posición, en la síntesis de LLINARES, S.: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, cap. 3.

trativos o gubernativos emanados de autoridades que se pretenden investidas de la legitimidad propia de los procedimientos democráticos, o bien de las situaciones de emergencia en la que están en juego los fundamentos del propio orden democrático. Este juicio de contraste, esta ponderación entre normativas en conflicto se efectúa mediante la utilización de herramientas esencialmente controversiales como son las teorías interpretativas.

Este proceso es especialmente crucial y crítico en las sociedades modernas, en la medida en que son sociedades secularizadas, en las que, si existe un principio, el principio fundamental más allá de toda discusión es más bien el de que no hay tales “principios fundamentales”. Sociedades en las que declinan las fuentes de autoridad y tienden a disolverse todos los grandes consensos y paradigmas de la acción social. En las que todo depende de una serie de principios, estándares y criterios articulados en una red de consensos “débiles”, de segundo grado. La revisión constitucional podría así asimilarse a un proceso de filtrado de las decisiones institucionales a cargo del juez, con el auxilio de toda una red de principios y valores del constitucionalismo, entendidos desde la interpretación subjetiva del “guardián” de los valores constitucionales.

Esta función arquitectónica del control de constitucionalidad, cuya naturaleza política es necesario subrayar, se ejerce en dos ámbitos fundamentales:

El primero es el de la *definición estructural* del sistema político. *Marbury vs. Madison* forma parte de este primer tipo de control constitucional. Es el control referido a la estructuras del poder: la división de poderes, la relación entre el legislativo y el ejecutivo, la dinámica del federalismo, las batallas por la representación, la apertura del sistema político y los nuevos procesos de inclusión institucional.

El segundo ámbito es el de la *interpretación de los derechos*. Es el campo donde se debaten temas centrales relativos al control de las libertades y sus límites, las cartas de derechos, el conflicto y la ponderación entre principios constitucionales en tensión.

En ambos casos, el control de constitucionalidad implica una actuación de la justicia “fuera de rol”. Al controlar el contenido de valores, la necesidad, la oportunidad o las consecuencias socio-económicas de las leyes, la justicia legisla y gobierna, desbordando muchas veces el horizonte de sus capacidades y posibilidades. Estima, decide, implementa, determina. Inova en el orden establecido. Controla y, a la vez, trata de situarse en un plano de supremacía que exima a sus decisiones de cualquier tipo de control ulterior.

Su función es en este sentido política y sus argumentos son también argumentos políticos, aunque su pretensión sea la de revestir a sus decisiones de un carácter que trascienda el control y los costos de la política.

Sin embargo, es natural que, bajo tales condiciones, la sociedad exija a los jueces, de un modo cada vez más perentorio, responsabilidades también políticas. Una de las causas principales del cuestionamiento social creciente a la justicia es precisamente la reacción ante su pretensión de legislar y gobernar desde una posición no solo carente de títulos democráticos aceptables desde la perspectiva del ciudadano medio, sino sobre todo imbuida de propósitos casi salvacionales, exentos del tipo de controles que se entrecruzan en el imaginario político de las democracias actuales.¹³

A medida que la democracia *política* se fragmenta y pierde capacidad de representación y contención de la democracia *social*, las presiones sobre el sistema de control de constitucionalidad tienden a acrecentarse. La política impacta sobre los mecanismos de control y particularmente sobre las cortes constitucionales, en cuanto instancias supremas de dicho control. Ello pone a prueba ese delicado mecanismo de legitimidades superpuestas y compartidas. Prestigio, reputación, excelencia, ecuanimidad, autoridad técnica, respeto y *self-restraint* operan como dimensiones complementarios de un mismo sistema de equilibrio reflexivo en el que se funda la legitimidad social del control judicial de constitucionalidad.

2. La actualidad del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad de las leyes es el resultado de una evolución rápida –apenas algo más de doscientos años– y reconoce en su evolución tres momentos fundamentales.¹⁴

13. Refiriéndose a las evidencias sociológicas acerca de la declinación de la confianza que los norteamericanos depositan en su Corte Suprema, observa P. Rosanvallon que la misma “no obedece al hecho de que se trate de un ‘cuerpo aristocrático’: deriva solamente de la sensación de que la institución está en proceso de volverse menos objetiva, más partidaria, y que sus integrantes tienden a perseguir finalidades de naturaleza ideológica”. Cfr. ROSANVALLON, P.: “El gobierno de los jueces”, en 200 Claves de Razón Práctica (marzo 2010), pág. 22.

14. Tres *ondas*, en la expresión de GINSBURG, T: *Op.Cit.* , págs. 82-88.

a) Una primera etapa proviene de la tradición de las colonias americanas y de un complejo cultural que integraba tradiciones muy diversas, que incluían el iusnaturalismo clásico, sus posteriores variantes racionalistas y la tradición del *common law* y la *Ancient Constitution* inglesa. La idea central inspiradora de esta tradición fundamental es la de un sistema normativo que reconoce dos niveles de reglas: un derecho superior o *higher law*, constituido por principios y leyes superiores y un nivel inferior o *lower law*, constituido a su vez por las leyes, precedentes jurisprudenciales, costumbres y prácticas interpretativas.¹⁵

Junto a esta idea fundamental heredada de la tradición del derecho natural, existe otra idea igualmente central: la de la sociedad como un contrato que combina los deberes del gobierno con los derechos de los ciudadanos, a través de una forma de asociación.

La existencia de una Constitución escrita viene a completar el sustrato de ideas sobre las que reposa una primera versión del control de constitucionalidad de las leyes.¹⁶

No es de extrañar que hasta la II Guerra Mundial, la institución del control judicial de la constitucionalidad de las leyes no se planteara más que en países que heredaban la tradición presidencialista, federal y del *common law* –Estados Unidos, Canadá, Australia y algunos países como Noruega o Portugal, en las que las facultades de revisión en cabeza del Poder Judicial eran moderadas por una poderosa tradición de *self-restraint*. Los países latinoamericanos recibieron esta tradición.

