

VIEJAS RENCILLAS

Josefa Dolores RUIZ RESA
Universidad de Granada (España)

LINARES, SEBASTIÁN, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Presentación de Pilar Domingo, Marcial Pons, Madrid, Buenos Aires, Barcelona, 2008.

Nadie puede negar el revuelo que han producido algunas de las reformas legislativas, llevadas a cabo en nuestro país, durante estos últimos años. Me refiero, por ejemplo, a la reforma que permite a los homosexuales contraer matrimonio (Ley 13/2005, de 1 de julio por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio), la que introduce en nuestro sistema jurídico la noción de violencia de género y le otorga efectos jurídicos (Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), la que pretende garantizar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), o la que reforma el Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio). Necesarias y acertadas para muchos, descabelladas e inoportunas para otros muchos también, de todas estas leyes se ha cuestionado, y se continúa cuestionando, su constitucionalidad.

Así, y de manera reiterada (en 2008, por ejemplo, ya se contabilizaban más 160 cuestiones de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), se ha solicitado la intervención del Tribunal Constitucional. Este es un órgano al que la Constitución ha encomendado la vigilancia de la producción normativa del legislativo, para garantizar que esta no afecte a elementos intocables de nuestro ordenamiento jurídico, recogidos en la propia Constitución, como por ejemplo, un conjunto de derechos y determinados principios. Porque el legislador, considerado como un ente continuo en el tiempo —a pesar de que lo integren individuos de ideología diversa que se van sucediendo y que reflejan los variables intereses de la sociedad—, no está sometido a la legalidad que él mismo crea, para que no se impida la evolución de las leyes, pero no puede ir más allá de lo establecido en la Constitución que el pueblo soberano se ha dado a sí mismo. Sin embargo, ¿basta con que la Constitución les haya asignado esa tarea para que estos Tribunales que controlan las leyes tengan legitimidad para hacerlo? O, dicho de otra manera, ¿es esta legitimidad lo suficientemente democrática como para cuestionar al representante de la soberanía popular, es decir, al legislativo, que sí cuenta con una legitimidad democrática, renovada periódicamente, en el desempeño de su tarea de crear leyes?

Para responder a estas preguntas resulta muy oportuno el libro de Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, a pesar de que su tesis principal es un auténtico ataque a dicho control. Con este ataque,

el libro invita a reconsiderar, bajo nuevos presupuestos, las viejas rencillas que han venido presidiendo las relaciones entre los tres poderes políticos del Estado moderno democrático (ejecutivo, legislativo y judicial), circunstancia que en algunas latitudes se pretendía evitar con la creación de un órgano aparentemente neutral, no perteneciente a ninguno de estos poderes, es decir, los Tribunales Constitucionales; aunque, por lo general, muestran tanta dependencia respecto de los partidos políticos, que su neutralidad queda en entredicho, y, por lo tanto, también su legitimidad para controlar al legislativo.

Pero, además, este libro permite volver a considerar otro enfrentamiento en el que también está en juego la exigencia de neutralidad: el que, desde tiempo inmemorial, se viene produciendo entre quienes de manera más o menos consciente defienden la creación del Derecho como un trabajo de sabios o técnicos, y quienes, también de manera más o menos consciente, consideran que el Derecho es un producto de la voluntad general, representada por el poder legislativo. No es que en este último caso se renuncie a la idea de que la creación de las leyes corra a cargo de los mejores individuos de la sociedad, pero se exige que tales individuos hayan sido directamente seleccionados por los propios ciudadanos.

Sabido es que hay dos modelos básicos de control judicial de las leyes, el anglosajón y el de la Europa continental, y aunque existen diferencias claras entre ellos (algunas tan importantes como que en la Europa continental se ha preferido otorgar este control a un órgano que no pertenece al poder judicial, por lo que, propiamente hablando, no es un control judicial), así como una amplia tipología (que responde a que el control sea más o menos robusto o a que la constitución sea más o menos rígida), ambos modelos parten de la idea básica de que el legislador no actúa ni como un experto ni de manera imparcial o neutral en materia jurídica. Por el contrario, se deja influir por la situación que pretende regular, o se deja llevar por los intereses de aquellos en cuyas manos está su reelección. Con estos presupuestos, no extraña la preferencia generalizada por el control que pueden dispensar quienes tradicionalmente han tenido la consideración de expertos imparciales en materia jurídica: los jueces y los científicos del Derecho.

En su libro, Sebastián Linares retoma uno de los problemas más graves que subyace a esas viejas rencillas: con qué legitimidad cuentan quienes deciden eliminar del ordenamiento jurídico las leyes que crean los órganos representativos de la soberanía popular. Y su respuesta es que el control de los expertos carece de la suficiente legitimidad democrática, es decir, que pesa sobre él una “objeción democrática”, sobre todo cuando se cuestionan leyes contemporáneas. Su conclusión se aplica, fundamentalmente, al control judicial de las leyes que se produce en el marco de las constituciones rígidas, en las que existe un “coto vedado de derechos”. Al ser la protección del mismo una de las razones que más acuerdo ha concitado para justificar el control judicial de las leyes, la crítica a dicho control constituye, sin duda, toda una provocación.

