

# Control judicial y procesos electorales

*Roberto Gargarella\**

## **Resumen**

El trabajo pretende examinar el control judicial en relación con los conflictos electorales. Examina entonces diversas teorías sobre el control judicial, para luego testearlas –en particular, una de ellas, la teoría procedimentalista– frente al caso del fraude electoral.

Palabras clave: control judicial, Thayer, Ely, Sunstein, procedimentalismo, fraude electoral

## **Judicial control and the electoral process**

### **Abstract**

This paper examines judicial control regarding electoral conflict. It contrasts different theories about judicial control and tests them using electoral fraud as a case study.

Keywords: judicial control, Thayer, Ely, Sunstein, procedural theory, electoral fraud.

¿Qué papel deberían asumir los jueces frente a los conflictos electorales? La pregunta –pareciera, contra lo que sería dable esperar– resulta

\* Abogado (UBA), 1984. Sociólogo (UBA), 1985. Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA); Master en Ciencias Políticas FLACSO, 1990. Doctor en Derecho (UBA), 1991. LLM, Universidad de Chicago, 1992. Jurisprudence Doctor, University of Chicago, 1993. Posdoctorado Oxford University, 1994. Becario J. S. Guggenheim, 2001. Becario H. F. Guggenheim, 2003-04. Autor de una veintena de libros y un centenar de artículos sobre Derecho, Teoría Constitucional, Filosofía Política; robert@utdt.edu.

cada vez de una relevancia mayor en países como el nuestro, a raíz de repetidos incidentes en los procesos electorales y las dudas de la justicia respecto de sus obligaciones en la materia. Piénsese, por caso, en la disputa que se desatará en septiembre de 2015 en Tucumán, cuando la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la provincia declarara la nulidad de la elección provincial, ante las denuncias de fraude planteadas por la oposición, antes de que la Corte de la provincia, finalmente, invalidara lo sostenido por la Cámara. Las diferencias entre los dos tribunales sólo reflejaron de un modo importante pero limitado las disputas existentes en la academia y en la judicatura, relacionadas con los alcances del control judicial en dicha materia.

La disputa en cuestiones como la citada aparece todavía planteada en términos extremos. Algunos repiten, sin pensar demasiado, el principio de las “cuestiones políticas no judiciales”. Los cultores de esta postura nunca nos aclaran bien cuáles son tales cuestiones, ni por qué razones no podemos judicializarlas (de mi parte, según diré, tiendo a considerar que los jueces no pueden involucrarse en muchas cuestiones, pero que deben hacerlo de un modo activo, justamente, en esas que tienden a inscribirse como “cuestiones políticas no judiciales”). Para otros, en cambio, todo es materia de intervención judicial y los jueces pueden involucrarse en tales materias con absoluta discrecionalidad interpretativa (de mi parte, esta postura es insostenible, tanto en lo que expresa como teoría del control judicial, como en lo que afirma en materia interpretativa).

En lo que sigue, expondré tres posiciones que, con sus diferencias, sostienen criterios limitativos en cuanto a los alcances del control judicial, a la vez que dan razones de por qué hacerlo, de qué modo y hasta dónde. En diálogo con tales posturas, hacia el final de este texto, ofreceré un modo (también limitativo) sobre cómo pensar el control judicial, y diré de qué manera el enfoque propuesto podría proponer que actuemos en temas relacionados con la cuestión electoral.

**D) J. Thayer y el “error manifiesto”.** Tal vez la posición más antigua y venerada en materia de restricción judicial sea la que expusiera James Thayer a finales del siglo XIX. En efecto, en un fundamental artículo aparecido en 1893 en la revista *Harvard Law Review*, James Thayer confrontó con una serie de opiniones ya bien asentadas para la época, y referidas a la facultad de los jueces de declarar inconstitucional una ley. Como sabemos,

desde el famoso caso “Marbury v. Madison”,<sup>1</sup> firmado por el juez Marshall en 1803, se había afirmado la idea ya desarrollada por Hamilton en *El Federalista* N°78, acerca de la necesidad lógica del control judicial en una democracia constitucional. Thayer, sin embargo, sostuvo que lo dicho por Marshall en su conocida sentencia resultaba notablemente incompleto. En su opinión resulta tan grave, institucionalmente, el hecho de que se declare inconstitucional una ley, que no puede meramente declararse (como hiciera Marshall) la capacidad judicial de invalidar una norma. Es necesario, agrega Thayer, dejar en claro cuán seria debe ser la inconstitucionalidad de la norma en cuestión para tornar aceptable una decisión tan dramática como la de invalidar la ley.

Según Thayer, sólo puede admitirse una decisión como aquella en casos en donde no quepan dudas acerca de la inconstitucionalidad de la ley, en donde la misma sea “tan manifiesta que no deje lugar para la duda razonable”.<sup>2</sup> Este simple principio es el que origina la llamada doctrina del “error manifiesto”. La base en la que se apoyaba Thayer para sostener este criterio restrictivo resultaba muy simple también. En su opinión, la Constitución “admite habitualmente diferentes interpretaciones”, dejándole al legislador “un abanico amplio de opciones”, todas ellas racionales.<sup>3</sup> El juez, entonces, no puede confrontar con la opinión de aquél, a partir de la que resulta (a él, como juez) la más adecuada. Sólo en caso de que lo actuado por el legislador exceda claramente el marco de las interpretaciones razonables de la Constitución, entonces el juez puede tener razones para invalidar lo hecho por la legislatura.

