

# LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA DE JEREMY WALDRON Y LA EXPERIENCIA VENEZOLANA RECIENTE

## CONSTITUTIONAL JUSTICE FROM THE PERSPECTIVE OF THE PHILOSOPHY OF JEREMY WALDRON AND THE RECENT VENEZUELAN EXPERIENCE

Óscar Gherzi Rassi\*

Pontificia Universidad Católica del Perú

*The article reviews Jeremy Waldron's theory about the legitimacy and moral authority of the various forms of constitutional justice. According to this theory, it is always illegitimate insofar as it violates the principle of majority decision, the only moral principle of legitimate legal authority. The author explains the conditions that, according to Waldron, a political community must gather so that his theory is applicable. He also ventures into forwarding some criticisms to the author regarding these conditions.*

*Specially, the problem of the regressivity of Waldron's argument and the problem of stability of his conditions are explored. However, it is assumed that Waldron's theory offers important contributions and a reflection is made in the face of the Venezuelan constitutional reality. Finally, a theoretical outline is used to combine the institution of constitutional justice with the most relevant criticisms of Waldron.*

**KEY WORDS:** *Constitutional Justice, Jeremy Waldron, Constitutional Chamber, Venezuelan Constitutional Law.*

*El artículo repasa la teoría de Jeremy Waldron en torno a la legitimidad y autoridad moral de las diversas formas de justicia constitucional. Según esta teoría, la justicia constitucional siempre es ilegítima en la medida en que vulnera el principio de decisión mayoritaria, único de autoridad jurídica legítima. El autor expone las condiciones que, bajo el criterio de Waldron, debe reunir una comunidad política para que su teoría sea aplicable y ensaya algunas críticas al autor respecto de dichas condiciones.*

*Especialmente, se contempla el problema de la regresividad del argumento de Waldron y el problema de la estabilidad de las condiciones que el propio autor sugiere. Sin embargo, se asume que esta teoría ofrece aportes importantes y se hace una reflexión de ellos de cara a la realidad constitucional venezolana. Finalmente, se ensaya un bosquejo teórico que permita conjugar la institución de la justicia constitucional con las críticas más pertinentes de Waldron.*

**PALABRAS CLAVE:** *Justicia Constitucional, Jeremy Waldron, Sala Constitucional, Derecho Constitucional Venezolano.*

\* Abogado. Master in Laws por Columbia University. Profesor del curso de Introducción al Derecho en la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello. Doctorando en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

## I. WALDRON Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Jeremy Waldron, el filósofo del Derecho neozelandés, que comparte su vida académica entre Oxford y la Universidad de Nueva York, ha venido proponiendo desde hace algunos años la abolición del control judicial de la constitucionalidad de las leyes (o, como se le conoce en el mundo anglosajón, la *judicial review of legislation*) por considerar que se trata de una institución o práctica que no se condice con los ideales de estado de derecho, constitucionalismo y democracia. En este trabajo quisiera explorar sus ideas con miras a una crítica del modelo de justicia constitucional previsto en la Constitución Venezolana de 1999, especialmente a la luz de la experiencia del tiempo reciente.<sup>1</sup>

La obra de Waldron es bastante extensa pero sus argumentos relativos a la justicia constitucional están concentrados fundamentalmente en dos obras. La primera, “Law and Disagreement” (1999a), construye una teoría sobre la legitimidad del Derecho que ata esa legitimidad al expediente de la decisión mayoritaria (en adelante, “DM”), con lo cual ataca, por vía de consecuencia, a la institución del *judicial review*. La segunda obra puede decirse que es el ensayo “The Core Case Against Judicial review” (2006) luego reproducido en la obra *Political Political Theory* (2016). La teoría jurídica resultante bebe de numerosas fuentes. Es al mismo tiempo tributaria de Rawls, Arsitóteles, Montesquieu, Hobbes<sup>2</sup>, Raz y Dworkin. Eso no supone que la teoría sea un *pastiche* o colcha de retazos. Es una teoría coherente y sólida, aunque no necesariamente invulnerable.

Waldron es particularmente atento de la teoría de la autoridad desarrollada por Joseph Raz pero no por ello debe pensarse que es tributario de la tradición positivista que representa Raz (el positivismo jurídico exclusivo), pues dudo que pueda decirse que Waldron es un positivista y mucho menos que sea suscriptor de su versión exclusivista a la Joseph Raz<sup>3</sup>.

De hecho, en “Law and Disagreement” Waldron dedica importantes párrafos a descalificar a la tradición positivista por menospreciar las particularidades de los poderes legislativos en el marco de la filosofía general del Derecho, al emplear lo que él denomina del **modelo unitario del legislador**. También critica la inclinación de Raz de dudar que los parlamentos sean parte esencial de los sistemas jurídicos y dedica fuertes palabras a Hart por dejar pasar una oportunidad dorada para agregar cierta complejidad a su teoría, aquella del papel que juegan los poderes legislativos en la producción del derecho.

La filosofía del Derecho en general, observa Waldron, asume el **modelo unitario** por defecto. Esto es, asume que **el legislador** puede tratarse como una persona poseedora de una sola mente. Esa predilección es claramente seguida en Venezuela. Nuestra doctrina y jurisprudencia hablan del **legislador**, de la **voluntad del legislador**, de la **mente de la ley**, pero poco de **los legisladores** o de la complejidad que rodea a los procesos legislativos. La relación de representatividad y los efectos que tal relación imprime en el producto legislativo son generalmente menospreciados por la filosofía del Derecho.

Waldron quiere rescatar a la filosofía jurídica de esa pobreza y resaltar el papel que juegan los parlamentos en la producción del derecho. Un papel muy importante, bajo su criterio, es el de **internacionalizar** y enfrentar los desacuerdos que existen entre los miembros de una comunidad política, y externalizar un ensayo de solución de ese desacuerdo, a través de votaciones mayoritarias.

El punto en donde la teoría de Waldron entronca con la de Raz es el relativo a la concepción del derecho como un sistema institucional y la noción de autoridad atada a esa concepción; es decir, como un sistema que es creador y al mismo tiempo depende de la existencia de ciertas instituciones sociales. Además, Waldron explora las implicaciones de la regla de reconocimiento hartiana como un

<sup>1</sup> Por “experiencia reciente” quiero referirme al comportamiento de la Sala Constitucional durante los años 2016 y 2017 en donde asumió un rol enormemente disruptivo de la vida política del país. Su desempeño en este período aún no ha sido reseñado en artículos académicos, aunque una publicación al respecto se encuentra en preparación. Sin embargo, haré referencia más adelante a publicaciones electrónicas periódicas en donde se refleja ese desempeño.

<sup>2</sup> Hobbes, se quejaba de la contaminación aristotélica en las universidades inglesas. Waldron hace un buen trabajo en conciliar el pensamiento de ambos autores.

<sup>3</sup> Es un tema contencioso el de cuáles son los contornos del positivismo jurídico exclusivo. Con una brocha muy gorda, puede decirse que es una concepción del derecho que pretende excluir por completo cualquier punto de contacto entre el derecho y la moral. Se opone al llamado positivismo jurídico inclusivo o suave. Sobre el positivismo exclusivo en general puede verse (Marmor, 2004, pp. 104 y ss.) y concretamente algunas de las obras de Raz. Dudo mucho que Waldron sea un “positivista” clásico y probablemente se inscriba entre quienes sostienen que la dicotomía iuspositivismo-iusnaturalismo más obscurece que ilumina las investigaciones filosóficas del derecho. Baste agregar, para cerrar, la inclinación por Fuller que muestra en (Waldron, 2008, p. 1135).

mecanismo para enfrentar el desacuerdo que permea a las sociedades.

Por lo tanto, Waldron construye su iluminadora teoría jurídica desde un análisis cuidadoso de dos instituciones típicas de los sistemas jurídicos y concretamente de los occidentales modernos: los parlamentos o poderes legislativos y de la institución judicial (1999b)<sup>4</sup>. De este análisis surge una teoría crítica e la práctica del control judicial de la legislación. Por lo tanto, la teoría de Waldron es en alguna medida una teoría sobre la autoridad del poder legislativo y la toma de decisiones en los poderes legislativos democráticos por oposición a la toma de decisiones de impronta constitucional por parte del poder judicial, en el marco de un sistema democrático. Al análisis de esta teoría dedicaré las próximas secciones de este ensayo.

## II. CRÍTICA BÁSICA: EL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DEL JUDICIAL REVIEW

### A. Razones relativas a resultados y razones relativas a procesos

La institución del *judicial review* es un mecanismo no para resolver los desacuerdos en torno a la interpretación y extensión de los derechos sino un mecanismo para tomar una decisión que permita a las comunidades políticas avanzar. “Necesitamos solución no tanto para deshacernos del problema. Nada puede hacer eso, sino proporcionar una base para una acción común cuando la acción es necesaria” (Waldron, 2016, p. 212)<sup>5</sup>. La pregunta es: ¿Entiende Waldron, si el *judicial review* ofrece mejores credenciales en términos de razones que se esgrimen en su apoyo que otro tipo de mecanismos que sirvan de base para la acción común, como puede ser una en donde sean los parlamentos y no los jueces quienes tengan la última palabra?

Waldron clasifica las razones que pueden esgrimirse a favor y en contra del *judicial review* en dos grandes clases: razones relativas a los resultados (*outcome-related reasons*) y razones relativas al proceso (*process-related reasons*). El primer tipo de razones tiene que ver con cuán adecuada es la sede judicial para resolver problemas de desacuerdo fundamental en torno a la extensión y significado de los derechos constitucionales. Es decir, las razones relativas a los resultados analizan la prác-

tica desde la perspectiva de la capacidad de los jueces para adoptar la decisión correcta en torno a la extensión de un derecho, por oposición a la capacidad de los parlamentos.