Los actores centrales de esta primera ola del control de constitucionalidad fueron los *Founding Fathers* americanos, los líderes de un élite intelectual y política singularmente bien dotada, formada en las tradiciones del republicanismo clásico y fortalecido por las luchas de la independencia y los

15. Para una reconstrucción crítica de los orígenes del control de constitucionalidad en la experiencia americana, cfr. KRAMER, L: *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*.. Oxford: Oxford University Press, 2004, caps. 1-4. El mismo Kramer ofrece una precisa reconstrucción del proceso que lleva a *Marbury vs. Madison* y a sus proyecciones históricas. Cfr. KRAMER, L.D.: “We the Court”, en 115 *Harvard Law Review* (2001), págs. 5 y ss.

16. Para una consideración de los fundamentos constitucionales del “judicial review” en un sistema carente de constitución escrita como Gran Bretaña, cfr. sobre todo ELLIOTT, M.: *The constitutional foundations of Judicial Review*. Oxford: Hart Publishing, 2001, cap. 1.

arreglos institucionales que antecedieron y siguieron los procesos de ratificación de la Constitución de Filadelfia. Las figuras de Jefferson, Madison y John Marshall son capitales en esta primera onda de la evolución de la idea de *judicial review*.¹⁷

La Constitución es, en esta primera visión no solamente una norma. Es la norma histórica más un *cluster* de principios, estándares, precedentes, tradiciones y prácticas interpretativas que la integran. Una constitución visible junto a una constitución invisible que la sustenta y la dota de sentido, constituida por principios, precedentes, directivas e ideas orientadoras de origen, naturaleza y proyecciones diferentes. Tal vez sea ésta la acepción más clara de la noción de “constitución viva” o *living constitution*, central en el debate filosófico- constitucional de nuestro tiempo.¹⁸

Desde esta óptica, a la pregunta acerca de “quién custodia a los custodios”, se responde desde la teoría pura de la república constitucional, concebida como un delicado mecanismo de relojería, con sus pesos, frenos y contrapesos, sus resortes y sobre todo una doctrina acendrada y profunda del poder, limitado por la virtud política y por el juego articulado de un cuidadoso sistema de control mutuo de poderes, pasiones e intereses. La visión del control constitucional acuñada por la tradición política americana ha tenido siempre al Poder Judicial como referencia institucional central.

17. Sobre la institucionalización del *judicial review* americano y el significado histórico y político de *Marbury vs. Madison*, cfr. NELSON, W.E.: *Marbury vs. Madison: The origins and legacy of judicial review*. Lawrence: Kansas, 2000 y TUSHNET, M. (Ed.): *Arguing Marbury vs. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005, espec. los trabajos de S. Sherry, B. Fridman y S.M. Griffin. Para una visión de John Marshall en la perspectiva de las ideas y la política de la época, cfr. especialmente HOBSON, C.F.: *The great chief justice. John Marshall and the Rule of Law*. Lawrence: University Press of Kansas, 1996, NEWMYER, R.K.: *John Marshall and the heroic age of the Supreme Court.*. Baton Rouge: Louisiana University Press, 2001 y SMITH, J.E.: *John Marshall. Definer of a Nation*. N. York: Henry Holt & Co., 1996.

18. Piezas de utilidad para un análisis de este debate, STRAUSS, D.A.: *The living Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010; TRIBE, L.H.: *The invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008; AMAR, A.R.: *America's unwritten Constitution. Precedents and principles we live by*. N. York: Basic Books, 2012 y SCALIA, A. GARNER, B.A.: *Reading the law. The interpretation of legal texts*. St. Paul: Thomson/West, 2012, págs.1-47.

b) Una segunda etapa del control de constitucionalidad se desarrolla en un ámbito jurídico cultural radicalmente diferente, en la Europa de entreguerras. La figura central es esta vez Hans Kelsen y el escenario la Constitución de Weimar y las polémicas que la rodearon, en torno a la defensa de la Constitución.

La referencia histórica a los excesos de los tribunales del Antiguo Régimen y su conflicto con la Francia Revolucionaria, combinada la consagración de la primacía del Parlamento en la experiencia del parlamentarismo británico y europeo en general consagraron a través del tiempo una actitud de suspicacia hacia el papel de los jueces como instancia de poder. Ello explica la tradición de los tribunales constitucionales y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

El sujeto central del control de constitucionalidad será esta vez un cuerpo concentrado, dependiente del parlamento y separado del Poder Judicial: una Corte Constitucional encargada de proteger la Constitución. Una constitución concebida como una *Grundnorm*, una norma fundamental o supernorma fundamental que preside la unidad del ordenamiento jurídico.

Éste será el modelo que se impondrá precisamente en los países pos-fascistas: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España. En estos países el tema central no será la protección del federalismo y el conflicto entre las autonomías individuales, sociales y territoriales. El tema será la protección de los derechos individuales y sociales y el temor ya no sólo al Poder Ejecutivo central, sino a la propia lógica expansiva del poder del parlamento.

Casi todos los sistemas que siguieron la ola expansiva del control de constitucionalidad adoptaron formas híbridas, con dosis variables de elementos provenientes de los modelos de control difuso o concentrado.¹⁹ Sin embargo, en todos los casos, el eje central de preocupaciones fue el de los “derechos”. Es el control de constitucionalidad propio de lo que Bobbio llama la “Era de los Derechos”.

19. Para una visión sintética de este proceso y el papel cambiante de los jueces, cfr. ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2004, págs. 24-26. También PIZZORNO, A.: *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*. Bari: Editori Laterza, 1998, págs. 12-14, 33-37, 41-43 y 83 y ss. y CHELI, E.: *IL giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*. Bologna: Il Mulino, espec. cap. VII.