Contra criterios como los que él propone, advierte Thayer, los jueces no guardan habitualmente un respeto debido frente a las decisiones del legislador. Ellos dejan de lado sin mayor consideración las razones que puede tomar en cuenta la legislatura para decidir del modo en que lo hace, y pasan a realizar un tratamiento “pedante y académico” de los textos de la Constitución y la ley.<sup>4</sup> Esta falta de deferencia hacia el legislador se contradice, además, con una tradición también amplia de opiniones judiciales exigiendo la

1. Cranch, 137.

2. Thayer (1893), p. 140.

3. *Ibíd.*, p. 144.

4. *Ibíd.*, p. 138.

adopción de tests más estrictos, del tipo de los que él propone. Thayer cita en su respaldo opiniones como las del juez Pendleton en Virginia, en 1782, haciendo referencia a la gravedad de la decisión judicial de invalidar una norma;<sup>5</sup> la de la Corte General de Virginia en 1793 (refiriéndose a la necesidad de que la violación en cuestión resulte “manifiesta y clara”, antes de declarar la norma inconstitucional);<sup>6</sup> la del juez Tilghman en 1811 (refiriéndose a que “un Acta de la legislatura no sea declarada inválida a menos de que la violación de la Constitución sea tan manifiesta que no deje lugar para una duda razonable”);<sup>7</sup> la del juez Chase, de la Corte Suprema norteamericana, en 1796 (afirmando que él “nunca declarar[ía] inconstitucional una norma” sino cuando se tratara de un caso muy claro);<sup>8</sup> la del juez Patterson, en 1800 (sosteniendo que para poder declarar nula una ley debía tratarse de un caso en que hubiera “un quiebre claro e inequívoco de la Constitución, y no de una implicación dudosa y polémica”);<sup>9</sup> o la del juez Charlton, en Georgia, 1808 (diciendo que “cuando resulta dudoso si la legislatura ha violado o no la Constitución, debe evitarse el conflicto, porque en tal caso puede ocurrir que la Constitución esté de parte de la legislatura”).<sup>10</sup> Opiniones como estas, concluye Thayer, respaldan la idea de que una doctrina como la del “error claro” y manifiesto no expresa una mera actitud de cortesía hacia el legislador, sino una pretensión de actuar adecuadamente, conforme al derecho.<sup>11</sup>

Han sido muchos los jueces y juristas que, desde entonces, mostraron un respaldo inequívoco a tesis como las de Thayer. Dentro del derecho norteamericano, esta postura es la que vino a sostener, por lo general, el llamado realismo jurídico; y la que se encuentra detrás de las numerosas decisiones que vinieron a respaldar las regulaciones económico-sociales impuestas en la época del “New Deal”. Jueces de extraordinario renombre como Learned Hand, Felix Frankfurter o, muy especialmente, Oliver Wendell Holmes se encuentran entre los que adhirieron a criterios semejantes,

5. *Ibíd.*, p. 140.

6. *Ibíd.*

7. *Ibíd.*

8. *Ibíd.*, p. 141.

9. *Ibíd.*

10. *Ibíd.*

11. *Ibíd.*, p. 143.

inclinándose por la regla de la presunción en favor de las mayorías. En su conocida disidencia en el caso “Lochner v. New York”<sup>12</sup> (un caso famoso por inaugurar un extenso período de hostigamiento judicial sobre las regulaciones impuestas por la legislatura), el juez Holmes sostuvo que la mayoría estaba decidiendo el caso (en donde se ponía en cuestión la validez de una regulación en el horario de trabajo de las panaderías) meramente a partir de su adhesión a una peculiar doctrina económica que la mayoría del país no sostenía: “Si lo que se me preguntara fuera si yo adhiero o no a dicha teoría, querría estudiarla más y recién luego tomar una decisión. Pero entiendo que no es este mi deber, dado que creo férreamente que mi acuerdo o desacuerdo con una teoría como la citada no tiene nada que ver con el derecho de la mayoría a incorporar sus visiones dentro del derecho. [...] Entiendo que el término libertad que aparece en la Enmienda Catorce resulta corrompido –concluyó Holmes– cuando se lo utiliza para impedir el resultado natural de la opinión dominante, y en tanto no pueda mostrarse que el hombre equitativo y racional admitiría, necesariamente, que la norma propuesta infringe principios fundamentales entendidos como tales por las tradiciones de nuestro pueblo y nuestro derecho”.

Todos los juristas mencionados aparecen básicamente unidos por su común reclamo en favor de una cierta restricción del poder judicial, en su tarea de custodio de la Constitución. En el desarrollo de sus escritos y sentencias, han dando fuerza a una corriente que se distingue en su afirmación de una clara *presunción en favor de las opiniones del legislador democrático*. La idea es entonces, en principio, que –salvo casos de fallas muy manifiestas– el juez debe “dejar hacer” a la política.