El segundo tipo de razones, analiza la práctica desde el punto de vista de la legitimidad del proceso en que se toma la decisión. De nuevo, en un ejercicio comparativo entre el proceso judicial y el proceso parlamentario. En ambos casos, la palabra proceso incluye mucho más de lo que ordinariamente incluiría en el lenguaje legal ordinario, pues la forma en que Waldron trata el término se incluye en él no solo los pasos que emplean jueces y parlamentos para tomar decisiones sino también los pasos que se emplean para conformar esas instituciones. Así, el proceso que debe tomarse en cuenta para analizar el *judicial review* incluye cómo son designados los jueces y, sobre todo, cómo son removidos. En ese caso, el consenso general es que en los sistemas que adoptan alguna forma de control fuerte de la constitucionalidad, ordinariamente el proceso de designación de los responsables de aplicar ese control fuerte es un proceso no electivo popularmente, y sus cargos no dependen de ningún elemento de confianza política, razón por la cual, o bien son inamovibles (como en el caso de los EE.UU.) o bien sirven a placer por un período relativamente largo.

En el caso del proceso legislativo, el mismo incluye no solo el proceso de discusión y entrada en vigencia del instrumento de que se trate sino también el proceso a través del cual el legislativo es conformado y cómo sus miembros son removidos.

Bajo estas premisas, a criterio de Waldron, las razones relativas a resultados ofrecen un balance más o menos equilibrado a favor y en contra de cada una de las alternativas. En otras palabras, pueden conseguirse razones de peso para sostener que los jueces están tan bien equipados para tomar decisiones correctas en torno a los derechos como los parlamentos. También pueden hallarse razones por las cuales puede argumentarse poderosamente en el sentido contrario. No tocaré todas las razones examinadas por Waldron. Eso implicaría extender inadecuadamente los límites de este ensayo. En cambio, me concentraré en la que considero la crítica principal del autor: el déficit democrático de la práctica del *judicial review*.

<sup>4</sup> Un análisis centrado en la institución legislativa puede hallarse en *The Dignity of Legislation*. Es poco lo que extraeré directamente de esta obra ya que los argumentos que de ella se desprenden con importancia para el debate que se analiza en este ensayo tienen expresión holgada en *Law and Disagreement* y en *Political Political Theory*.

<sup>5</sup> “*We need settlement not so much to dispose of the issue. Nothing can do that, but to provide a basis for common action when action is necessary.*” (traducción libre). Las notas han sido omitidas.

## B. El problema del déficit democrático de la Justicia Constitucional

En lo relativo a las razones relativas al proceso, la justicia constitucional queda muy mal parada. La justicia constitucional, especialmente la justicia constitucional dura (*hard judicial review*) padece de un evidente déficit democrático. O al menos eso es lo que argumenta Waldron de manera vehemente, siguiendo en esto a una tradición de análisis constitucional bastante nutrida ya, y que probablemente comenzó con Alexander Bickel (1986), pero que tiene el antecedente teórico más inmediato en John Hart Ely (1997).

El argumento central de Ely, en su enormemente influyente y magistral obra “Democracia y Desconfianza” (1997), sostiene que la justicia constitucional es, en términos generales, antidemocrática y por esa razón, también inconstitucional desde la perspectiva de la Constitución de los EE.UU. La constitución de ese país no consagra de forma expresa que la Corte Suprema pueda anular actos del poder legislativo por considerarlos inconstitucionales, especialmente cuando se trata de cuestionamientos relativos a la extensión de los derechos constitucionales. El nacimiento de ese poder es de fuente jurisprudencial, como sabemos (en el precedente *Marbury v. Madison*).

Sin embargo, Ely no condena del todo a la justicia constitucional. Sostiene, en cambio, que la Corte tiene un papel que jugar en lo relativo a la limpieza del juego democrático. Bajo la influencia de la teoría procesal de la democracia, Ely sostiene que el núcleo de la democracia estadounidense reside en la construcción y mantenimiento de un sistema de representación limpio y justo. En la medida en que el voto esté distribuido de manera razonablemente uniforme y en la medida en que los diversos sectores sociales tengan el mismo poder de influencia en los asuntos públicos, entonces los procesos democráticos funcionan adecuadamente.

Por lo tanto, la Corte tiene el papel de procurar el mantenimiento de los canales democráticos, no decidir el contenido de derechos que no tienen relevancia para el proceso de representación o en la medida en que la determinación del contenido del derecho no sea relevante para el proceso de representación. Es decir, la Corte tiene el rol de procurar que los procesos de decisión sean realmente la expresión de las mayorías electorales, pues es ese tipo de decisión el único que mejor refleja la concepción de democracia encarnada en la constitución de los Estados Unidos de América.

El análisis del primero es estrictamente de Derecho constitucional americano. Es decir, se trata de

una teoría de cómo es correcto interpretar la Constitución de los EE.UU. en lo relativo a los poderes y facultades de la Corte Suprema. Luego de un análisis de esa constitución, el autor sostiene que los límites de la justicia constitucional son mucho más estrechos que los que la práctica constitucional de ese país ha sostenido.

La postura de Waldron es más general y por lo tanto menos constreñida a las cláusulas de una constitución en particular. Si bien el argumento de Ely es extrapolable a otras constituciones con características similares a las de la Constitución de los EE.UU., el de Waldron es decididamente un argumento en contra de todos los ensayos de justicia constitucional por considerar que se trata de una sustitución de la autoridad legislativa, a la cual corresponde, bajo su criterio, definir adecuadamente los elementos y el contenido de los derechos.

Esa definición legislativa es la única opción moralmente aceptable para determinar el contenido de los derechos. Toda otra alternativa, especialmente la alternativa de la definición judicial de los derechos, es un atentado a la legitimidad moral del derecho. Así lo expone el propio Waldron:

Argumentaré que el control judicial de la legislación es vulnerable a dos frentes de ataque. No provee, como comúnmente se indica, de un mecanismo para que la sociedad se concentre en los verdaderos asuntos en juego cuando los ciudadanos están en desacuerdo en torno a los derechos; muy al contrario, los distrae con asuntos menores como precedentes, textos e interpretación. Y además es políticamente ilegítimo, en lo que a los valores democráticos se trata: al privilegiar el voto mayoritario entre un grupo pequeño de jueces no electos e irresponsables políticamente, priva de los derechos de participación al ciudadano ordinario y deja de lado importantes principios de representación e igualdad política en la solución final de asuntos relacionados con los derechos (2016, p. 199).

Ahora bien, Waldron desarrolla la teoría sobre la base de la existencia de ciertas condiciones cuya existencia o inexistencia afectan la validez del argumento. Corresponde, por lo tanto, averiguar de qué tratan las referidas condiciones sin más dilación.

## C. Las Cuatro Condiciones

Como parámetro general del argumento, Waldron sostiene que requiere de la existencia de ciertas

condiciones de hecho que, de tener lugar, hacen de la justicia constitucional una institución indefendible. A saber:

- 1) La existencia de instituciones democráticas con un razonable buen funcionamiento, especialmente de una legislatura representativa que sea el resultado de sufragio universal;
- 2) Un grupo de instituciones judiciales, de nuevo, de razonable buen funcionamiento, de selección no representativa, organizadas para oír demandas particulares, resolver controversias y asegurar el estado de derecho (*rule of law*);
- 3) Un compromiso, de la mayor parte de la población y de los funcionarios públicos, de respetar los derechos individuales y de las minorías;
- 4) Un persistente y sustancial desacuerdo de buena fe sobre los derechos (por ejemplom, sobre qué implica un compromiso con tales derechos y cuáles son sus implicaciones), entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de derechos.

Permítaseme invertir el orden empleado por Waldron para comentar sobre cada una de estas condiciones. Sobre la última de las condiciones parece sustentarse la mayor parte del argumento de Waldron y es a ese asunto—del desacuerdo perenne en las sociedades sobre la interpretación, extensión y aplicación de los derechos— al que dedica buena parte de sus esfuerzos en *Law and Disagreement*. Vale la pena, por lo tanto, dedicar algo de tiempo a esta condición.

Waldron parte de la siguiente idea: el desacuerdo entre los miembros de una sociedad sobre la extensión de los derechos individuales (no los llamemos constitucionales, pues Waldron es partidario de un modelo de protección de derechos como el británico que descansa en legislación ordinaria y no en normas rígidas de rango supra-legal), es un dato persistente y esencial de las sociedades modernas. En todas ellas, sea cual sea el grado de educación y sofisticación de sus integrantes, persiste un desacuerdo no desdeñable, o, mejor dicho, imposible de ignorar.

También es cierto que existen importantes acuerdos y que la posibilidad de que un desacuerdo actual desaparezca y dé cabida a un acuerdo futuro es también relevante. Pero lo cierto es que, dice Waldron, toda sociedad debe enfrentarse con condiciones naturales de desacuerdo entre sus miem-

bros en lo relativo a la concepción de los derechos; es decir, en lo relativo a la extensión de los derechos individuales en casos concretos.

Es evidente que la justicia constitucional sería absolutamente superflua en una sociedad donde el desacuerdo sobre los derechos no existiera. Es decir, parece ocioso tratar de refutar la observación de Waldron: es incontrovertible que las sociedades modernas enfrentan esta realidad de desacuerdo constante y profundo. El desacuerdo sobre los derechos es persistente, saliente y sumamente relevante para los miembros de la sociedad, quienes ordinariamente enfrentan este tipo de desacuerdos como asuntos existenciales: ¿consagra la constitución X el derecho a las parejas de mismo sexo a contraer matrimonio?, ¿es el derecho a la privacidad base suficiente para consagrar el derecho irrestricto de la mujer a abortar? Este tipo de preguntas describen perfectamente la práctica litigiosa constitucional de Alemania, España, Colombia, EE.UU. o Venezuela.

De modo que esta premisa no parece en modo alguno objetable. El dato del desacuerdo radical y persistente es un aporte importante de Waldron, traído a la teoría jurídica procedente de alguna manera de la obra de John Rawls (2011, p. 133 y ss.). Ahora bien, la condición permanente de desacuerdo (lo que Waldron llama las “circunstancias de la política”) es un asunto que puede acarrearle problemas a la teoría de Waldron, como veremos más adelante. Cabe preguntarse (si el desacuerdo es una condición persistente y ese desacuerdo debe resolverse según él a través de mecanismos de decisión mayoritaria), si el propio principio de decisión mayoritaria debería someterse al mismo examen de la duda persistente. En ese sentido, si se tienen dudas sobre la legitimidad del proceso mayoritario para decidir al menos algunos asuntos de cardinal importancia, es evidente que ese desacuerdo no puede resolverse a través de la regla de la mayoría, pues en ese caso se estaría tomando partido en torno al asunto de fondo que se pretende resolver. Este es el problema de la regresividad al que se refiere Thomas Christiano, y al cual dedicaré algunos párrafos más adelante.