Italia, Austria, Grecia, y Alemania, precisamente los países mas castigados por la crisis del modelo weimariano, que antes de la guerra habían alumbrado dictaduras autoritarias a partir del desarrollo de la lógica parlamentaria, han sido durante toda esta segunda ola los proveedores básicos de doctrina constitucional basada en la idea del control concentrado. España y Portugal se sumarían a dicha cruzada ideológica y doctrinal. Países todos con una tradición muy corta de declaraciones de derechos, desconfiados de la lógica parlamentaria e interesados en proteger la Constitución a través de un Tribunal especializado, apuntalado por la fuerza de los partidos, pero con una delegación amplia en el poder la judicatura .

Por un andarivel separado, se desarrolló la experiencia del *Conseil Constitutionnel* francés, orientado ya no a la defensa de los derechos sino a la preservación de la división de poderes. Un Ejecutivo con acceso al Tribunal, al efecto delimitar la dinámica del Parlamento. La experiencia de la 4ta. República y el parlamentarismo extremo más la filosofía política de De Gaulle, un triunfador de la Guerra Mundial imbuido de la idea de preservación de la Unidad de Francia y de la necesidad de preservar la Constitución de las fuerzas centrifugas del parlamentarismo y la lucha de partidos, a través de un control preventivo de constitucionalidad de naturaleza política.

De allí que fueran países como Israel, Pakistan, Egipto, o Indonesia los ámbitos donde este modelo fue cultivado y ampliado. Países amenazados por el riesgo de la fragmentación política ante la presión de la guerra exterior y las fuerzas centrífugas de la diversidad política, cultural, religiosa y étnica. El Poder Judicial es visto como una garantía de la integridad del orden político y la defensa exterior, frente al eventual y siempre posible retorno de un régimen de democracia abierta y competitiva.

“¿Quién custodia a los custodios?” En esta segunda ola, por sobre la diversidad de modelos expresivos, quien custodia es la propia fortaleza institucional de un órgano de interpretación y control constitucional legitimado en una idea defensiva de la división de poderes. Un sistema de frenos y contrapesos con neto predominio del Ejecutivo, interesado en la preservación de la unidad del poder gubernativo, la diversidad de sus funciones y una visión restrictiva de la revolución imparale de los derechos y las libertades ciudadanas.

c) La tercera etapa de la evolución revolucionaria del control de constitucionalidad estará representada por una nueva generación de cortes constitucionales. Las naciones que entran en esta nueva onda del control son las

piezas provenientes del antiguo orden soviético y en general las que pertenecen a la “tercera ola” del proceso de democratización contemporánea.

En los nuevos órdenes constitucionales, tal como sucederá en el resto de las nuevas experiencias constitucionales en África, Asia y el resto de las nuevas democracias, el objetivo ya no serán los derechos sino la propia democracia. Los derechos no han sido el tema central, de allí que el debate en torno a la “dificultad contra-mayoritaria” haya estado casi totalmente ausente, más allá de los intentos de los constitucionalistas de Harvard, Chicago o Yale que participaron activamente en el diseño e implantación de las nuevas constituciones.

Son las constituciones de la nueva era global, que apuntan a un fortalecimiento de las instituciones democráticas a partir del marco de valores y principios de la globalización y de la nueva lógica de los tratados internacionales.

“¿Quién custodia a los custodios?” Quien custodia, en esta fase de la evolución de la institución es una red de instituciones cada vez más amplia y extendida, que protagonizan un nuevo orden global, cuyos actores centrales no son ya los Estados nacionales sino las cortes internacionales, las agencias multilaterales, los principios de *lex mercatoria*, las instancias del arbitraje internacional, los tribunales de derechos humanos, la justicia transicional, los nuevos espacios interjurisdiccionales.²⁰ El control es referido a las nuevas instituciones de una gobernanza global con principios e instituciones todavía en construcción, en los que la idea de *self-restraint* cobra una nueva y renovada vigencia.²¹

20. Una visión de conjunto en ALLARD, J. y GARAPON, A.: *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du Droit*. Paris: La République des Idées/Seuil, 2005, págs. 35-70.

21. Para un análisis del papel de control del ordenamiento institucional global, cfr entre la literatura creciente, SLAUGHTER, A-M: *A new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004, cap. 2; FERRARESE, M.R.: “When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism”, en “9 Global Jurist” (2009), págs. 1-31. Publ. por The Berkeley Electronic Press <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss1/art2> y FERRARESE, M.R.: *La governance tra politica e diritto*. Bologna: Il Mulino, 2010, caps. IV y V.

La difusión de nuevas formas de control constitucional se amplía y diversifica en función de las ideas de pluralismo social y de principios propios de las nuevas formas de control.

3. Los nuevos desafíos del control judicial de constitucionalidad

El balance de la evolución apuntada abre nuevas instancias de respuesta a la pregunta central acerca de quién custodia a los custodios de la Constitución.

Los jueces pasan a desempeñar un rol de excepción. Intervienen, debaten, diseñan escenarios alternativos de resolución de conflictos, resuelven, distribuyen, compensan, premian, castigan, incentivan, subsidian. Construyen soluciones normativas que se imponen como nuevas normas y criterios de resolución de conflictos futuros. Son estos nuevos escenarios de actuación los que han cambiado, operando reflexivamente sobre el sistema de justicia. Generando ocasiones y posibilidades al ejercicio de nuevas y más importantes funciones en la sociedad.

Baste una enumeración sucinta de las nuevas funciones del control judicial: nuevas instancias de acceso al derecho y al servicio de justicia; quiebra de la jurisdicciones nacionales, generalización de nuevas formas de composición de intereses y de resolución arbitral de conflictos; importancia creciente de la doctrina judicial en función de la consolidación de los principios del *common law*, a impulsos de procesos de hibridación y “préstamos” culturales.

En un mismo sentido, la descripción de la situación actual impone reconocer notas como la transformación en los principios clásicos de legitimación activa, las nuevas formas de protección de intereses difusos y acciones de clase.