**ii) Sunstein: Minimalismo y poder judicial.** En años recientes, el prestigioso constitucionalista Cass Sunstein ha estado sosteniendo una posición que, en algún sentido importante, es heredera de la tradición restrictiva inaugurada por Thayer, en base a criterios también vinculados, finalmente, con los de aquel (criterios de *pedigree* democrático). A Sunstein también le interesa abogar por una restricción de la tarea judicial, y una que sea capaz de dejar un margen de acción más amplio a los legisladores democráticos. De todos modos, Sunstein no lleva adelante esta tarea como modo de someter a crítica a una práctica favorable al hiper-activismo

12. 198 U.S. 45 (1905).

judicial (como lo hiciera Thayer), ni en defensa de una Corte activista en materia de derechos civiles (como lo sostienen tantos, desde Owen Fiss a Luigi Ferrajoli). Sunstein, más bien, pretende dar respaldo teórico a la labor fuertemente autorrestrictiva de una Corte como la “Corte Rehnquist”.<sup>13</sup> En los hechos, su posición –como podría serlo la de Thayer– también es una posición muy modesta en sus ambiciones teóricas, y en los modos en que se mueve. Sunstein, en efecto, describe las virtudes del *minimalismo* que parece distinguir a la “Corte Rehnquist”, una Corte que “deja cosas sin decidir”, y para el futuro; que se resiste a entrar en teorizaciones abstractas; que razona analógicamente y no a partir de grandes principios; que se interesa más por la experiencia que por la lógica; que avanza lentamente, midiendo uno a uno sus pasos, mirando “qué es lo que funciona”. A diferencia de las Cortes que la precedieron (inmediatamente, la “Corte Burger”, y antes, y de modo más relevante, la citada “Corte Warren”), la “Corte Rehnquist” resiste los pronunciamientos amplios y ambiciosos. En sintonía con lo que hubiera pedido el “pragmatismo legal” norteamericano, una mayoría de sus miembros (los jueces Breyer, Ginsburg, Stevens, Souter, y principalmente la jueza O’Connor) se han preocupado por tomar decisiones del modo más “fino” posible, esto es, asumiendo que los nuevos desarrollos jurídicos deben ser “pequeños e incrementales”.

En el lenguaje de Sunstein, la nueva Corte ha estado tomando decisiones distinguidas por su “estrechez” (*narrow*) y su “superficialidad” (*shallow*). Por un lado, la decisión es “estrecha” –y no “amplia”– cuando se refiere exclusivamente al caso en cuestión, sin involucrarse en temas de mayor alcance. Por ejemplo, cuando en 1996 la Corte decidió el caso “Romer v. Evans”,<sup>14</sup> referido a una ley que restringía los derechos de los homosexuales, el tribunal se cuidó de no entrar en consideraciones que pudieran tener impacto en casos emparentados con este (por ejemplo, los referidos a la exclusión de los homosexuales del servicio militar, o la prohibición del casamiento de sujetos del mismo sexo). Por otro lado, la decisión es “superficial” –y no “profunda”– cuando “procura evitar las cuestiones vinculadas con principios básicos”.<sup>15</sup> Esto es decir, cuando llega a “acuerdos teorizados

13. Sunstein (2001).

14. 116 S.Ct. 1620 (1996).

15. *Ibíd.*, p. 11. Un pronunciamiento típicamente “profundo” es el que se sugiere en el

de modo incompleto” (*incompletely theorized agreements*). Lo que le interesa a Sunstein, en este respecto, tiene que ver con la posibilidad de llegar a resultados concretos “sin el respaldo de teorías abstractas, sino a partir de un razonamiento no ambicioso, sobre el cual pueden converger distintas personas a partir de fundamentaciones diversas, o a partir de una situación de incerteza respecto de los fundamentos más apropiados”. En este sentido, sostiene el autor, los jueces pueden llegar a converger en torno a cómo resolver un determinado caso, aun cuando están en absoluto desacuerdo acerca de los fundamentos de los derechos constitucionales.

Junto a estos “acuerdos teorizados de modo incompleto”, Sunstein también describe y defiende la utilización del razonamiento analógico por parte de los tribunales. El uso del razonamiento analógico apunta en la misma dirección que los ya referidos “acuerdos incompletos”: el mismo viene a reducir la necesidad de recurrir a grandes teorías para resolver un caso. Las personas –sostiene Sunstein– habitualmente pueden llegar a acuerdos a partir de analogías, cuando están en desacuerdo en torno a las cuestiones teóricas más complejas”. Facciones opuestas pueden resolver, así, el caso en el que ocasionalmente se ven enfrentados, a partir de otros en el que están de acuerdo, y sin la necesidad de acordar en principios más básicos.