Sobre la condición tercera (la relativa al compromiso *bona fide* de parte de los integrantes de una comunidad política al respeto de los derechos individuales y de las minorías), Waldron es un poco menos fluido que en relación con la condición que acabo de comentar. No se halla en la aproximación de Waldron una discusión muy fina sobre cuáles son las condiciones que debe reunir un individuo para que pueda considerarse que ha asumido un compromiso de buena fe.

Es correcto asumir que la idea de Waldron tiene como fuente de alguna manera el primer principio de justicia de Rawls. De acuerdo con este principio, todo miembro de una comunidad política es titular de un esquema de derechos compatible con un esquema de derechos similar para todos. Dentro de ese principio, estima Rawls que los miembros de una sociedad bien ordenada, como titulares de ese esquema de derechos, asumen y aceptan que todos los miembros de la sociedad son titulares de un esquema de derechos similar a aquel del cual son titulares.

De modo que forma parte de la estructura central de una sociedad justa, en el pensamiento de Rawls, que los ciudadanos tengan una cierta actitud hacia los derechos. Cuando existan ciudadanos, o al menos un grupo importante de ellos, que se asuman poseedores de derechos pero que no consideren que los demás miembros de la comunidad política, o un grupo considerable de ellos, son igualmente titulares de el mismo esquema de derechos de los cuales ellos son titulares, entonces la justicia de la sociedad se halla en riesgo.

Lo que nos dice Waldron es que asume que la mayor parte de los miembros de la comunidad política tiene una cierta actitud hacia los derechos, esto es, la actitud de tomarlos seriamente, incluso cuando no se trata de sus derechos, sino de los derechos de otros. Pero qué cosa exactamente significa tomar en serio los derechos de otros parece diluirse un poco en la teoría. No hay, al menos no en las obras que tenemos como base de la crítica de Waldron a la justicia constitucional, un desarrollo claro sobre qué significa un compromiso serio con los derechos, por parte de los miembros de una comunidad política.

El compromiso parece fundirse en una teoría sobre la legitimidad de las decisiones políticas. Como veremos más adelante con más detalle, pero como ya he mencionado de pasada, la crítica de Waldron se sostiene fundamentalmente en la carencia democrática de la justicia constitucional y, concomitantemente, en la legitimidad que tiene la decisión por mayorías, que, a su criterio, ostenta la mejor colección de virtudes morales en comparación con cualquier otro tipo de mecanismo de decisión comparable.

En este sentido, y dejando a salvo la exploración que haré más adelante, la condición de **tomarse en serio** los derechos de los demás parece confundirse con el derecho a la participación en los asuntos públicos y ser capaz de influir, en condiciones de igualdad, en las decisiones públicas. Si, por razones aritméticas, mi postura termina del lado minoritario, habré sido vencido en el proceso de

decisión pública, pero mis derechos han sido respetados. No pretendo asumir que la postura de Waldron es tan cruda como estoy exponiendo acá, sólo pretendo exponer en este apartado en qué pueden consistir sus áreas problemáticas.

Hablemos ahora las primeras dos condiciones, las relativas a la existencia de instituciones democráticas y judiciales de razonable buen funcionamiento. En el caso de la primera, Waldron se refiere a la existencia de instituciones parlamentarias que sean razonablemente representativas, esto es, que su estructura o composición no sea el producto de vicios evidentes en el proceso democrático, tales como la modificación de circuitos electorales que genere la sobre representación o sub representación de uno u otra tendencia política. Igualmente asume que esas instituciones están abiertas a todo tipo de ciudadanos en términos razonables, esto es, que los requisitos para la obtención de derechos políticos estén abiertos en principio para todos los miembros de la comunidad política y que no excluyen de forma no razonable a grupos de personas por razones de raza, género, etc.

Por lo tanto, para la pertinencia de la teoría de Waldron, debe existir una autoridad legislativa razonablemente representativa y su funcionamiento debe ser también razonablemente admisible. Un requisito similar exige en relación con el funcionamiento de instituciones judiciales.

Recordemos que estos cuatro requisitos expuestos por Waldron funcionan como una suerte de línea de base a partir de la cual su teoría se yergue. De fallar cualquiera de estos requisitos la teoría no sería aplicable, por su propia admisión. En este sentido, el criterio de razonabilidad en los requisitos que he mencionado de último (el relativo a la existencia de un poder legislativo razonablemente representativo y de funcionamiento razonablemente bueno y un poder judicial de funcionamiento también razonablemente bueno) se revela como un importante riesgo a la teoría de Waldron.

No quiero decir que la exigencia de razonabilidad es en sí misma poco razonable. Al contrario, creo que, bajo un modelo ideal, a lo único a lo que pueden aspirar realmente tanto los filósofos como los ciudadanos es a instituciones que se manejen dentro de unos márgenes de razonabilidad. Algunos sistemas serán mejores que otros, pero ninguno podrá ser perfecto. El problema al que apunto es el siguiente: la razonabilidad del buen funcionamiento de un sistema es un criterio decididamente impreciso, de modo pues que es susceptible al debate en torno al lugar donde deba trazarse la línea que divide lo razonable de lo no razonable.

En este sentido la razonabilidad es en sí mismo un asunto sometido a la objeción de la regresión a la que ya hice mención más arriba. Es decir, la línea debe fijarse en algún lugar y el lugar preciso por donde pase puede ser sometido a discusión pública. Entonces ¿el mecanismo que se emplee para fijarlo debe ser necesariamente un proceso mayoritario? Si el procedimiento es mayoritario, pero el criterio empleado no es razonable, entonces la justicia constitucional se hace necesaria. Pero si el proceso no es mayoritario y el criterio empleado es razonable, entonces la justicia constitucional no se hace necesaria, salvo que haya sido la propia justicia constitucional el procedimiento empleado. Sobre esto volveré más adelante.

### III. BASES TEÓRICAS DE LA AUTORIDAD LEGISLATIVA

La idea de la sabiduría de la multitud está sembrada en la filosofía de Aristóteles. Waldron toma las reflexiones del Estagirita en La Política. En ella, Aristóteles sostiene que las leyes se enriquecen tanto del proceso deliberativo que tiene lugar en su creación como de la diversidad de intereses que se hacen presentes en esas deliberaciones. La sección en la que se basa Waldron es la siguiente:

En efecto, los más, cada uno de los cuales es un hombre incalificado, pueden ser, sin embargo, reunidos, mejores que aquéllos, no individualmente, sino en conjunto, lo mismo que los banquetes para los que contribuyen muchos son superiores a los costeados por uno solo. Como son muchos, cada uno tiene una parte de virtud y de prudencia, y, reunidos, viene a ser la multitud como un solo hombre con muchos pies, muchas manos y muchos sentidos, y lo mismo ocurre con los caracteres y la inteligencia (Libro III, 1281b).

En una legislatura moderna, cabe presumir que se expresen *grasso modo* las particularidades y la diversidad presente en una sociedad. Y que de esa diversidad se genere una suerte de suma de las virtudes como la ideada por Aristóteles. Si la legislatura es verdaderamente representativa, su composición será un reflejo (imperfecto, lejano, degradado o tenue, pero un reflejo al fin), de la enorme complejidad de intereses presentes en la sociedad que esa legislatura pretende representar.

La presencia de esa complejidad de intereses hace de las legislaturas un lugar propicio para la producción de normas que se nutran de todos esos diversos intereses en ella presentes, e, incluso, de los intereses no expresamente representados en la legislatura de forma directa, pero al menos representados de una forma indirecta o tangencial. Wal-

dron es consciente de la imposibilidad de que las legislaturas reflejen exactamente todos los intereses que tienen vida en una sociedad, y entiende también que es no solo necesario sino inevitable, que la protección de algunos intereses se consagre al costo de la desprotección de otros.

Con todo, la decisión de una asamblea es probablemente un mejor vehículo para la decisión inteligente que la decisión contra-mayoritaria que se ve personificada en la decisión judicial.

Las decisiones de las legislaturas, por lo tanto, conservan una fuerte vinculación con la comunidad política que difícilmente puede exhibir la decisión judicial. A esto Waldron agrega un ingrediente histórico y axiológico de la mayor importancia. El autor da cuenta del nacimiento de las legislaturas y sobre todo, de la legislación como fuente de derecho, y ata ese nacimiento a su relación con otra fuente de derecho (la costumbre jurídica) especialmente relevante para el mundo anglosajón pero, como revela Waldron, también para el mundo del derecho civil continental.

Me refiero a la investigación que hace Waldron de la doctrina del pos-glosador Bartolo da Sassoferrato. Este autor medieval hace un desarrollo sobre la potestad de las ciudades para legislar aun sin tener autorización expresa del emperador. Para ello, hace una extensión de los poderes del pueblo como productor de derecho consuetudinario, a los poderes del pueblo para derogar ese derecho por la producción de normas de derecho escrito. Esta idea la asume Waldron para rescatar el *pedigree* no solo democrático de la legislación sino para atarla a la idea general de consentimiento, mucho más cercana a la costumbre jurídica que a la legislación. Y también, para enterrar el modelo unitario como modelo adecuado para el análisis de la producción jurídica.

Lo que Waldron quiere decir aquí es que en la realidad europea y americana, la producción legislativa ha sido por lo general muy lejana al modelo constitucional unitario empleado tradicionalmente por la filosofía del derecho. En realidad, la producción jurídica ha estado históricamente atada a la realidad de las comunidades, grupos y asambleas, permanentes o esporádicas, pero siempre recurrentes. Más aun, pretende acentuar la relación entre el derecho legislado y la comunidad que pretende regular, así como hay una estrecha relación entre esas comunidades y el derecho consuetudinario.

Una conclusión adicional es inescapable. La legislación es **representativa** de la comunidad política. Y la relación de representatividad que existe en-

tre un parlamentario y la comunidad política no solo es esencial para la evaluación de la legislación sino una virtud particular de las democracias modernas.