Emerge así una sociedad cada vez más “contenciosa”, en la que resulta a su vez natural la demanda social de garantías de debido proceso, tanto sustancial como adjetiva y aplicación a campos muy diversos de la actividad estatal y de la propia vida social, incluido el propio derecho penal.²²

22. KELMAN, M.: “Interpretive construction in the substantive criminal law”, en 33 Stanford Law Review, (1981), págs. 591 y ss.

De allí el avance del Poder Judicial sobre las llamadas cuestiones políticas y la expansión de la justiciabilidad de todos los conflictos. Participación a su vez también creciente de la función judicial en procesos y actividades en otro tiempo reservadas a la legislación. La mayor parte de la nueva legislación ya no surge de iniciativas legislativas sino como consecuencia de procesos de implementación e interpretación con origen en la Administración o en el Poder Judicial.²³

Se amplían así los márgenes y posibilidades para el acceso a la justicia para la resolución de controversias ajenas a la intervención de los magistrados. Es creciente por ello la inserción de la justicia en el conjunto de los mecanismos sociales destinados a velar por el control de “corrección política” de los procesos políticos y sociales.

La justicia se convierte así en un actor central en los procesos políticos, económicos, sociales y culturales. Sus principios regulatorios –por ejemplo el debido proceso– pasan a integrar los códigos propios de este tipo de conflictos, en otro tiempo formalmente autónomos respecto del derecho.

Se despliega así una demanda creciente de derechos, como resultado de la consolidación de la cultura política y jurídica propia de procesos de movilización cognitiva de las sociedades actuales, presiones hacia una democratización integral y crisis correlativa de la representación republicana y el principio de división de poderes.²⁴ Un reflejo cabal de esta nueva situación es la expansión del control de constitucionalidad tanto en lo referido a sus contenidos como a sus métodos y formas de habilitación del ejercicio de los derechos.

El Poder Judicial se sitúa en el centro mismo de la crisis de la república constitucional. La función judicial se politiza, a impulsos sobre todo del proceso de “judicialización” del conflicto social y político. Actitudes y propuestas que hasta no hace mucho podían pensarse como vías o “usos alternativos” del derecho configuran hoy una corriente central del pensamiento y la práctica del estamento judicial en las democracias avanzadas.

23. MANNING, J.F. y STEPHENSON, M.C.: *Legislation and regulation*. N.York: Thomson Reuters/ Foundation Press, 2010, cit. pág. 2.

24. Cfr. TRÄGARDH, L.: (Ed.): *After national democracy. Rights, law and power in America and the new Europe*. Oñati: Hart Publishing, 2004, espec. cap. 7.

En la medida en que las sociedades actuales acentúan procesos de fragmentación, oligarquización, corporativismo y concentración del poder –económico, social, mediático– y la legislación pierde su referencia esencial a la idea de una racionalidad global, se acentúa el desgaste de las instituciones, la regla de la mayoría y, sobre todo, la división clásica entre los poderes y funciones del Estado.

Cambian, en consecuencia, las fuentes y jerarquías normativas y el Poder Judicial deviene no solamente árbitro y mediador sino incluso promotor central de nuevas formas y equilibrios sociales. Mal puede la política reclamar por así una superioridad moral, derivada de sus métodos y procedimientos de “deliberación” y, mucho menos aun una pretensión de presunción de legitimidad automática de la lógica parlamentaria.

El proceso no es pacífico. El poder de interpretar la Constitución, “de decir lo que el derecho es” –en palabras de *Marbury vs. Madison*– no es un poder expresamente conferido por la Constitución a los jueces. Interpretar la Constitución es más bien una facultad implícita e incidental que de hecho ejercen todos los poderes del Estado y aun los propios ciudadanos. De allí la resistencia social a la pretensión de los jueces de ejercer una función monopólica. Los jueces tienen el derecho de interpretar en la medida en que tienen el deber de decidir los casos sometidos a su consideración.²⁵ La Constitución no confiere el monopolio interpretativo que pretenden los jueces, a pesar de la elaborada definición de los mecanismos de la división e interdependencia entre los poderes. Es lógico, en consecuencia, que el debate entre la autoridad de los jueces y la autonomía del Ejecutivo sea una de las cuestiones abiertas dentro de la agenda institucional del Estado de Derecho.

25. Para un estudio de las facultades interpretativas del Poder Ejecutivo, cfr., el completo estudio de PAULSEN, D.S.: “The most dangerous branch: Executive power to say what the law is”, en 83 *Georgetown Law Journal* (1994-95), págs. 217 y ss. En el mismo sentido, para el estudio de la ampliación del margen de la interpretación constitucional del resto de los poderes, cfr. ROSENFELD, M.: “Executive autonomy, judicial authority and the Rule of Law: reflections on constitutional interpretation and the separation of powers”, en 15 *Cardozo Law Review* (1993-94), págs. 137-174. Asimismo, BELL, B.W.: “Metademocratic interpretation and separation of powers”, en 2 *New York University Journal of Legislation & Public Policy* (1998-99) págs. 1 y ss. Y SUNSTEIN, C.: “Beyond *Marbury*: The Executive’s power to say what the law is”, en 115 *Yale Law Journal* (2005-06), págs. 2580 y ss.

4. Control de constitucionalidad y gobernanza social

La ruptura de la idea tradicional del gobierno se explica en función de la crisis de las ideas recibidas acerca de la división de poderes, lo cual acelera la necesidad de mecanismos de adaptación a las nuevas realidades.

a) Por el lado de la *demanda política*, el rasgo dominante es sin duda la emergencia de una nueva cultura ciudadana, crítica, inconformista, impaciente y, sobre todo, nutrida por niveles hasta ahora desconocidos de información en tiempo real e impaciente, por tanto, ante las inercias y lugares comunes de la política tradicional. “La democracia –afirma P. Rosanvallón– afirma su vitalidad como régimen en el momento en que decae como forma de sociedad”. La ciudadanía política progresa al mismo tiempo que retrocede la ciudadanía social y este “desgarramiento” de la democracia es uno de los hechos sociales de nuestro tiempo.²⁶

b) Por el lado de la *oferta política*, los cambios son igualmente profundos. Las formas políticas tradicionales, basadas en programas “fuertes”, afines a un concepto de grandes proyectos sociales y militancia ideológica, ceden espacio a un nuevo tipo de liderazgos, más situacionales y por lo tanto efímeros y *pret-à-porter*. Los partidos optan por propuestas “débiles”, construidas a partir de una lectura atenta y cuidadosa de las demandas, frustraciones, esperanzas e impaciencias sociales.