En opinión de Sunstein, las ventajas de este acercamiento “minimalista” a la función judicial resultan obvias. En primer lugar, el mismo deja un “amplio margen de maniobras” al procedimiento democrático. Aquí se asume que las cuestiones más importantes y divisivas en la comunidad deben ser resueltas a partir de la deliberación colectiva, y no conforme a los criterios de un grupo de jueces supuestamente iluminados. En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, dicha restricción judicial parte del reconocimiento de la profunda heterogeneidad y pluralismo que distinguen a las sociedades modernas (esto, en sintonía con la idea del “hecho del pluralismo” defendida por John Rawls), y de la dificultad de tomar decisiones en tales contextos. Finalmente, y lo que es muy importante, esta concepción

---

famoso “alegato de los filósofos”, un *amicus curiae* presentado por filósofos de primera línea (Ronald Dworkin, Thomas Nagel, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Harvis Thomson), ante la Corte Suprema, defendiendo la constitucionalidad del “suicidio médicamente asistido”, y a partir del principio según el cual cada persona “tiene el derecho de tomar las decisiones más íntimas y personales, centrales para su dignidad personal y su autonomía”.

se muestra consciente de los tremendos riesgos de tomar decisiones judiciales equivocadas (un riesgo que se deriva de la mayor estabilidad de estas decisiones –muy difíciles de cambiar en el corto plazo– y que se incrementa claramente cuando los jueces toman decisiones “amplias” y “profundas”). Asumir una posición como esta, sostiene Sunstein, no implica asumir una posición filosóficamente escéptica sino, más bien, reconocer las limitaciones cognitivas, los límites de la racionalidad, o las consecuencias no intencionadas de las decisiones que una cierta institución adopta.

De este modo, Sunstein procura “capturar el carácter de la Corte Suprema” en la “era Rehnquist”, a la vez que defender su controvertida manera de decidir como apropiada para enfrentar una cantidad de cuestiones sobre las cuales la sociedad se encuentra moralmente indefinida. Otra vez, nos encontramos aquí con un modo de pensar el control judicial que se orienta decididamente hacia el “dejar hacer” político.

**iii) Ely:** *El poder judicial como guardián del procedimiento democrático.* Lo que vamos a examinar ahora es una postura diferente de las anteriores, aunque dirigida en última instancia en la misma dirección restrictiva. En los casos previos, como en el que veremos a continuación, se advierte una clara preocupación por delimitar el marco permisible de la actuación de los jueces, frente a cuestiones tan graves como las que pueden implicar la declaración de invalidez de una ley. La visión que aquí vamos a presentar nació a partir de la que es, probablemente, la nota al pie de página más famosa dentro de la jurisprudencia moderna. Se trata de la nota que apareciera en 1938 en el fallo “United States vs. Carolene Products”,<sup>16</sup> redactado por quien era el presidente de la Corte norteamericana en ese momento, Earl Warren. La nota se hizo famosa porque allí la Corte, como pocas veces, definió el alcance y los límites de su propia función. Sintéticamente, Warren sostuvo entonces que la Corte debía guardar una fuerte presunción en favor de las decisiones adoptadas por los legisladores democráticos. Dicha presunción, sin embargo, debía invertirse cuando fuera necesario resguardar el propio procedimiento democrático, o para proteger a minorías incapaces de protegerse a sí mismas a través del proceso político.

Contemporáneamente, el jurista John Ely encontró en aquella nota al pie la inspiración para elaborar directamente una teoría sobre cómo debía

16. 304 U.S. 144, 152, N°4 (1938).



ejercerse el control judicial de constitucionalidad. Como muchos de sus antecesores, Ely también se mostraba preocupado por preservar un amplio espacio para las decisiones legislativas, libre de indebidas interferencias judiciales. Ely advertía que con el correr del tiempo el poder judicial había ido adentrándose, poco a poco, en terrenos que debían estarle vedados. Con el alegado objeto de resguardar debidamente a la Constitución, la justicia había pasado a constituirse en el último árbitro en todo tipo de cuestiones socialmente relevantes. Definía si las regulaciones públicas en materia de salarios eran válidas o no; decidía el sostenimiento o anulación de las regulaciones estatales sobre extensión de la jornada laboral; y así sucesivamente. Y todo ello, aduciendo que sólo interpretaba el verdadero sentido de la Constitución.

No resulta extraño que entonces, y ante todo, Ely se dedicara a atacar las concepciones interpretativas predominantes en el ámbito jurídico. Ellas proponían a los jueces ya sea “rastrear” el significado real de la Constitución en las raíces históricas de la misma (así, en las distintas versiones del originalismo) o “salir” del texto para encontrar fuera del mismo el contenido de los “valores” constitucionalmente suscritos (así, en las corrientes que Ely engloba bajo el nombre “no-originalistas”). Ely confronta ambas alternativas,<sup>17</sup> y propone en su lugar una suerte de “retirada” de la justicia constitucional, a la que concentra –como se sugería en “Carolene Products”– en cuestiones de tipo procedimental. En su opinión, custodiar la Constitución es custodiar las reglas de juego que la misma fija. En definitiva, sostiene Ely, la Constitución no establece valores que toque a los jueces desentrañar, sino que fija procedimientos a partir de los cuales las nuevas generaciones van a ocuparse de esos valores. A los representantes del pueblo les corresponde lidiar con las cuestiones sustantivas (o valorativas), mientras que los jueces deben ocuparse sólo de las procedimentales. Resguardando, judicialmente, estos procedimientos, se hace posible que, políticamente, se resuelvan aquellos temas valorativos. Se da aquí, entonces, una clara división de tareas entre el poder político y el poder judicial.