Sin embargo, no duda en pronunciarse en contra de las formas de legislación de la democracia directa. La democracia será representativa o no será democracia. Podría decirse que la democracia directa atenta contra el valor de la diversidad y de la sabiduría que entrañan los productos legislativos representativos, porque abrevian por no decir que anulan las deliberaciones parlamentarias. Sin procedimientos claros de discusión, sin orden, sin mecanismos para asegurarse que todas las voces posibles son igualmente escuchadas y respetadas, los mecanismos de democracia directa no solo no garantizan un producto legislativo representativo, sino que, en cambio, garantizan exactamente lo contrario, un producto legislativo sectario que, en modo alguno puede decirse que es una producción jurídica que pueda atribuirse a **la comunidad**.

El problema con el argumento aristotélico es que es reversible. En efecto, dudo mucho que Waldron pretenda que funcione sólo. De hecho, lo acompaña de otros argumentos que tocaremos más adelante. Pero el argumento aristotélico me parece que pone a su teoría en un lugar incómodo. Digo que el argumento es reversible porque, así como puede sostenerse que las grandes asambleas acumulan las virtudes de sus componentes, puede perfectamente sostenerse también que acumulan sus vicios. Y por cuál razón exactamente debe suponerse que en el balance entre vicios y virtudes las últimas serán las ganadoras no queda claro ni de la exposición de Waldron ni de la de Aristóteles.

Además, si se me permite la osadía, creo que la metáfora del banquete de Aristóteles es completamente inepta. No es cierto que un banquete producto de la contribución de muchos es mejor que el banquete ofrecido por uno solo. La experiencia puede apuntar a lo contrario. En todo caso, puede perfectamente que las probabilidades se distribuyan por igual hacia ambas posibilidades. Esto es, que el banquete de muchos sea bueno o sea malo puede tener exactamente el mismo nivel de probabilidad. Por lo tanto, sostener un argumento a favor de las legislaturas como última ratio de la decisión política sobre la base de este dato hipotético me parece aventurado.

Además, habría que agregar que la metáfora de Aristóteles comete la falacia de la composición. Que los componentes de una asamblea sean virtuosos no arroja necesariamente la conclusión de que ésta o sus productos sean también virtuosos.

Además, me parece que Waldron se apoya en una lectura un tanto concentrada de la obra de Aristóteles. El resto del Libro III de la **Política** es un poco más tentativo en torno a este punto. Aristóteles parece advertir que las tierras son pantanosas cuando se trata de encontrar fundamento al gobierno democrático. En este sentido, califica de forma similar a Waldron que los pueblos pueden envilecerse, en cuyo caso la validez de sus conclusiones está atada a la existencia de un pueblo no envilecido. Esta idea comparte rasgos con la condición de Waldron de que la comunidad debe conservar un compromiso de buena fe con el respeto de los derechos. Pero a la distinción que me parece que hay entre Aristóteles y Waldron es que el primero parece estar más atento a la posibilidad del envilecimiento de las mayorías.

Es notable el siguiente pasaje del filósofo Macedonio:

Todo esto parece poner de manifiesto que ninguno de los criterios en virtud de los cuales unos hombres consideran justo mandar ellos y que todos los demás les obedezcan es recto. Porque indudablemente a los que se juzgan dignos de ejercer el poder supremo en el gobierno por su virtud, y lo mismo a los que se fundan en su riqueza, podrían replicarles las masas con un argumento justo, ya que nada impide **que en ocasiones** la masa sea mejor y más rica que la minoría, no cada individuo sino todos juntos (2007, III, Cap. VII).

De modo que, para Aristóteles, la posibilidad de la degeneración de los regímenes es real y a tomarse en cuenta. El derecho de ciertos individuos o minorías a mandar está constantemente en entredicho. Pareciera que Aristóteles entiende que el régimen con mayor capacidad para establecer un gobierno de las leyes conforme a la virtud es la democracia y que existe una suerte de derecho por defecto. Pero no tiene la posibilidad de la degeneración de la democracia como remota. Aun cuando el argumento del banquete parece ser la línea de base de su análisis (y como he manifestado, el argumento es reversible y no se haya en su obra una refutación), parece entender que el peligro de la degeneración democrática es constante. Sobre este punto, al que llamaré el **problema de la estabilidad**, expondré algunas apreciaciones más adelante, porque considero que forma parte de las grieteas más visibles de la propuesta de Waldron.

Pero el argumento de Aristóteles es de alguna manera contrafactual y consecuencialista. A lo sumo nos invita a tener una disposición *bona fide* a favor

de las legislaturas. Waldron; sin embargo, argumenta que la decisión mayoritaria conseguida en una asamblea legislativa, exige de los miembros de una comunidad política el mayor de los respetos, pues es el producto de un esfuerzo para resolver los problemas de desacuerdo entre los miembros de una comunidad, que hace del instrumento un expediente digno de nuestro respeto, y por lo tanto revestido de autoridad:

A menudo pensamos en la decisión de la mayoría como un principio impersonal, puramente agregativo que, como el utilitarismo, no toma en serio a las personas. Pero quiero enfatizar las instancias en que la decisión de la mayoría respeta a las personas cuyos votos se agregan. Lo hace de dos maneras. Primero, respeta sus diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común: no requiere que la idea sinceramente defendida por nadie sea menospreciada o silenciada debido a la supuesta importancia del consenso. A menudo pensamos en la decisión de la mayoría como un principio impersonal, uno que es puramente agregativo y, como el utilitarismo, no toma en serio a las personas. Pero quiero enfatizar los saludos en que la decisión de la mayoría respeta a las personas cuyos votos se agregan. Lo hace de dos maneras, primero, respeta sus diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común: no requiere que nadie defienda sinceramente la idea de que se la menosprecie o menosprecie debido a la supuesta importancia del consenso. En segundo lugar, incorpora un principio de respeto por cada persona involucrada en el proceso por el cual nos decidimos por una perspectiva para ser adoptada como nuestra incluso ante el desacuerdo (1999a)<sup>6</sup>.

El argumento se sustenta en el respeto al individuo y a sus capacidades de agencia moral. La decisión mayoritaria es la única que, después de la unanimidad, respeta enteramente a cada individuo de la comunidad. Da igual valor a cada preferencia y las toma en cuenta en términos de igualdad y respeto. Pero las comunidades deben adoptar decisiones y la regla de la mayoría ofrece un respeto a los miembros de la comunidad que no ofrecen otros mecanismos de solución del desacuerdo.

La construcción de Waldron a favor de la regla de la mayoría y de la legislación representativa es muy poderosa. Incluso adoptando una postura escéptica en torno al funcionamiento de los poderes legislativos, su exposición sobre la legitimidad de la legislación resulta difícil de refutar. A las críticas de Dworkin sobre la decisión mayoritaria, Waldron ha construido una respuesta robusta. La de Dworkin es una teoría que sugiere que la regla de la mayoría no es adecuada en ciertos contextos y es profundamente suspicaz de ella. Waldron, en cambio, ha construido una teoría de por qué la regla de la mayoría está llena de virtudes que pretenden tener un peso suficiente como para acabar con la desconfianza Dworkiniana y, por lo tanto, con la institución del *judicial review*. Veamos si la confianza de Waldron justifica esta postura.

#### IV. EL PROBLEMA DE LA REGRESIVIDAD Y EL CASO DEL BOTE SALVAVIDAS

Thomas Christiano advierte un problema en la propuesta de Waldron que, bajo mi criterio, no ha sido capaz de responder adecuadamente. La crítica fue hecha con ocasión de la apreciación hecha por Christiano al libro "Law and Disagreement" (Christiano, 2000).

La crítica se centra en el problema de la regresividad que supone la adopción de la regla de la decisión mayoritaria. Waldron asume que la DM es el único tipo de mecanismo de decisión política válido o legítimo moralmente. Todo otro tipo de mecanismo compromete su integridad moral y por lo tanto su legitimidad (es decir, su capacidad para crear obligaciones respaldadas por una autoridad que no se sustente exclusivamente en la fuerza). Christiano observa que asumiendo como buena la premisa del propio Waldron, según la cual las circunstancias de la política implican que existe desacuerdo moral a todos los niveles, es entonces esperable también un desacuerdo moral en torno a la extensión de los derechos democráticos.

Esto es, en torno a la extensión, interpretación y aplicabilidad de la regla de la DM.

Los miembros de una comunidad política pueden estar en desacuerdo sobre cuáles son los límites de la regla de la mayoría. ¿Es ella misma adecuada para decidir todo tipo de desacuerdo? Por ejemplo ¿es adecuada para decidir si la regla de la mayoría

<sup>6</sup> "We often think of majority-decision as an impersonal principle - one that is purely aggregative and, like utilitarianism, fails to take individuals seriously. But I want to stress the regards in which majority-decision respects the individuals whose votes it aggregates. it does so in two ways. First, it respects their differences of opinion about justice and the common good: it does not require anyone's sincerely held view to be played down or hushed up because of the fancied importance of consensus. Second, it embodies a principle of respect for each person in the process by which we settle on a view to be adopted as ours even in the face of disagreement." (traducción libre) (notas omitidas).

es adecuada para resolver otros asuntos? Para decidir si la DM es correcta para resolver todo tipo de disputas sobre la justicia, los participantes del debate deben primero decidir qué tipo de procedimiento deberá crearse para que en el futuro se tomen decisiones sobre la justicia. Supongamos que los miembros de una comunidad quieren adoptar un criterio que sea seguido en el futuro para tomar decisiones sobre la justicia y los derechos. Esas decisiones futuras son decisiones de primer grado. Es decir, decisiones directamente aplicables. Pero para fijar esos criterios, los miembros de la comunidad deben acordar cual es el principio que seguirán para diseñar el procedimiento de primer grado. Ese procedimiento será un procedimiento de segundo grado. Pero, al mismo tiempo, el procedimiento de segundo grado requiere de uno de tercer grado, por ejemplo, relativo a la conformación o convocatoria de una convención o asamblea constituyente. Como puede verse, el cuestionamiento sobre la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones es susceptible de ser regresivo *ad infinitum*.

Ahora bien, si en uno de los escalones los participantes acuerdan que adoptarán la decisión por la regla de la mayoría y en tal sentido adoptan, por ejemplo, una constitución que diseña procedimientos para la toma de decisiones futuras **que no son mayoritarios** ¿se ha cumplido o no con la regla de la decisión mayoritaria? Es decir, si la constitución en la que estamos pensando nace de procedimientos mayoritarios, pero ella misma contempla procedimientos no mayoritarios de decisión **pro futuro**, como puede ser, por ejemplo, la institución de la *judicial review*, ¿está acaso claro que esa constitución no encarna una concepción respetuosa de la DM? La respuesta dada por Waldron no la encuentro enteramente convincente<sup>7</sup>.