c) En el nivel de los poderes locales, el cambio asume características revolucionarias. En las grandes ciudades, los alcaldes, prefectos o intendentes invisten una nueva forma de legitimidad ajena por completo a los patrones clásicos, ya sea racional-burocrático o tradicional. La política “de las cosas concretas” pasa a ser una etapa inexcusable de cualquier carrera política que aspire a horizontes mayores. Los “carismas situacionales” –capaces de flotar en el escenario ambiguo de las expectativas colectivas– priman así sobre las grandes personalidades del tipo de las que, en el siglo XX, otorgaron a los

26. En la visión de Rosanvallón este rasgo porta consigo las más terribles amenazas y, si prosiguiera, lo que a largo plazo podría vacilar es el régimen democrático mismo. Cfr. ROSANVALLÓN, P.: *La sociedad de iguales*. Buenos Aires: Manatíal, 2012, págs.17-19.

poderes ejecutivos una misión y ambición revolucionaria. La idea de *gestión* pasa a ser la piedra de toque de la nueva legitimidad de ejercicio

Por esta vía, a la idea tradicional de *gobierno* sucede la noción más amplia y abarcadora de *gobernanza* (*Governance*).²⁷ El concepto tradicional de *gobierno* está referido a un modelo de organización jerárquica, con una especificación clara de las competencias, de las cadenas de mando y responsabilidades. El concepto de *gobernanza* se refiere, en cambio, a instrumentos flexibles de gobierno, asistidos por toda una gama de herramientas de intervención sobre la realidad de las sociedades complejas. Supone, sobre todo, una referencia esencial a la autonomía de los poderes locales. Esta autonomía supone a su vez el reconocimiento de una idea plural de soberanía, que encarna en la acepción contemporánea del viejo principio clásico de la *subsidiariedad*. Es decir, del reconocimiento de la autonomía propia de cada nivel de la pluralidad social.

La idea contemporánea de *gobernanza* gira en torno de las condiciones del desarrollo de las funciones de gobierno bajo una doble exigencia: por un lado, la necesidad de un ejercicio cada vez más complejo, sofisticado y técnico de la actividad gubernativa y, por otro, la creciente desconfianza y vigilancia crítica por parte de ciudadanos cada vez más informados, conscientes de sus derechos y conocedores de los mecanismos de participación y reclamación.²⁸

Las condiciones apuntadas son enfrentadas a partir de la determinación de algunos principios básicos, presentes en la mayor parte de los docu-

27. Para un desarrollo más amplio de la noción de “Gobernanza”, cfr. UNDP: *Reconceptualising Governance*. UNDP Management Development and Governance Division.: Discussion Paper 2. N. York, 1997 y *Governance. The World Bank Experience*. Washington DC: World Bank, 1994. Asimismo, GRINDLE, M. (Ed.): *Getting Good Government. Capacity building in the public sectors of developing countries*. Cambridge: Harvard Institute for International Development, 1997. RHODES, R.A.W.: *Understanding governance. Policy networks, governance, reflexivity and accountability*. Buckingham: Open University Press, 2001 y NYE, J. S. y DONAHUE, J. D. (Eds.): *Governance in a globalizing world*. Washington: Brookings Institution Press, 2000.

28. Sobre las tensiones que operan en la relación entre las ideas de *governance* y *government*, en el contexto del nuevo constitucionalismo, sobre todo europeo cfr. CALISE, M.: “Tra governo e *governance*: la costituzione nelle democrazie contemporanee”, en ORNAGHI, L. (Ed.): *La nuova età delle costituzione*. Bolonia: Il Mulino, 2000, págs. 121-144.

mentos internacionales vigentes sobre la materia.²⁹ Son los nuevos criterios de legitimidad que orientan la nueva idea de control:

1. **Apertura** (*Openess*): Las instituciones deben funcionar de modo abierto. Deben comunicar lo que hacen, cómo lo hacen y detallar las decisiones que toman. Deben utilizar para ello un lenguaje accesible y comprensible para el público general para mejorar los niveles de confianza en instituciones complejas.

2. **Participación**. La calidad, relevancia y efectividad de las políticas dependen de la capacidad de las instituciones para garantizar una participación amplia e inclusiva de los ciudadanos a lo largo de la cadena de decisiones que toda política implica –desde la concepción y el diseño hasta las diversas fases de su implementación–. El mejoramiento en la participación lleva a una mejora en la confianza en el resultado final de las políticas y en las instituciones que las llevan a cabo.

3. **Rendición de cuentas** (*Accountability*). Los roles en los procesos legislativos y ejecutivos deben ser cada vez más claros y responsables en los procesos de balance y rendición de cuentas de los recursos utilizados. El monitoreo y evaluación de las políticas que se implementan forman parte esencial del proceso de desarrollo e implementación de las políticas públicas.

4. **Efectividad** (*Effectiveness*). Las políticas deben ser efectivas, puntuales y desarrolladas en los tiempos previstos. Los resultados que producen deben basarse en objetivos claros y, en lo posible, deben ser sometidos a evaluación de sus impactos futuros y en comparación respecto de experiencias pasadas. La efectividad depende también de la implementación de las políticas de un modo proporcionado y de decisiones que se tomen en el nivel más apropiado.

5. **Coherencia**. Las iniciativas, acciones y políticas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles. La coherencia requiere liderazgo político y un sentido fuerte de la responsabilidad por parte de las instituciones, que permitan asegurar enfoques consistentes en el contexto de sistemas cada vez más diferenciados y complejos.