Debe advertirse que esta división de tareas propuesta por Ely no implica que él suscriba una postura “pasivista” por parte del poder judicial. Más bien, Ely deja bien en claro que su propuesta no es “pasivista” ni “activista”.

17. Ely (1980), cap. 3.

Él considera que, efectivamente, los jueces deben dejar de intervenir en cantidad de cuestiones en las que hoy se encuentran involucrados (y en este sentido, deben ser “pasivistas”). Pero al mismo tiempo, y esto es tan importante como lo anterior, sostiene que los jueces deben participar de modo muy intenso en otro tipo de cuestiones, vinculadas con el sostenimiento de las bases del procedimiento democrático (y en este sentido, deben ser “activistas”).<sup>18</sup>

Cabe señalar también que Ely, como antes Warren, avanza una propuesta por entender que la misma representa la mejor lectura posible de la Constitución. Ellos ven a la Constitución como un “manual de procedimientos” más que como un compendio de valores. Lo que hay en ella son las “tuercas y tornillos” del procedimiento democrático. En ella se dice cómo se deben elegir a las autoridades públicas, cómo removerlas, cómo organizar el proceso de toma de decisiones, etc. Por ello, hacer respetar la Constitución es, para ellos, hacer respetar las reglas del juego de la democracia. Al actuar de ese modo, sostiene Ely, los jueces cumplen una función similar a la de los árbitros en un partido de fútbol. Su misión es la de permitir que los jugadores (en este caso, los jugadores del juego democrático) hagan su juego, y no la de participar en el mismo, tomando partido en favor de un sector o el sector rival. El buen árbitro, como el buen juez, es el que deja que los partidos sean resueltos a partir de una disputa a la que ellos sólo siguen desde fuera.

Finalmente, corresponde señalar que una teoría como la propuesta de Ely se comprende mejor cuando se advierte el contexto en el que ella apareció. Con *Democracy and Distrust* Ely vino a defender decisiones judiciales como las generadas por la (así llamada) “Corte Warren”, que se distinguía por sus fallos “progresistas” (o “liberals”), y que se encontraba, tal vez por esa razón, bajo un severo ataque por parte de juristas conservadores y originalistas. Según viéramos, los originalistas tendían a resistir este tipo de decisiones alegando que ellas implicaban distorsionar el sentido que históricamente había tenido la Constitución. Los jueces “progresistas”, al decir del originalismo, eran jueces “activistas” que, en última instancia, reemplazaban el significado real de la Constitución por los valores que ellos preferían

18. Notablemente, Ely considera que los jueces deben ser más activos en cuestiones de las que, al menos durante mucho tiempo, se los tendió a excluir, y vinculadas con lo que se ha dado en llamar la doctrina de las “cuestiones políticas no judiciales”.

que la Constitución tuviese. Lo que vino a hacer Ely fue, en los hechos, una salida en defensa de tribunales como la “Corte Warren”. En su opinión, una Corte como la citada no podía ser descripta como (y acusada por ser) una Corte “activista”. Por el contrario, lo que ella hacía era cumplir con su tarea adecuadamente, lo que implicaba que ella fuera, en efecto, muy activa, pero sólo en determinadas áreas. Cuando la Corte impulsaba un trato igualitario para los grupos más desaventajados de la sociedad; cuando intervenía en temas de libertad de expresión, libertad de asociación, o derechos procedimentales; cuando se comprometía con temas como los referidos a la cualificación de los electores y la formación de distritos electorales, la Corte estaba simplemente cumpliendo con su tarea específica. Ella no era otra que la definida en aquella famosa nota al pie de “Carolene Products”: mantener abiertos los canales del cambio político y dar protección especial a minorías poco poderosas y sobre las cuales existían extendidos prejuicios. Adviértase, entonces, que un enfoque como el propuesto por Ely propicia –como los anteriores– una mirada restrictiva sobre el accionar judicial: los jueces deben guardar una postura “pasiva” respecto de diversidad de cuestiones (sustantivas). Sin embargo –y a diferencia de los enfoques anteriores– esta concepción procedimentalista exige que los jueces sean híper-activos en relación con algunas materias, vinculadas con las reglas básicas del juego democrático –típicamente, pero no exclusivamente, los procesos electorales (con lo cual, como puede advertirse, pasamos a “poner cabeza abajo” la conocida doctrina de las “cuestiones políticas no judiciales”).

## **Una visión procedimentalista del control judicial**

Llegados a este punto, quisiera recuperar algunas de las consideraciones realizadas hasta aquí –las que, en mi opinión, mejor se sostienen frente a críticas posibles– para comenzar a explorar sus implicaciones institucionales, y particularizarlas luego en materia electoral.