Waldron argumenta en respuesta que la regresividad *ad infinitum* es un problema falso, pues los encargados de tomar una decisión podrán en práctica algún tipo de mecanismo de decisión por razones pragmáticas que no necesariamente impliquen tomar partido por ese mecanismo de decisión como el mecanismo con legitimidad política **pro futuro** (1999, p. 299-302; 2016, p. 213-4). Pero esa postura es sumamente benevolente con las posibilidades y capacidades de decisión de quienes están llamados a tomarla. Si los tomadores de la decisión tienen entre manos un catálogo de procesos de decisión, adoptar uno entre ellos por

razones pragmáticas, implica pasearse por cuáles son esas razones pragmáticas.

Como ha indicado el propio Waldron, hay dos clases de razones que pueden explorarse, las razones basadas en resultados (*result-based reasons*) y razones basadas en los procesos (*process-based reasons*). Las razones pragmáticas a las que se refiere para romper la cadena *ad infinitum* o bien son de una clase o de la otra. Pero entrar a hacer consideraciones de este tipo es entrar a hacer consideraciones acerca de la idoneidad del proceso de decisión.

Waldron admite que al momento de tomar la decisión sobre el proceso que debe adoptarse, los tomadores de decisión no pueden dejar de lado el problema de la legitimidad. La circularidad del problema parece no tener solución. En todo caso, me parece que Waldron no captura enteramente la médula de la crítica de Christiano, que me parece que apunta a lo siguiente: las mayorías actuales pueden tener incentivos legítimos y relacionados con la preservación de la democracia, para adoptar procesos de decisión de procedimientos de primer grado, que se aparten del principio mayoritario. En ciertos contextos, dejar algo al criterio de las mayorías puede ser contraproducente. Un ejemplo que desarrolla Dworkin es el siguiente: asumamos que un barco zozobra y uno de los botes salvavidas se encuentra sobre-exigido de modo tal que para que no perezcan todos sus ocupantes debe lanzarse al agua una persona. ¿Cómo se toma esta decisión? Dworkin argumenta que el principio mayoritario no parece ser el principio más justo para este tipo de circunstancia. Por ejemplo, es posible que, por razones de azar, un grupo familiar completo esté en el bote, lo cual haría que ninguno de ellos vote en contra de sus propios parientes. O puede ocurrir que una nacionalidad esté más representada que otra, con efecto similar al caso anterior. O pueden darse ciertas circunstancias azarosas que hagan más probable una decisión en un determinado sentido que en otro. No habría una discusión razonable sobre los méritos de quien debe ser el elegido, sino que probablemente se den decisiones basadas en los prejuicios. En ocasiones de ese estilo, la adopción de la regla mayoritaria parece contraproducente (Dworkin, 2011, p. 386).

Ahora bien, qué puede exactamente extraerse de este caso. Un caso de vida o muerte como este parece estar alejado de la vida política diaria de una comunidad moderna. ¿Es acaso un supuesto

<sup>7</sup> Podría agregarse a esto la observación de Dahl en varias de sus obras según la cual las repúblicas modernas que denominamos democráticas modernas se gobiernan en realidad de acuerdo a un modelo de poliarquía más que de democracia. Entre otras ver Dahl, 1991 y 2006.

simplemente académico? No lo considero así. Creo que el caso del salvavidas desnuda la “nuez” de la desconfianza Dworkiniana en contra del principio mayoritario para decidir asuntos de justicia. Desde muy temprano en su carrera, Dworkin ha construido una teoría de los derechos individuales que es radicalmente contramayoritaria. La marca principal de Dworkin es la idea de que los derechos individuales son triunfos contra las mayorías. Es decir, que las mayorías políticas no tienen autoridad para determinar el contenido final de los derechos constitucionales, o, por lo menos, que las decisiones mayoritarias deben ser depuradas de los elementos que en ocasiones alteran o contamina los procesos de decisión.

Así, en “Freedom’s Law”, Dworkin desarrolla la idea de la democracia constitucional, según la cual las decisiones políticas básicas pueden y deben tomarse de acuerdo con la regla de la mayoría, sin embargo, las decisiones sobre el contenido de los derechos se resisten a este principio (1996, p. 23 y ss.). La razón es fundamentalmente la misma que desarrolla en el ejemplo del bote salvavidas, que las decisiones sobre el contenido de los derechos en muchas ocasiones son decisiones que no son tomadas de acuerdo con una reflexión de buena fe sobre el contenido de los mismos, sino que, antes bien, se trata de procesos a menudo contaminados por los prejuicios de los componentes de las mayorías políticas.

Dworkin desarrolla la tesis de las preferencias externas y preferencias internas para identificar el tipo de corrupción que ocurre en las decisiones mayoritarias cuando las mayorías deciden asuntos relativos a derechos individuales. Bajo su criterio, cuando las preferencias externas son contadas además de las preferencias internas, el proceso de decisión mayoritaria se corrompe, pues tiene lugar una suerte de doble contabilidad que hace que todo este mecanismo se desvirtue y corrompa.

La teoría de las preferencias externas no es la que ha tenido mejor fortuna de las ideas de Dworkin, y no es este el lugar para profundizar en esa teoría. Estamos hablando de Waldron. Pero parte de su teoría se desarrolla en contraste a la de Dworkin y por ello es indispensable tocarla también. Permítaseme, por tanto, intentar hacer una glosa superficial: para Dworkin es indispensable que las decisiones democráticas respeten un sentido genuino de comunidad. Cuando una mayoría intenta una concepción de un derecho que refleja un prejuicio en contra de una minoría o en contra de un individuo, de modo tal que no se le dé a los componentes de esa minoría o individuo un trato como igual, entonces se ha vulnerado gravemente un derecho in-

dividual o de las minorías. Ese tipo de vulneración no puede confiarse a las asambleas legislativas, pues son ellas las más proclives a cometer la violación. Por lo tanto, instituciones contramayoritarias como los tribunales constitucionales son necesarios, o al menos admisibles, para evitar o reparar ese tipo de violaciones.

En resumen, si bien el símil del bote salvavidas no describe casos ordinarios en las democracias modernas (aunque probablemente describe muy bien supuestos de limpieza étnica, presentes aun hoy), lo cierto es que su pertinencia no es del todo descartable. A lo que apunta Dworkin es que cuando una comunidad política adopta una concepción de un derecho que supone la desestimación de uno o varios de sus miembros como verdaderos miembros, se ha corrompido el valor de la decisión mayoritaria y por lo tanto se ha violado un derecho. Es decir, que cuando la comunidad trata a un individuo como menos que un miembro, acordándole un trato que no se corresponde con el igual respeto y consideración, entonces se viola un derecho individual. En el fondo, es, desde cierta perspectiva, el mismo problema del bote salvavidas. La razón por la cual Dworkin objeta el uso de la regla de la mayoría en ese escenario es porque se trata de un mecanismo de decisión proclive a que las mayorías den un trato distinto al de igual respeto y consideración.

Asumiendo que las críticas de Christiano y Dworkin no son valederas, creo que hay todavía un punto sobre el que la teoría de Waldron sería débil. Recordemos por un momento las cuatro condiciones cuya existencia son necesarias para la validez de la teoría. La existencia de instituciones democráticas de razonable buen funcionamiento; la existencia de instituciones judiciales de razonable buen funcionamiento; la existencia de un compromiso de buena fe con los derechos por parte de los ciudadanos, y; la existencia de desacuerdos genuinos sobre la extensión de los derechos.

Asumamos también por buenas esas condiciones que, como he dicho más temprano, no me resultan criticables pues muchas sociedades las cumplen y es deseable que las cumplan. Pero hay una condición también asumida por Waldron pero no verbalizada: la estabilidad de las condiciones. Es decir, el autor asume no solo que se dan las cuatro mencionadas, sino que además no enfrenta la posibilidad de riesgo de que desaparezcan o de que estén amenazadas. Asume que los únicos escenarios posibles y excluyentes son los siguientes: (i) una comunidad política en la que se dan sus cuatro condiciones, en cuyo caso el control constitucional no puede tener cabida por antidemocrático, o; (ii) una comunidad política en la que

no se dan las condiciones mencionadas de forma concomitante en cuyo caso el control judicial podría estar justificado.

Waldron llega a sostener que, probablemente, varias democracias industriales contemporáneas carezcan de alguna o varias de esas condiciones. Incluso llega a admitir la posibilidad de que EE.UU. sea un caso. En ese supuesto, dice Waldron, los americanos deben producir una teoría de la revisión constitucional para ellos y no pretender que los valores y teorías que desarrollen en tal sentido sean aplicables en otras latitudes (2016, p. 225).

Pero creo que Waldron es sumamente lapidario en estos juicios. Parece asumir que, o bien se dan las condiciones, en cuyo caso es válida una determinada teoría, o bien no se dan las condiciones, en cuyo caso es válida una teoría totalmente distinta. Pero creo que existe una tercera posibilidad. Puede que estemos en presencia de una comunidad política en la que estén presentes sus cuatro condiciones, pero su permanencia y estabilidad estén en riesgo actual o potencial, en virtud de lo cual los miembros de esa comunidad podrían tener incentivos para tomar decisiones de diseño institucional para procurar que las cuatro condiciones **permanezcan**.

Ese tipo de decisiones pueden ser decisiones de diseño *ex ante*. Esto es, decisiones sobre mecanismos para evitar en la medida posible que alguna de las cuatro condiciones falle o sea perdida. Por ejemplo, políticas educativas tendentes a crear un *ethos* republicano específico entre los miembros de una sociedad. Pero también podrían tener incentivos para crear mecanismos institucionales de remedio *ex post* cuando alguna de las condiciones se ha perdido o está en proceso de ser perdida.

En otras palabras, a lo que apunto es que la estabilidad de las cuatro condiciones también es un asunto de permanente desacuerdo y debate en las sociedades, y puede ocurrir que circunstancias políticas las pongan en riesgo. La teoría de Waldron no permite que las comunidades políticas se vacunen en contra de escenarios de inestabilidad de las condiciones. Quizás un ejemplo sea la mejor manera de exponer este punto.