29. Cfr. sobre todo *The European Governance. A White Paper*. Bruselas, COM (2001) 428. 25/7/2001 cit., pág. 10.

Los principios expuestos suponen una visión integrada de su aplicación. Cada uno de ellos se refuerza en su relación dinámica con los demás. Suponen asimismo un enfoque basado en dos principios complementarios: la proporcionalidad y subsidiaridad.

Es decir, que la selección y utilización de los medios debe guardar una relación de proporcionalidad flexible con los objetivos y fines perseguidos y que las decisiones deben ser tomadas al nivel más apropiado. De modo tal que ningún nivel se sobreponga a niveles inferiores con capacidad para adoptarlas. El gobierno debe posibilitar el desarrollo libre y natural de los niveles inferiores que abarca y contiene.³⁰

Más que capacidad para legislar, ejecutar y juzgar, el poder debe ganar en posibilidades de anticipar escenarios, poner en marcha respuestas estratégicas, evaluar sus impactos directos e indirectos, estimar las consecuencias no previstas ni deseadas, desarrollar agendas e iniciativas en red. Gobernar implica exige inteligencia prospectiva, flexibilidad operativa y articulación de mecanismos de alerta y respuesta temprana ante efectos no deseados.

En este proceso, el derecho pasa a desempeñar funciones nuevas apenas entrevistas por las visiones ortodoxas. Su función de mecanismo de estabilización y administración de expectativas sociales le otorga un papel preponderante entre el resto de las herramientas y formas de acción directa e indirecta de encauzamiento de la conducta social.

Más que de un ocaso de la idea tradicional de la división de poderes cabría hablar de un proceso de metamorfosis y transfiguración. La gestión política de los procesos recurrentes de emergencia tanto política como económica, ha obligado a las instituciones a transitar la senda del cambio desde la perspectiva de las ideologías fundamentalistas a un cierto instrumentalismo pragmático. Este espíritu de adaptación a la complejidad del nuevo escenario social, termina por imponerse sobre criterios ideológicos, postulados programáticos y aún posiciones de conveniencia personal de líderes y candidatos.

A la idea de control del poder a través del poder mismo, expresada en el equilibrio de frenos y contrapesos sucede la idea del control del poder a través

30. Una explicación más amplia del juego de estos principios puede verse en D'ATENA, A.: *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007 y, para una aplicación concreta de un caso nacional paradigmático como el italiano, BUDELLI, S.: *Dinamismi centripeti del multilivello solidale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

de la revisión de constitucionalidad de los actos que le son propios, cargo de un órgano preestablecido en la Constitución, encargado de desarrollar procedimientos específicos de contraste con los principios y reglas de la Constitución.

Las instituciones de la Constitución afrontan así una verdadera revolución “desde la demanda”, que impulsa una verdadera mutación del sistema recibido. Ya no cuenta tanto la *oferta* de la política –las ideologías, causas, programas, liderazgos, etc.–. Lo que impulsa y determina el sentido de los cambios en marcha es la *demand*a creciente y desbordada de parte de una ciudadanía cada vez más informada, consciente de sus derechos, educada, autónoma, escéptica y, sobre todo, impaciente.

En una sociedad en la que declinan las lealtades tradicionales, crece la desconfianza social y pierden importancia los compromisos permanentes, no es extraño que el equilibrio entre poderes e instituciones entre en crisis.

Tampoco lo es el hecho de que el vacío que ha quedado abierto tienda ser ocupado de hecho por otros actores sociales centrales en el contexto de las “democracias de opinión”. La opinión pública y las diversas organizaciones sociales surgidas como formas de expresión de intereses sociales vulnerados – casos de las organizaciones sindicales, grupos de protesta y acción directa, representaciones sectoriales del trabajo y de la producción, grupos ecologistas, etc.– tienden a ocupar un escenario de importancia inédita.

La democracia enfrenta así los riesgos inherentes a sus propios éxitos. En la medida en que es el (único) régimen que apoya su legitimidad sobre el consentimiento de los gobernados, sin recurso a ningún otro principio fundante, se ve obligada a administrar una revolución constante de expectativas sociales. La brecha entre expectativas y realidades desgarra la entretela de valores y presuposiciones tácitas que dieron cohesión a la promesa republicana. La democracia gana en impulso y protagonismo político, al tiempo que declina y pierde sustancia como vigencia social.

Una vez concretadas y capitalizadas políticamente, las promesas sirven de base a nuevas expectativas, según una lógica exponencial que plantea sobrecargas constantes sobre la infraestructura institucional disponible. Éste fue precisamente el riesgo que los federalistas tuvieron en cuenta al diseñar y construir la versión madisoniana de la doctrina de la separación de poderes y del instrumento del *judicial review*.

La sociedad exige hoy a las instituciones y a quienes las representan al interior de dichas instituciones, respuestas inmediatas en áreas y temas

que, en una sociedad ordenada, están fuera de la competencia de la política. Temas cuyo procesamiento y solución correspondería en realidad a instancias técnicas o, en última instancia, a los esfuerzos concertados de toda la sociedad en su conjunto –tales, por ejemplo, los casos del empleo, la educación, la salud, la seguridad ciudadana o la cohesión e inclusión social–. Se desarrolla así un nuevo tipo de vínculo democrático respecto del cual cobran sentido expresiones tales como particularidad, reconocimiento, atención y respeto. Un nuevo tipo de interacción social y una nueva matriz de política positiva, basada en la idea de *proximidad*.³¹

Desde esta perspectiva, no son las instituciones las que fracasan. Más bien revelan su impotencia frente a objetivos sociales que las desbordan. Las instituciones, en particular las judiciales se ven obligadas a afrontar demandas y reclamos que en realidad les es imposible satisfacer. Deben cubrir vacíos y lagunas abiertas por la crisis del Estado.