Ante todo, y según entiendo, la “objeción contramayoritaria” resulta muy difícil de resolver. El caso en favor de un poder judicial como el que existe actualmente en una mayoría de países –un poder judicial con el poder final de revisar la validez constitucional de cualquier norma– está, en mi opinión, perdido. Sólo tiene sentido, creo, pensar de qué modo debe reorganizarse la función judicial. Junto con parte de la doctrina constitucional hoy prevaleciente (al menos, en el ámbito anglosajón), no veo una buena forma

para justificar que la magistratura guarde la “última palabra” en materia constitucional. Vivimos en democracia, entre otras razones, porque asumimos que todos, aun los jueces, pueden equivocarse. Y, asumiendo este dato, no hay buenos argumentos para privar a la ciudadanía de su derecho final a decidir: sus errores, como los de cualquier otro individuo, grupo u órgano, pueden ser muy graves, pero nada nos dice que haya razones para pensar que corremos mayores riesgos dejando la “última palabra” legal en manos de la ciudadanía. Ella, tanto como los miembros de la judicatura, pueden actuar irrazonable, apasionada, o auto-interesadamente. Decir esto no niega la posibilidad de que, por razones de celeridad o “división del trabajo”, se opte por delegar dicha función a algún cuerpo institucional particular. Pero, debe advertirse, esta opción poco tendría que ver con los modelos de organización actualmente existentes, que privan a la ciudadanía de esta posibilidad, apelando a argumentos supuestamente lógicos, o alegando que aquella no tiene capacidad o derecho para actuar como último árbitro en sus propios asuntos. Las mismas razones que nos llevan a reconocernos unos a otros como sujetos de derechos, sustentan nuestro derecho a hacernos cargo de nuestra vida en común.

Ahora bien, el hecho de que no existan buenas razones para que los jueces guarden la última llave del control constitucional no significa que ellos no puedan participar en el proceso colectivo de mejora y refinamiento de las decisiones colectivas, o que no haya razones para obligar a los cuerpos representativos a pensar sus decisiones dos veces, o a decidir con más calma. Más bien por el contrario: como sujetos falibles, como tendemos a apasionarnos y a actuar irreflexivamente, movidos por nuestros primeros impulsos, es que tiene sentido que diseñemos herramientas para pensar mejor. En tal sentido, la institución judicial puede llegar a jugar un papel especialmente atractivo, obligándonos a pensar mejor, trayéndonos a cuenta argumentos que en primera instancia no habíamos considerado, u obligándonos a utilizar razones públicas para justificar nuestras decisiones, frente a quienes no hemos tomado debidamente en cuenta.

Los jueces pueden jugar un papel especialmente importante en este sentido, gracias a su peculiar posición institucional: ellos se encuentran situados fuera del escenario principal de las disputas políticas, y obligados a escuchar a aquellos que han sido afectados como resultado de aquellas. Es a la justicia adonde se dirigen, en efecto, todos aquellos que han sido desatendidos o maltratados institucionalmente, por lo que los tribunales pueden

convertirse en un excelente medio para dotar de mayor imparcialidad a las decisiones colectivas. En la actualidad, sin embargo, varias causas confluyen para dificultar esta tarea: desde la composición, más bien elitista, de los tribunales superiores, a una carencia o falta de desarrollo de instrumentos institucionales destinados a facilitar dicha tarea. No existen hoy (o están claramente subdesarrollados) los medios para propiciar el *reenvío* de normas desde el poder judicial hacia los órganos políticos, para facilitar un posible diálogo y debate entre poderes. El poder que, de hecho, ejercen los jueces como “última voz” del sistema institucional, también conspira contra la posibilidad de que se instrumente un intercambio fructífero entre poderes. Dicho hipotético y saludable intercambio, entonces, se convierte en una conflictiva disputa de poder, en donde una rama del gobierno “golpea” a la otra, bloqueando o vetando su capacidad de decisión. Un sistema institucional más sensato, en cambio, podría orientarse a facilitar otro tipo de relaciones entre los poderes, permitiendo la mutua corrección entre los mismos –facilitar formas de *diálogo democrático*–.<sup>19</sup> El poder judicial, por caso, podría obligar al poder político a rever su decisión, o a fundamentarla o justificarla de otro modo. La decisión en cuestión, o sus efectos, podrían suspenderse temporalmente hasta tanto el poder político no haya dado cuenta de su accionar. Este tipo de “controles internos”, a su vez, deberían sumarse a otros “externos”, destinados a asegurar la responsabilidad de los principales decisores; y a otros mecanismos destinados a asegurar el diálogo colectivo: de los ciudadanos entre sí; de los ciudadanos con sus representantes; de los funcionarios públicos entre sí.

Controles como los referidos hasta aquí merecerían ejercerse con mayor intensidad cuando más sensibles o riesgosas sean las decisiones en juego. Claramente, si la decisión en cuestión es capaz de poner en riesgo a la propia maquinaria de toma de decisiones democráticas, los controles deberían ser más intensos, y menor la presunción de validez de la decisión en cuestión; retomando la terminología utilizada por la jurisprudencia norteamericana, tales decisiones merecerían ser sujetas a las formas de escrutinio judicial más estrictas (“high” o “intermediate scrutiny”). Ello así, por ejemplo, si se trata de una medida por la cual quienes están en el poder pretenden prolongar su permanencia en el mismo, o dificultar la posibilidad de que los opositores