Supongamos una comunidad política, llamémosla Necker Island, que cumple con los cuatro elementos exigidos por Waldron. Concentrémonos en el tercero, que, recordemos, se refiere a una disposición de buena fe de la mayor parte de los ciudadanos al respeto de los derechos individua-

les de terceros y de las minorías. En esta Necker Island un movimiento político gana unas elecciones parlamentarias que le otorgan el control de la legislatura. Una de las primeras medidas que la nueva legislatura pretende adoptar es una ley que impide a una minoría racial de la isla, postularse a cargos públicos. ¿Cómo debe defenderse una comunidad política ante un escenario como este en donde se vulnera evidentemente una de las condiciones de Waldron?

De acuerdo con el criterio de Waldron, la única defensa es la política. Es decir, los miembros de la minoría deben apelar a través de marchas, demostraciones, escritos, etc., a la sensibilidad de la mayoría y procurar la reversión, por vías políticas (no jurídicas) de la medida adoptada. No hay nada de malo con alternativa salvo que pone a la minoría racial en una posición sumamente difícil y probablemente imposible. Pero, en todo caso el punto a resaltar es el siguiente: ¿por qué una alternativa judicial es antidemocrática si la medida adoptada por la legislatura evidentemente vulnera una de las condiciones de una democracia de funcionamiento razonablemente bueno? En los términos de Rawls, no sería esta una sociedad bien ordenada y pareciera que Waldron también debería estar de acuerdo con ello. Sin embargo, Waldron rechaza como antidemocrática la *judicial review*. Parece haber, bajo mi criterio, una disonancia en ello.

Una interpretación posible que quizá salve a la teoría de Waldron de esa disonancia es la siguiente: si en lugar de suponer que la condena de Waldron es contra los tribunales constitucionales suponemos que la condena es contra que tales tribunales ejerzan sus competencias en momentos distintos a los momentos en que se pongan en riesgo las cuatro condiciones. Dicho de otra manera, podría tratarse de salvar la teoría de Waldron si se la interpreta como una condena al ejercicio del *judicial review* en las "circunstancias de la política", es decir, en las circunstancias de la vida política de una sociedad bien ordenada, pero no como una condena a la existencia de un árbitro que ponga un freno cuando alguna de las cuatro condiciones que él reclama para la validez de su teoría esté en riesgo.

No puedo estar seguro de que Waldron estaría de acuerdo con esta suposición. Pienso esto porque Waldron analiza los diversos modelos de *soft judicial review* (fundamentalmente el caso Británico y el Neozelandés),<sup>8</sup> en donde, a pesar de existir un tribunal de última instancia, este tribunal es incapaz de saldar una controversia jurídica desapare-

<sup>8</sup> Sobre las formas de *soft judicial review* puede verse Tushnet, 2009, pp. 18-42.

ciendo del mundo jurídico a un acto parlamentario. Al menos no de la forma en que lo hacen los tribunales constitucionales por nosotros conocidos (como el alemán, el español, el colombiano o la —este es el punto donde es válido suspirar y voltear los ojos— la Sala Constitucional venezolana). En el *soft judicial review*, en cambio, los tribunales pueden eventualmente tomar una decisión, pero esa decisión contiene, a lo sumo, una recomendación para la legislatura. Pero en todo caso, la decisión final es de la legislatura, de modo tal que, en un caso como el del Necker Island, la decisión continuaría su curso incluso si hay una recomendación judicial en contra.

Es decir, de acuerdo con Waldron, en Necker Island los miembros de las minorías cuyos derechos estén en riesgo deben resignarse a tratar de cambiar las opiniones de la nueva mayoría parlamentaria (lo que Waldron llama la mayoría decisional), o a procurar que en las próximas elecciones esa mayoría decisional pierda el poder. Cualquier intento de impedir por la vía jurídica que esa mayoría decisional vulnere los derechos de la minoría es antidemocrático. Como he dicho antes, esto luce extremo.

Esta tensión entre la mayoría decisional y los derechos de la minoría puede replantearse en términos de un conflicto entre dos clases de lo que Waldron y otros llaman los **derechos democráticos** para referirse principalmente a los derechos relacionados con la participación ciudadana y el autogobierno. Por una parte, los derechos democráticos de la mayoría decisional y por la otra, los derechos democráticos de la minoría a ser tratados como iguales. Waldron no nos otorga un argumento suficientemente fuerte, bajo mi criterio, para sostener que en esa competencia entre derechos democráticos, lo más ajustado a la razón es decantarse por el parecer de la mayoría.

Es cierto que Waldron propone un argumento bastante fuerte para decantarse a favor del parecer de la mayoría en escenarios de normalidad, esto es, en escenarios en donde sus cuatro condiciones tienen lugar, pero ese argumento pierde fuerza cuando una o varias de sus cuatro condiciones desaparece o está en riesgo. Es más, él condiciona la validez de su argumento, como hemos repetido hasta la saciedad, a la existencia de las condiciones. Entonces, ante un conflicto entre derechos democráticos entre dos grupos, la violación de uno de los cuales implica el quebrantamiento de una de las preciadas condiciones, Waldron nos deja a la deriva.

De modo que, bajo mi criterio, sin desmerecer las virtudes profundas que creo pueden rescatarse de

las elaboraciones de este autor, el argumento en contra de la *judicial review* es enormemente poderoso siempre que nos ubiquemos (i) dentro de las cuatro esquinas del escenario donde se cumplen las cuatro condiciones, y (ii) siempre que esas cuatro condiciones no estén sometidas a alguna clase de riesgo. Pero es inválido cuando (i) alguna de las cuatro condiciones no tiene lugar, o; (ii) cuando alguna de las cuatro condiciones está en riesgo de ser perdida.

Ahora bien, el escenario de perder una o varias de las cuatro condiciones no debe tenerse como un escenario remoto o improbable. Muy al contrario, el riesgo de inestabilidad les es inherente en la misma medida en que por tratarse de asuntos valorativos de mucha monta, están sometidos a las mismas condiciones de la política a las que están sometidos los criterios y las concepciones sobre los derechos individuales, esto es, están sometidos a las mismas condiciones de desacuerdo que forman parte de la premisa principal de Waldron.

#### V. WALDRON Y EL “MODELO” VENEZOLANO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La filosofía de Waldron nos empuja a hacernos la siguiente pregunta: ¿para qué las constituciones? Incluso nos sugiere una respuesta: son inútiles. Es una sugerencia irreverente, pero a la vez tentadora. Waldron nos está diciendo que la vida política de prácticamente todo el mundo está basada en un mito: que las constituciones son necesarias para proteger los derechos individuales, pero sobre todo en el mito de que esos derechos únicamente pueden ser protegidos por los jueces.

La sugerencia de Waldron llama no sólo a cuestionar la concepción técnica de los derechos sino de qué cosa significa protegerlos. Debido a que al hacerlo, ataca el amor propio de la profesión, especialmente de los abogados constitucionalistas, pues la implicación directa de su teoría es que toda la rama del derecho constitucional, como tradicionalmente se ha entendido, se basa en un equívoco. Asimismo les sugiere que la práctica del derecho constitucional, con su fetiche por la justicia constitucional, produce más daño que beneficios y que los abogados constitucionalistas no han podido darse cuenta de ello.

A pesar de que la propuesta de Waldron puede lucir exagerada, hay una realidad que su teoría nos invita a explorar y que resulta controvertible. El Reino Unido, Israel y Nueva Zelanda son países sin justicia constitucional, porque son países sin constitución (al menos sin constitución escrita y rígida). Otros países, teniendo constituciones escritas y rígidas, tienen, sin embargo, modelos de justicia

constitucional suave o débil (*weak judicial review*) como es el caso de Canadá, y aunque Waldron no lo menciona, me atrevo a decir que el caso francés entra en el grupo de países con justicia constitucional débil.

Pero esa sea quizás una desviación demasiado extrema para un país como Venezuela, con una tradición al menos formal de la idea de constitución. Si bien el índice de respeto a la constitución quizás esté en este momento entre los más bajos del mundo, y si bien en el pasado tampoco fue muy alto, lo cierto es que la venezolana es una sociedad que muy difícilmente puede concebirse a sí misma sin una constitución.

Ahora bien, como crítica general a la institución de la justicia constitucional, la teoría de Waldron contiene líneas de pensamiento que son demolidoras para de la justicia constitucional previsto en la constitución venezolana de 1999. Para ello, me propongo hacer un esbozo de ese modelo.

#### A. El modelo Hiper-imperial

El modelo estadounidense de justicia constitucional ha sido denunciado como imperial. Si ese modelo es imperial, el modelo de justicia constitucional, previsto en la Constitución venezolana de 1999, es Hiper-imperial. Hay una docena de cosas que la Corte Suprema de Justicia estadounidense no puede hacer que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en adelante, "TSJ") de Venezuela hace de forma cotidiana.

La Corte americana es una corte de poderes tasados. La cantidad de jueces que la componen, sus competencias y jurisdicción, están rígidamente limitados por lo que establezca la legislación que la regula. Aun cuando la competencia por la que probablemente es más conocida no se halla claramente expresada en la constitución, es una corte que únicamente puede actuar *ex post*, nunca *ex ante*, su jurisdicción se extiende exclusivamente a asuntos que puedan ser calificados como casos y controversias (Constitución de los Estados Unidos de América, artículo III, sección 2, cláusula 1). No existe en EE.UU. la acción popular de inconstitucionalidad común en varios países de América Latina, ni tiene competencia consultiva.

La Constitución de 1999, atribuye a la Sala Constitucional del TSJ un catálogo de competencias que serían la envidia de muchos jueces constitucionales del mundo. El artículo 335, nos dice que el TSJ será "el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación", y que la los criterios de la Sala Constitucional serán vinculantes para las demás salas de

ese tribunal y para los demás tribunales de la República. A esa ya potentísima atribución, el artículo 336, agrega lo siguiente:

Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de los cuerpos legislativos nacionales que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.
5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad de la Constitución con los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.
6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.
7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál de éstas debe prevalecer.
9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. Revisar las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica.

11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley.