En otros tiempos, esta brecha entre expectativas y posibilidades generó reacciones antidemocráticas que terminaron deslegitimando el propio sistema democrático. En la actualidad, sociedades más informadas y experimentadas en ese tipo de consecuencias, han dejado de exigir a las instituciones de la democracia respuestas que no pueden o incluso no deben proporcionar, en la medida en que dependen de otros sectores o de la sociedad misma en su conjunto.

Esta pérdida de monopolio de los intereses y expectativas de los ciudadanos fuerza a su vez un replanteamiento de la problemática tradicional de la representación, que alcanza tanto a las formas tradicionales de la participación política como a las instituciones encargadas del control y la garantía de los valores y principios constitucionales.

En el caso de la justicia, la primera respuesta –casi espontánea– viene del propio sistema, a través de las diversas formas de activismo judicial. La justicia interviene y aspira a colmar las lagunas que dejan abiertas el resto de las instituciones. Lo hace en función de su función de custodio de los valores y principios de la Constitución y su herramienta es una nueva teoría, constructiva y dinámica de la interpretación de los conflictos constitucionales.

31. Cfr. ROSANVALLON, P.: *La legitimidad democrática*, cit., págs. 348-268.

5. Presente y futuro del control de constitucionalidad

En un contexto como el expuesto, se multiplican las incertidumbres en torno al futuro del control de constitucionalidad. La pregunta es recurrente: ¿cómo garantizar formas de control y custodia para quienes pretenden custodiar a los custodios, sean éstos jueces o legisladores? ¿Cómo custodiar a la Constitución, entendida en un sentido real, es decir como un depósito de reglas, principios, precedentes y prácticas interpretativas? La cuestión abre interrogantes aun más amplios, referidos al propio futuro del Constitucionalismo.³²

Todo intento de respuesta impone hacerse cargo de que en el debate actual acerca del control de constitucionalidad se enfrentan entre sí dos concepciones no necesariamente opuestas en el plano de las formulaciones teóricas, aunque enfrentadas en la realidad del devenir histórico.

La primera es una visión de la constitución que podríamos calificar como *negativa*, en una referencia clara a la idea de libertad que la sustenta. Libertad contra el poder y los poderes que lo corporizan. Para esta visión, la Constitución es, ante todo, una carta de derechos y libertades. Un sistema de garantías y de protección de los derechos individuales y sociales. Esta concepción enfatiza los derechos privados por sobre los propósitos públicos.

La segunda es en cambio una visión de la Constitución como una herramienta de política *positiva*, referida a su vez a un sentido constructivo de la libertad. Es decir, libertad entendida como posibilidad para promover objetivos comunes vinculados al bienestar general, la prosperidad, la seguridad, la igualdad.³³

32. Cfr, por ejemplo, los aportes compilados en DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.): *The twilight of Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press, 2010 y TULIS, J.K. y MACDEDO, S. (Eds.): *The limits of Constitutional democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

33. Para una consideración de conjunto de la distinción propuesta cfr. BARBER, S.: "Constitutions in exile: is the Constitution a charter of negative liberties or a charter of positive benefits. The fallacies of negative constitutionalism", en 75 *Fordham Law Review* (2006-07), págs. 651 y ss. También BARBER, B.: *Welfare and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2003 y NAGEL, R.F.: *Constitutional cultures. The mentality and consequences of judicial review*. Berkeley: University of California Press, 1989, págs. 62-65.

Las dos visiones son, por supuesto, modelos que, como tales, no llegan a expresarse a través de formatos institucionales absolutos. La dinámica constitucional muestra más bien una interpenetración mutua, dinámica y cambiante de ambas perspectivas. Su síntesis es siempre conflictiva y provisoria. Las ideologías constitucionales tienden por lo general a exagerar sus rasgos respectivos y los sostenedores de una u otra visión sobre representan sus rasgos diferenciales.³⁴

Por un lado, quienes mantienen la primacía de los procesos de representación y la afirmación de los derechos y libertades frente a los riesgos de función gubernativa. Interpretan la división de poderes en términos de separación y control mutuo entre los poderes. El pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes. Ven en la judicatura un poder contra mayoritario, un freno y contrapeso frente a las naturales pretensiones expansivas del gobierno, tanto en su dimensión legislativa como gubernativa. Su ideal es el de una república representativa, cuidadosa de los equilibrios y la moderación de las energías desencadenadas del poder. La supremacía de la Constitución es el principio o criterio fundamental para la interpretación del conflicto institucional.

En el extremo opuesto, militan quienes sostienen la primacía de los procesos de inclusión y participación. Propugnan la necesidad de desarrollar la capacidad de las instituciones democráticas para promover propósitos públicos sustantivos. Ven en la judicatura un instrumento de resistencia de los contra-poderes sociales contra la energía transformado de “nosotros el pueblo”. Su ideal es el de una democracia de movilización integral, fundada en la primacía del principio de soberanía popular. Ven en la voluntad popular expresada a través de la deliberación parlamentaria su resultado –la legislación– la forma directa y eminente de expresión del mandato popular.

Son dos visiones teóricamente complementarias aunque históricamente divergentes acerca de lo que debería ser una república democrática. Unos la conciben como una “república constitucional”, otros como una “democra-

34. Una amplia indagación histórica de las tradiciones políticas subyacentes a ambas ideologías puede verse en BERTONI, L.A.: *Patriotas, cosmopolitas y nacionalistas. La construcción de la nacionalidad argentina a fines del siglo XIX*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001. Una síntesis del conflicto entre dos ideas de “democracia” derivadas de dicho conflicto de tradiciones políticas en ROMERO, J.L. “Dos democracias en pugna”, en *Diario La Nación*, 4 de nov. 2012.

cia participativa”. Dos polos y una tensión entre fuerzas en esencia complementarias, aunque en la práctica social divergente y enfrentada.

El conflicto actual en torno al contenido y el límite del papel de los jueces ante el conflicto social y político llevan al extremo la tensión que ejerce sobre el sistema político un doble juego de presiones y vetos,³⁵ que proviene precisamente de este choque de concepciones.