19. Cepeda, 2004; Dixon, 2007; Elster, 1986 y 1991; Liebenberg, 2012.

protesten o levanten reclamos contra ellos. Siempre, pero muy especialmente cuando existen grupos de la sociedad con dificultades para protestar o para hacer sentir sus quejas, los jueces deberán mostrarse especialmente atentos frente a las demandas de los perjudicados, y firmes frente al poder político exigiéndole que preste atención o que responda frente a las exigencias de quienes han sido indebidamente desconsiderados en el proceso de toma de decisiones. Del mismo modo, los jueces deberían ser facilitadores y promotores del diálogo colectivo, y especialmente sensibles frente a las medidas orientadas a entorpecer ese diálogo, a privar o desplazar la “voz” de algunos sectores, o a concentrar la discusión pública entre algunos privilegiados (aquellos con mayor poder político, aquellos con mayores recursos económicos, etc.). Nuevamente, los jueces merecerán encender sus alarmas cada vez que se enfrenten a alguna medida destinada a empobrecer el debate democrático.

Criterios como los citados vendrían a recoger varias de las principales preocupaciones de las principales corrientes legales contemporáneas, arriba examinadas. Así, por ejemplo, la propuesta de Sunstein de promover el debate público y minimizar el poder de decisión de los grupos de interés (i.e., Sunstein, 1985); o la de Ely, orientada a organizar el poder judicial como guardián del procedimiento democrático (Ely, 1980). Al mismo tiempo, tales criterios vendrían a contradecir algunas de las principales decisiones adoptadas por los tribunales superiores en los últimos tiempos. Sólo para tomar algunos casos especialmente importantes, podríamos citar los siguientes. Por un lado, en la Argentina, un caso como “Peralta, Luis c. Estado Nacional”, la Corte argentina falló de acuerdo a criterios exactamente contrarios a los aquí aconsejados, para dar luz verde al uso casi indiscriminado de poderes legislativos por parte del Ejecutivo. Contra la idea aquí avalada, conforme a la cual los problemas colectivos requieren de la más detenida reflexión por parte de los órganos colectivos –y más aún cuando se trata de problemas colectivos de la mayor importancia, como en este caso– la Corte sostuvo que las graves circunstancias del caso debían llevarnos a respaldar el unilateral accionar del Ejecutivo. Sostuvo entonces que “inmersos en la realidad no sólo argentina, sino universal, debe reconocerse que por la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales”.

Algo similar puede decirse de la crucial decisión de la Corte norteamericana en “Bush v. Gore”, a través de la cual la Corte terminó decidiendo el resultado de la dramática elección presidencial del año 2000, que permitió el

acceso a la presidencia de George Bush (h). La Corte contradujo los cánones aquí recomendados, al actuar como actuó en dicho caso, esto es, a través de una decisión gravemente dividida (5 contra 4) en un tema tan crucial; haciéndolo de modo en extremo acelerado (en treinta y cuatro horas en lugar de los largos meses que suele tomarse frente a temas de importancia); negándose a devolver el caso al estado y la Corte de Florida (el estado en donde se había generado el conflicto del caso, en razón de su imperfecto sistema de conteo electoral) para ocupar en cambio el lugar de la última (en contra de lo que los deberes federalistas podrían exigirle) e interpretar por sí misma las leyes electorales de Florida; y leyendo a las últimas del modo en que lo hizo (es decir, como si estas exigieran una decisión urgente y fechada, para el 12 de diciembre, el momento en que el tribunal superior consagró a Bush como presidente). Actuando de ese modo, la Corte ocupó del modo más brutal posible el lugar que le corresponde ocupar a la ciudadanía, y pasó a ser de un órgano de revisión y control de los posibles abusos públicos, a órgano abusador.<sup>20</sup>

### **Procedimentalismo, democracia deliberativa y elecciones**

En lo personal, me interesa defender una concepción procedimentalista del control judicial –como la defendida por Ely– pero con algún giro relevante, como el que comenzara a desarrollar Carlos Nino en sus trabajos en el área.<sup>21</sup> Me refiero a la posibilidad de basar esa concepción procedimentalista en una cierta lectura particular –deliberativa– sobre la democracia. El punto no es menor, dada la necesidad que tenemos, cuando hablamos de encargarle a los jueces la custodia de los “procedimientos democráticos”, de clarificar de qué idea de democracia hablamos. Ely parece referirse a una visión de la democracia más bien restrictiva, al estilo de lo que la doctrina ha

20. Lo dicho hasta aquí refiere a la tarea que, hipotéticamente, podría corresponderle a los jueces frente al examen de cuestiones de relevancia colectiva (o de “moral pública” o “interpersonal”, Nino, 1996). Dicha misión, de todos modos, merecería ser complementada con otra en la que, nuevamente, los jueces podrían trabajar junto con los miembros de los demás poderes. Me refiero a una tarea vinculada, en este caso, a lo que podríamos llamar la “moral personal” o “privacidad”. Dejo de lado, sin embargo, y por el momento, la consideración de tales cuestiones de moral privada.

21. Nino (1996).

llamado, siguiendo a Robert Dahl, una visión “pluralista” de la democracia. De acuerdo con esta versión de la misma, la democracia nos refiere fundamentalmente a ciertos derechos básicos (elecciones periódicas, libre expresión, libre asociación, etc.), que aludirían a las áreas privilegiadas para el trabajo del juez. Una perspectiva deliberativa de la democracia, en cambio, nos referiría obviamente a una tarea diferente, lo cual nos exige, obviamente, clarificar primero qué entendemos por democracia deliberativa.