Así pues, el TSJ es máximo y último intérprete de la Constitución, y su Sala Constitucional tiene competencia para declarar omisiones legislativas y establecer los lineamientos para su corrección; para pronunciarse *ex ante* sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales antes de su ratificación. A esta competencia *ex ante*, debe agregarse la competencia para pronunciarse también *ex ante* sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley cuando así se lo solicite el presidente de la República (Constitución de 1999, Artículo 214). Además, tiene competencia para declarar la constitucionalidad del carácter orgánico de un proyecto de ley, y sin duda la competencia para anular una ley que considere inconstitucional tanto en el marco de un proceso como en el marco de una acción popular de inconstitucionalidad.

Más allá de ello, se ha arrogado la competencia de crear una así llamada **jurisprudencia normativa** a través de la cual se ha permitido redactar normas legales y ordenas su publicación en Gaceta Oficial. Se permite subsanar las omisiones legislativas asumiendo ella directamente las competencias del legislativo en la redacción de normas legales<sup>9</sup>. Además, antes de que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia así lo estableciera, la Sala Constitucional “creó” un “recurso de interpretación constitucional autónomo” a través del cual cualquier persona podría solicitar a la Sala Constitucional la interpretación de una disposición constitucional aun sin que existiese una controversia judicial previa (Sentencia número 1077 del 22 de setiembre de 2000, caso Servio Tulio León Briceño).

Como puede verse, el modelo de justicia constitucional va más allá de una simple conjugación de los modelos de control difuso y concentrado (El profesor Brewer-Carías lo califica de modelo mixto e integral; 2007, p. 47)<sup>10</sup>. Es un modelo de control constitucional totalizador que pretende judicializar la totalidad de los posibles conflictos que la interpretación constitucional pueda sus-

citar. Además, ha dado nacimiento a una institución cuyo desempeño ha sido voraz en términos de conquista de competencias no claramente atribuidas. Se trata, por lo tanto, de un modelo Hiper-imperial.

La consecuencia de este modelo ha sido que siete personajes togados, remueven y designan alcaldes y gobernadores, deciden el contenido de normas legales, permiten el gobierno por Decreto vía estado de excepción, entre muchas otras cosas. Dudo que exista otro órgano del poder judicial en el mundo que concentre el poder que concentra la Sala Constitucional del TSJ. Ese modelo Hiper-imperial es ridículamente antidemocrático y sus decisiones carecen por completo siquiera de la pátina de autoridad legal que incluso los modelos imperiales de justicia constitucional como el americano podrían tener.

Además, el comportamiento reciente de la Sala Constitucional ha venido a anular en la práctica la existencia del poder legislativo, y hace de ella no un mecanismo de control en un sistema de pesos y contrapesos sino un mecanismo de rapto o captura que le permite y a otros Poderes Públicos (notablemente el Ejecutivo y el Electoral) sustituirse en el poder legislativo. De quince leyes dictadas por la Asamblea Nacional durante el período de sesiones iniciado el 5 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2017, once fueron declaradas inconstitucionales por la Sala Constitucional y solo una entró en vigencia (Hernández, 2016). Esta experiencia nos invita, casi nos exige, a repensar por completo la institución de la justicia constitucional. Pareciera que el diseño de mecanismos de control judicial del poder legislativo es incluso en el mejor de los casos una invitación a derogar la democracia. ¿Es esto necesariamente así? ¿Es comprensible esta inclinación tan persistente entre los iuspublicistas venezolanos?

Bajo la luz de la filosofía de Waldron, la justicia constitucional como está concebida en la constitución de 1999 es una afrenta escandalosa a la democracia y su autoridad se evapora ante cada exceso. Si tuviéramos la oportunidad de diseñar desde cero una nueva constitución, la mayor parte de los venezolanos, me atrevo a decir, se decantarían por eliminar del todo la justicia constitucional. ¿Qué hacer? Sobre esto tratará el siguiente apartado.

<sup>9</sup> Sobre la anatomía general de la Sala Constitucional y sus competencias al poco tiempo de la entrada en vigencia de la constitución de 1999 puede verse a Haro, 1999 y Cánova, 2000.

<sup>10</sup> Esta obra condensa muy bien los excesos en los que incurrió la Sala Constitucional hasta el año de publicación.

## B. Control Judicial: *Strike Zone* y la Zona de Justicia

Es cierto. Existe un riesgo enorme de que el control judicial sea profundamente antidemocrático. El desacuerdo profundo entorno a los derechos no debería ser resuelto por un grupo de personas no electas ni responsables políticamente. Los órganos representativos y responsables electoralmente están mejor equipados moralmente para hacer ese tipo de juicios. Los tribunales, además, están notoriamente mal equipados para hacerlos, cuando lo que pretenden hacer es arribar a una conclusión definitiva sobre el contenido del derecho.

Con demasiada frecuencia los tribunales constitucionales rehúyen las aproximaciones tentativas del contenido de los derechos y pretenden arribar a conclusiones categóricas y definitivas que siguen la fórmula el derecho X tiene como contenido único y exclusivo el enunciado Q. Esa es la fórmula típica del modelo imperialista judicial, en la que los jueces determinan o hallan **lo que el derecho es**: ¿es esa la única fórmula judicial posible en el mundo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes?

Hay quien apunta, en cambio, a un modelo dialógico en el que el juez constitucional, en lugar de determinar el contenido del derecho X, hace en cambio dos cosas distintas. Nos dice lo que el derecho X no puede ser sin ser desvirtuado, por una parte, y nos dice los parámetros dentro de los cuales el derecho X puede existir. En lugar de **decir lo que el derecho es**, nos indica los parámetros dentro de los cuales **el legislador decidirá lo que el derecho es**. Si el lector me lo permite, la analogía deportiva es pertinente en este punto.

El juez constitucional puede ser una suerte de *umpire del home* base del juego de *baseball*. El *umpire*, no se sustituye en el lanzador. No decide cuál es el mejor lanzamiento para un determinado bateador, ni tampoco decide cuándo es apropiado lanzar por el centro del plato o por las esquinas. Ese, simplemente, no es su problema. Sin embargo, conoce los límites entre lanzamientos buenos y lanzamientos malos. Su problema es que el bateador sea tratado correctamente. Que reciba una oportunidad verdadera y justa para batear. Su problema es que el juego sea limpio. Su tarea, por lo tanto, es definir una zona de *strike*. La zona en la que los lanzamientos son lícitos.

No pretende decirle al lanzador ni al manager del equipo cómo debe jugarlo. Tampoco decide, dicho

sea de paso, a cuáles lanzamientos es apropiado “hacer swing”. Simplemente, cuida las condiciones de justicia del juego. O al menos las condiciones de justicia de una parte medular del juego. Por lo tanto, el *umpire* cultiva las virtudes de la modestia y la humildad. No es un juez imperial.

Todo el que haya presenciado un juego de *baseball* entiende esta imagen. Y sabe también que existe un espacio para el error. Pero no es un espacio inmenso. Es un espacio relativamente marginal. Dudo mucho que existan muchos fanáticos de este deporte que puedan decir que han visto a un *umpire* cantar como malo a un lanzamiento que haya caído exactamente en el centro de la zona de *strike*. Es posible, pero bastante improbable que eso ocurra. Sí existe una probabilidad importante de que el *umpire* se equivoque en los lanzamientos que caen en los bordes de la zona. Esa probabilidad no debe desdeñarse y no pretendo minimizarla. Pero quisiera resaltar la postura general de este tipo de juez. Su tarea nunca será sustituirse en el lanzador sino cuidar los bordes de la zona de *strike*.

Ese es un modelo atractivo para la justicia constitucional pues permite salvaguardar el grueso de las preocupaciones de Waldron preservando un mecanismo que permita inmunizar al sistema de la inestabilidad que le es inherente. El juez constitucional puede, en lugar de indicarle al legislador qué debe hacer, indicarle qué no debe hacer y, sobre todo, cuáles son los límites externos de sus potestades, más que indicarle cómo debe ejercerlas. El juez constitucional **cuida** la zona, una **zona de justicia**, con el objeto de evitar que se pongan en riesgo las cuatro condiciones de Waldron.

Algo de esto ocurre ya en la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, en el marco de los mecanismos de protección regional de derechos humanos, ha surgido la doctrina del **margen de apreciación**, en virtud de la cual las cortes regionales de derechos humanos permiten a los Estados a adoptar políticas o definiciones de derechos humanos dentro de un cierto margen definido por la corte. Esto lo hace con mucha frecuencia la Corte Europea de Derechos Humanos. Este margen de apreciación es en el fondo la idea que expongo aquí, pero en este caso la relación no es ya entre un organismo supranacional y un Estado nacional sino entre dos órganos del mismo Estado.

Al principio de este título indiqué que este modelo de justicia constitucional puede ser llamado dialógico<sup>11</sup>. Lo que esa palabra refiere es que puede es-

<sup>11</sup> Tushnet (2009, p. 31) sostiene que el sistema canadiense es llamado dialógico. En este caso, sugiero un modelo en el que el órgano judicial tenga mayores herramientas.

tablecerse una relación de diálogo entre el judicial y el legislativo en torno a la definición del derecho de que se trate. Esta relación de diálogo permite evitar la dicotomía que se genera al adoptar, o bien el modelo imperial (en donde la voz del judicial es la que prevalece), o bien el modelo parlamentario o incluso de *soft judicial review* (en donde la voz del legislativo es la que prevalece).

Algo de ese modelo de diálogo está presente en varios sistemas de justicia constitucional avanzados. Incluso el sistema de los EE.UU. ha presenciado este tipo de proceder. La jurisprudencia constitucional americana ha desarrollado la idea de la deferencia o la auto restricción (*self restraint*) del poder judicial al poder legislativo. La jurisprudencia sobre libertad de expresión, por ejemplo, es testimonio de ese tipo de control judicial. Hacer un resumen de ese desarrollo quizás exige más de lo que el presente ensayo nos permite. Pero sólo a manera de ejemplo, la Corte Suprema de ese país ha hecho una distinción entre lo que considera expresión valiosa (**high value speech**) en donde se encontrarían las expresiones de tipo político, por ejemplo, y expresión poco valiosa (**low value speech**), en donde se encontraría, por ejemplo, la pornografía y demás actos obscenos. La expresión valiosa, evidentemente, recibe una mayor protección.