Las *presiones* vienen desde la propia sociedad, protagonista de un proceso dinámico de incorporación de nuevos valores, actitudes, orientaciones y demandas, propias de una democracia cada vez más abierta y participativa.

Los *vetos* vienen, a su vez, de inercias institucionales y resistencias de poderes fácticos, intereses establecidos y estructuras de dominación tradicional, entre las que cabe sin duda consignar las propias burocracias de los partidos y de otras organizaciones sociales de parejo protagonismo social y político en la sociedad actual.

En este mismo sentido se inscriben los bloqueos funcionales en aspectos centrales de la dinámica del Estado de Derecho. Las cláusulas constitucionales que establecen la estructura del gobierno integraron en su tiempo un proyecto concreto: el establecimiento de una república constitucional, basada en una estructura de pesos y contrapesos destinado a integrar poderes dispersos en el conjunto de un gobierno gestionable.³⁶

35. Entre los trabajos que desarrollan esta perspectiva de la dialéctica entre presiones y vetos, cfr. TUSHNET, M.: *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003, obra que continua *Red, white and blue. A critical analysis of Constitutional Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988 y sobre todo, *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Desde perspectivas diferentes aunque coincidentes en el objetivo, cfr. LAZARE, D.: *The velvet coup. The constitution, the Supreme Court and the decline of American democracy*. Londres: Verso, 2001; SKOCPOL, T.: *Diminished democracies. From membership to management*. Norman: University of Oklahoma Press, 2003; COSTA, P. Y ZOLO, D. (Eds.) *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*. (Milano: Feltrinelli, 2002); FABBRINI, s.: *Quale democrazia. L'Italia e gli altri*. Bari Laterza, 1994 y *Tra presioni e veti. Il cambiamento político in Italia*. Bari: Laterza, 2000.

36. El modelo constitucional norteamericano es el resultado de un compromiso explícito entre concepciones diversas. En *Federalist Papers* N° 37 Madison expone en detalle esta síntesis entre principios opuestos: apunta a las dificultades de combinar el requisito de estabilidad y energía en el Gobierno con la inviolable atención debida a la libertad y la forma republicana. La Constitución es ante todo un instrumento orientado a expandir y con-

Es precisamente esa estructura integrada, basada no tanto en la separación cuanto en la *interdependencia* de los poderes del Estado, la que hacia políticamente posibles los sistemas de designación de jueces y magistrados, el control de constitucionalidad, la prohibición de delegaciones legislativas, la prohibición del veto parcial del Ejecutivo, los procedimientos de formación y sanción de las leyes, la autonomía del régimen municipal o la propia estructura de coparticipación tributaria, sobre todo en los Estados federales.

El análisis del contexto social es en este punto imprescindible. Uno de los factores a tener en cuenta en este análisis es el hecho básico de que las democracias actuales son, ante todo, *democracias de opinión*, en las que las percepciones y preferencias públicas se expresan en tiempo real. Bajo la hegemonía de los medios de comunicación y los procesos y mecanismos de análisis y formación de la opinión pública, la política deviene un plebiscito cotidiano. Es la campaña permanente: la orientación estructural de la política y las prácticas institucionales en función de la lucha, conquista y conservación de espacios y esferas de poder.

Los jueces han llegado al poder para quedarse. Ocupan el vacío que deja la retirada del resto de los poderes ante un cuestionamiento social a las bases profundas de la teoría y la práctica de la representación. El activismo no es una doctrina transitoria. Es más bien la culminación lógica de un perfeccionamiento de la idea y la práctica democrática que, para afianzarse, exige desarrollos paralelos en la dinámica de funcionamiento del resto del sistema institucional.

¿Quién custodia entonces a los custodios? Los poderes de la democracia no aceptarán esta irrupción basada en la idea de que los jueces constitucionales “no somos los últimos en la decisión porque seamos infalibles, sino que somos infalibles sólo porque somos los últimos”.³⁷

La confrontación es inevitable y será el signo de la época actual. En esta tercera o ya cuarta onda de la historia apasionante del control de constitucionalidad todo indica que el mecanismo de relojería de los frenos y contra-

solidar el propósito y procedimientos de una autoridad nacional, por sobre los objetivos de creación de derechos contra dicha autoridad – ver al respecto en especial *Federalist* N° 41–. Ver a propósito de los compromisos básicos del modelo constitucional estadounidense MALTZ, E.: *Rethinking Constitutional Law. Originalism, interventionism and the politics of judicial review*. Lawrence: University of Kansas, 1994, págs. 62-68.

37. Voto del Justice Jackson en *Brown vs. Allen*, 344 U.S. 443 (1953), pág. 540. “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”.

pesos no funciona ya por sí mismo. Lo hace más bien a través de presiones y vetos de los poderes fácticos. Las pasiones neutralizan a las pasiones. Los intereses bloquean a los intereses. Una sociedad de suma cero en la que las energías negativas imponen su sesgo paralizante.

¿Cómo superar el bloqueo? La única salida parecería provenir precisamente de la expansión y cantidad de aportes que se producen en el foro de los principios. La idea básica de un *self-restraint* de los propios actores vuelve a desempeñar un papel central en el plano del debate y de la implementación de soluciones.³⁸ Una autorrestricción fruto más de la necesidad que de la virtud. De la imposibilidad de un equilibrio basado en el empate: de la necesidad y la oportunidad de un nuevo tiempo y una nueva dinámica transformadora en la que la autonomía e independencia de los guardianes dependa en buena medida de un juego de equilibrios y consensos relativos y superpuestos, protegidos de la contienda entre los partidos.

38. Al respecto, cfr. el provocativo ensayo de POSNER, R.: "The rise and fall of judicial self-restraint", en 100 California Law Review (2012), págs. 519-556 y los apuntes críticos de KARLAN, P.: "The transformation of judicial self-restraint", en 100 California Law Review (2012), págs. 607-619 y FERREJOHN, J. y KRAMER, L.D.: "Independent judges, dependent judiciary: institutionalizing judicial self-restraint", en 77 New York University Law Review (2002), págs. 962-1039.