Aquí, sencillamente, y siguiendo a Nino, vincularé la idea de democracia deliberativa con la noción de que las decisiones colectivas, para estar justificadas, deben estar basadas en procedimientos de discusión inclusivos. Aparecen en este reclamo los dos pilares básicos de una concepción deliberativa: discusión e inclusión (siguiendo a Jürgen Habermas, la idea es que las decisiones democráticas sean el producto de una “discusión entre todos los potencialmente afectados”).<sup>22</sup> Y esos dos pilares nos llevan a re-pensar, de modo acorde, la tarea del juez. El juez que asume una concepción de la democracia deliberativa reconoce entonces que su tarea es la de custodiar “los procedimientos de una democracia deliberativa” o, más precisamente, custodiar las condiciones de un diálogo público inclusivo.

Alguien podría pensar que el ideal es muy abstracto y alejado de la realidad. Considero, por el contrario, que se trata de un ideal regulativo que nos puede ayudar perfectamente para pensar sobre situaciones concretas, muy específicas. Piénsese en la práctica reciente en la vida pública de nuestro país. Un ideal como el señalado, por caso, nos da razones para sostener en buena medida el fallo de la Corte argentina en materia de Ley de Medios (sí a una ley que promueve el debate público, no a cualquier intento de ocluirlo); para defender la inconstitucionalidad de la (mal llamada) “democratización de la justicia” (que era en verdad una ruptura de las reglas básicas de juego); para reclamar la inconstitucionalidad de la reforma del Consejo de la Magistratura (que en su momento fuera promovida por el gobierno de turno ordenando que en el Congreso el proyecto enviado fuera aprobado –como ocurrió finalmente– sin debate, impidiendo que “se cambie una sola coma”); o para insistir en el reclamo de decisiones que den amparo a activistas sociales que reclaman por el reconocimiento de derechos básicos y, sobre todo, por su inclusión social.

22. Habermas (1998).



En materia electoral, finalmente, la tarea de jueces comprometidos con la custodia de un procedimiento deliberativo es muy decisiva, y a la vez –obviamente– muy diferente, sino directamente opuesta, a la aconsejada por visiones tradicionales, todavía influidas por el dogmático principio de las “cuestiones políticas no judiciales”. Contra lo aconsejado por dicho principio, lo que se plantea aquí es que los jueces en democracia actúen –como diría Ely– como lo harían los árbitros en un partido de fútbol, esto es decir, respetando siempre el resultado del juego –cualquiera sea el mismo– pero al mismo tiempo, ocupándose de –y siendo muy estrictos en– la custodia de las reglas de juego, de modo tal de asegurar que el juego se desarrolle conforme al reglamento. Dicho “referí” no puede decir nunca “creo que el resultado es injusto, por lo que vamos a darle por ganado el partido al equipo derrotado”. Puede decir, en cambio “este gol fue en posición adelantada” o “el penal se tira de nuevo”.

En casos de comprobado fraude electoral, dicho juez podría –como decidiera en su momento la Cámara en lo Contencioso, en Tucumán– anular las elecciones del caso, del mismo modo en que, frente a situaciones muy extremas (un partido comprado, jugadores dopados, jueces de línea pagados, etc.), el tribunal a cargo puede decidir anular el partido o sancionar al equipo o club de fútbol que cometiera la grave infracción. En tales casos –y contra lo que ocurriera en nuestro país, luego del escándalo tucumano– no tiene sentido alguno acusar al órgano judicial de “elitista” o “aristocrático”: se trata simplemente de reconocer que en tales situaciones los jueces cumplen con su deber procedimental, frente a equipos o jugadores que –del modo más grave– incumplen con el suyo.

## **Bibliografía**

- Ackerman, B.: “Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, *Yale Law Journal* 93: 1013-72, 1984.
- *We the People. Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- Bickel, A.: *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- Cepeda, M.: “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, *Washington University Global Studies Law Review* 3: 259, 2004.

- Dixon, R.: "Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited", 5 *I. Con.*, 3, 2007, 391-418.
- Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- Elster, J.: "The Market and the Forum", in J. Elster & A. Hylland (eds.), *Foundations of social choice theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, 103-132.
- "Arguing and bargaining in the Federal Convention and the Assemblée Constituante", Working Paper - University of Chicago, August 1991.
- Ely, J.: *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- Gargarella, R.: *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Habermas, J.: *Between Facts and Norms*, Cambridge, The MIT Press, 1988.
- Holmes, S.: "Precommitment and the Paradox of Democracy", in J. Elster & R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- Liebenberg, S.: "Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication", *African Human Rights Law Journal*, vol. 12, 1, 2012, 1-29.
- Nino, C.: *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- Rawls, J.: *A theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1991.
- Sunstein, C.: "Beyond the Republican Revival", 97 *Yale L. J.* 1539, 1988.
- *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 1993b.
- *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard U.P., 1999.
- Tushnet, M.: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 2000.