Paralelamente, existe una distinción de los tipos de limitaciones: la corte ha distinguido a las limitaciones basadas en contenido (**content-based restrictions**), restricciones basadas en un punto de vista (**viewpoint-based restrictions**) y restricciones neutrales (**content-neutral restrictions**) (Sunstein, 1995, p. 28). Con el desarrollo de estas categorías, la Corte no impone una camisa de fuerza al legislativo (en algunas ocasiones, a los legislativos estatales), sino que establece parámetros que este debe respetar, sin impedirle una definición más precisa del derecho. Con frecuencia las invalidaciones permiten que el legislativo revise el asunto y rediseñe las políticas que pretendía plasmar en la legislación, esta vez bajo los márgenes que la Corte le exige. En otras palabras, no hay una **definición judicial** del derecho en oposición a una **definición legislativa** del derecho. Antes bien, el derecho nace por la interacción entre el judicial y el legislativo. El primero impone unos márgenes, un espacio de acción, una **zona de strike** o **zona de justicia**, en tanto que el legislativo define las políticas sustantivas con más detalle.

Es posible dibujar a muchos modelos de revisión constitucional como modelos dialógicos. En alguna medida siempre existe una suerte de contrapunteo entre el legislativo y el judicial, muy al margen del modelo de justicia constitucional que se haya

adoptado. Tushnet se refiere a las investigaciones de Dahl de los años 50 y a las elaboraciones de Ackerman que analiza el comportamiento de la Corte Suprema a lo largo de la historia de los EEUU (Tushnet, 2009, p. 34). Con esa descripción y esos hallazgos considero que nos otorgan una evidencia importante acerca de las dinámicas del poder judicial y los poderes legislativos que controlan. Entre ellos siempre existe una relación descrita o no por las leyes aplicables, que puede ser vista como una suerte de diálogo para la determinación de la interpretación correcta de la constitución.

Mi inclinación es que ese diálogo debe ser internalizado en la legislación procesal constitucional en un marco de alta deferencia del órgano judicial hacia el legislativo, pero que otorgue herramientas de poder al primero que le permitan resguardar una "zona de justicia". La experiencia británica reciente, a través de su *Human Rights Act*, ofrece un mecanismo interesante en que ese diálogo puede darse, pero no le brinda al órgano judicial suficiente poder para hacer valer su voz en caso de que el parlamento insista en vulnerar la zona de justicia. De modo que se requiere que el modelo, aunque dialógico, otorgue mecanismos eficientes para que el órgano judicial defienda la zona de justicia.

Este modelo dialógico y no imperialista que sugiero permite conservar las virtudes que Waldron elogia y las virtudes de la justicia constitucional, en lo tocante al resguardo de las condiciones exigidas por el mismo autor. En el grueso de los casos, el juez constitucional entenderá que, por tratarse de lanzamientos ubicados en la zona de *strike* (es decir, legislación ubicada perfectamente en la zona de justicia), su papel es inhibirse de intervenir. Si, en cambio, existe una reiteración preocupante en lanzamientos fuera de la zona de *strike* (o legislación fuera de la zona de justicia), cabría pensar que se están poniendo en riesgo las condiciones de Waldron, que su existencia está amenazada, razón por la cual una intervención judicial, en este caso aclarando los límites de la justicia y eventualmente enviando al bateador a la primera base, es una intervención perfectamente justificada en los objetivos del juego mismo.

Ahora bien, el *umpire* no puede defender la zona de *strike* infinitamente sin consecuencias. Cuando un lanzador lanza demasiadas veces bolas que caen fuera de la zona buena, las reglas del juego exigen que el bateador avance hacia la primera base. Esa regla ilustra un punto importante del modelo dialógico al que me refiero que lo separa de los modelos de *soft judicial review*. En estos últimos, el juez que evidencia que la zona de *strike* no está siendo respetada no puede hacer nada al respecto salvo dejar constancia sobre ello, sin consecuencia

jurídica alguna. En el juego real de *baseball*, el exceso de violaciones de la zona de *strike* dispara una consecuencia específica que se asemeja a lo que ocurriría si el bateador conecta la bola.

Algo así creo que debe ocurrir en un modelo razonable de *judicial review* que, a pesar de cultivar la humildad y la auto restricción, permitiendo al legislativo tomar la mayor parte de las decisiones en torno al contenido de los derechos, sin embargo, se reserva una consecuencia importante para cuando ese legislativo decide hacer caso omiso a las advertencias judiciales y vulnera reiteradamente la zona de justicia. En este caso, en lugar de sustituirse en el legislador, el juez adopta una decisión similar a la del juego de *baseball*, se protege al bateador ante las violaciones reiteradas de la zona de *strike*.

Los constitucionalistas serios aconsejan que las constituciones sean redactadas con frialdad, alejados de las pasiones de los momentos recientes. Quizá el futuro cercano no sea el momento más apropiado para redactar una constitución. Pero nadie escoge las circunstancias históricas que le toca vivir y mucho menos aquellas en las que le toca redactar una nueva constitución. Sin duda las fuertes experiencias de los últimos meses nos invitan a repensar la justicia constitucional venezolana y el momento se presentará en que la tarea de diseñar una nueva constitución sea ineludible.

Mi sugerencia en ese escenario sería que no se abandonen del todo los mecanismos de control judicial de los actos del poder legislativo, sobre la base de que la función correcta del control judicial de las leyes es definir una zona de *strike* y que por lo tanto los poderes del órgano que sustituya eventualmente a la Sala Constitucional sean enérgicamente disminuidos. La competencia consultiva, la revisión *ex ante* de la legislación, la competencia para declarar las omisiones legislativas y la "jurisprudencia normativa" no tienen lugar en una democracia.

Parte del problema de los excesos de la Sala Constitucional se halla en un diseño inadecuado de contrapesos. Su poder no tiene balance o contrapoder equivalente en otros poderes. El método de selección de magistrados lo hace proclive a la excesiva contaminación política y una vez en ejercicio, son pocas las herramientas del poder legislativo para contrarrestar ese poder. Esa realidad no tiene por qué estar presente en una constitución futura.

En todo caso, existen riesgos evidentes de que incluso jueces con poderes tasados y reducidos se excedan en su ejercicio de protección de la zona de *strike*. Ese riesgo es parte de la naturaleza de los

jueces. Sin embargo, es un riesgo indudablemente mucho más reducido que el riesgo que actualmente enfrentamos bajo la constitución de 1999. Conclusiones. No existe la bala de plata.

No hay bala de plata que neutralice del todo a la bestia de la política. En el poder, el ser humano se torna hambriento y proclive al despropósito. ¿Qué duda cabe? ¿Cómo domesticar a esa bestia? Las elecciones y el control político son sin duda herramientas poderosísimas, pero no infalibles. Lo mismo el mecanismo judicial. Éste último fue incapaz, por ejemplo, de detener la derogatoria infausta de la Constitución de 1961. Antes bien, contribuyó con esa derogación.

Los constitucionalistas se rompen la espalda en la búsqueda de la bala de plata que neutralice a la bestia. Sin embargo, el mejor sistema constitucional es sólo tan bueno como las personas que ocupan las altas magistraturas. Cuando los intereses entre las cabezas de los poderes públicos se alinean en el mismo sentido, es poco lo que las leyes pueden hacer si esos intereses son oscuros y subterráneos. Un **gobierno de las leyes y no de los hombres** es una noble y alta aspiración que no debe olvidar que las leyes las se aplican los hombres. Las leyes no se aplican a sí mismas.

¿A dónde pretendo ir con esta divagación quejumbrosa?: Ni el sistema de Waldron ni ningún otro nos puede salvar de malos magistrados. Ellos eventualmente son capaces de colarse a las más altas magistraturas. Cuando eso ocurre, las leyes y las constituciones no son enteramente inútiles, pero corren el riesgo de perder la batalla contra la política mundana. Y con alguna frecuencia la pierden.

Pero me parece que lo más aconsejable en una futura redefinición de nuestra justicia constitucional es adoptar un mecanismo de justicia dialógica modificada, que albergue espacio para las preocupaciones de Waldron pero que al mismo tiempo sea un contrapeso real para el legislativo. Esperemos que más pronto que tarde la mesa esté servida para sentarse a repensar la justicia constitucional venezolana. 🗳️

## REFERENCIAS

- Aristóteles. (1997). *Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Segunda edición. New Haven: Yale University Press.
- Brewer Carías, A. R. (2007). *CRÓNICA SOBRE LA "IN" JUSTICIA CONSTITUCIONAL - La Sala*

- Constitucional y el Autoritarismo en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Recuperado de: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/113.-CRONICA-SOBRE-LA-IN-JUSTICIA-07-07-2017-2.pdf>
- Cánova González, A. (2000). La "Supersala" (Constitucional) Del Tribunal Supremo de Justicia. En: *Revista de Derecho Constitucional* 3.
- Christiano, T. (2000). Waldron on Law and Disagreement. En: *Law and Philosophy* 19, pp. 513-543.
- Dahl, R. (2006). *A preface to Democratic Theory*. Chicago: University of Chicago Press.
- (1991). *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y Desconfianza: Una Teoría del Control Constitucional*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Haro, J. V. (1999). La justicia constitucional en Venezuela y la Constitución de 1999. En: *Revista de Derecho Constitucional* 1.
- Hernández, J.I. (s/f). Balance (in) Constitucional del 2016. Recuperado de: <http://historico.prodavinci.com/blogs/balance-in-constitucional-del-2016-y-lo-que-viene-en-el-2017-por-jose-ignacio-hernandez-g/>
- Marmor, A. (2004) Exclusive Legal Positivism. En: *Oxford Handbook of Jurisprudence and the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, J. (2011). *Political Liberalism: Expanded Edition*. Nueva York: Columbia University Press.
- Sunstein, C. (1995) *Democracy and the Problem of Free Speech*. Nueva York: Free Press.
- Tushnet, M. (2009) *Weak Courts, Strong Rights*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Waldron, J. (1999a). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- (1999b). *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2006). The Core Case Against Judicial Review. En: *The Yale Law Journal* 115.
- (2008). Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response. En: *New York University Law Review* 83.
- (2016) *Political Theory*. Cambridge: Harvard University Press.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.
- Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- Sentencia 1077 del 22 setiembre 2000, recaída en el caso Servio Tulio León Briceño, emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.