Sin embargo, Linares no apuesta por el control exclusivamente político de las leyes, sino por un híbrido, donde las leyes seguirían teniendo un control judicial (en el sentido de que se llevaría a cabo por expertos, que bajo el nombre

de “jueces”, están reunidos en un órgano que, pertenezca o no al poder judicial, adopta la forma de un “Tribunal”). Pero el alcance de este control será inferior al que tiene hasta ahora en la mayoría de las constituciones que lo prevén. De manera concreta, el autor sostiene que la capacidad para declarar la invalidez de las leyes no debería corresponder de ninguna manera a la justicia ordinaria, sino a un Tribunal de alto rango que, por lo demás, tampoco tendría la última palabra, ya que los parlamentos podrían invocar una cláusula “override” que hiciera prevalecer la voluntad del legislativo (esta cláusula tendría la siguiente fórmula, que el autor toma de Tushnet: “La ley se aplica no obstante la interpretación judicial de los derechos en juego” –capítulo V, nota 70, p. 235). En todo este proceso, que Linares concibe como un diálogo interinstitucional en el que, a su vez, cada institución debe garantizar el desarrollo de una deliberación racional en su seno en condiciones de igualdad, todas las decisiones adoptadas deben estar también racionalmente justificadas.

De alguna manera, este libro refleja, aunque no se diga de manera expresa, la dialéctica entre democracia y elites intelectuales que viene caracterizando a los sistemas democráticos modernos, y que parte de la idea según la cual, los excesos supuestos a la participación política del pueblo, sustanciada fundamentalmente a través de representantes y con el mecanismo básico del principio de las mayorías, deben ser limitados por la aristocracia intelectual que componen una minoría de expertos. Esta dualidad entre mayoría parlamentaria que crea leyes, y minoría judicial que las revisa, es lo que cuestiona el autor cuando presenta el control judicial de las leyes bajo la rúbrica de la “dificultad contramayoritaria”, cuya intensidad se propone medir en el último capítulo de su libro, a través de una serie de variables y a la vista de los modelos de control adoptados en las Constituciones de un amplio elenco de países.

Esta es una de las aportaciones más interesantes del libro, con la que su autor dota de amplia base empírica a su crítica. En este sentido, Linares se vale de una metodología multidisciplinar que él mismo explica al inicio del libro, en la que, junto a las herramientas más descriptivas de la ciencia política, visibles a partir del capítulo IV, se aprecia la cobertura de la filosofía jurídico-política, especialmente en los tres primeros capítulos. A ella recurre para dotar de presupuestos normativos al control de las leyes —en este caso, los de la deliberación racional que provee el llamado “procedimentalismo débil”—, a fin de que ese control sea ejercido de manera legítima.

También es de filosofía jurídico-política el enfoque que le permite analizar las posturas favorables o contrarias a la revisión judicial de las leyes. En concreto, alude a las teorías que con carácter general la defienden, como la de Dworkin, o la critican, como la de Waldron. Esta última es bastante influyente en el propio punto de vista crítico que Linares adopta respecto de la revisión judicial de las leyes, punto de vista que tampoco es ajeno a algunas de las tesis de quienes, como Duncan Kennedy (incluido entre los representantes de los Critical Legal Studies), recelan del carácter racional de las decisiones judiciales y más bien ven en ellas el ejercicio de un poder para fines ideológicos distintos a los que el legislador

persigue, para lo que no dudan en imponerse a la mayoría que se expresa en las leyes. También analiza las teorías en donde se podrían encontrar elementos para garantizar la legitimidad democrática de una revisión judicial de las leyes, como es el caso del originalismo, defendido ya por Madison y Hamilton; el textualismo, defendido por el juez Scalia o, con todas sus matizaciones, por el propio Waldron, que oficia aquí además de positivista; el minimalismo judicial de Sustain; la propuestas de John Hart Ely; o la versión de la teoría deliberativa de la democracia de Carlos Nino y Roberto Gargarella, por la que el autor se inclina, a la hora de proponer el marco normativo donde debería desarrollarse el control de las leyes.

Afortunadamente, Linares no se olvida de apuntar cómo las sociedades reales, desiguales y con injustas concentraciones de poder, dificultan la aplicación del modelo ideal de democracia deliberativa, y qué se puede hacer para resolver estas deficiencias. Y también apunta la ineficacia a la que, por las mismas razones, se ven abocados los sistemas de revisión de las leyes, previstos en muchas constituciones (especial, pero no únicamente, en América Latina). Este realismo, palpable en diversas partes del libro, le hace ser incluso escéptico con su propia crítica a la revisión judicial de las leyes, al mismo tiempo que le salva de una dependencia excesiva de los planteamientos de Waldron, Nino y Garagarella, a los que somete a diversas críticas. Y esta honestidad incrementa el valor teórico de sus conclusiones.

Más afectan al rigor de este libro otras cuestiones. La principal de ellas es que ha obviado la perspectiva diacrónica, o si se prefiere, histórica, la cual le hubiera permitido rastrear precedentes teóricos y de práctica político-jurídica que explican, mejor que los presupuestos a los que el autor se ciñe, determinados aspectos del control judicial de las leyes, especialmente los referidos al modelo europeo. Así, ha quedado soslayado un elemento clave para evidenciar el déficit democrático de dicho control, como es el que aporta el estudio de la formación de los Estados democráticos de Derecho, edificados sobre la base de principios tales como el de separación de poderes o el de legalidad, lo que arroja luz sobre qué supuso en Europa –sobre todo en el continente— el paso del legalismo al constitucionalismo.

De manera concreta, el distinto peso otorgado durante el siglo XIX a los poderes legislativo y judicial en Estados de Derecho ya incipientes como el francés, el británico o el alemán, y el también distinto valor atribuido en cada uno de ellos a las leyes creadas por el legislativo, han determinado actitudes diferentes ante control judicial de las leyes, pues obedecieron a ideologías jurídico-políticas tan específicas como la situación histórica de estos Estados (así, por ejemplo, el peso del legislativo fue superior en Francia, mientras que en Alemania o Gran Bretaña el peso del poder judicial fue más elevado, lo que determinó, a su vez, que la soberanía no siempre recayera en “el pueblo”). Sin embargo, Linares está demasiado centrado en el modelo estadounidense de revisión judicial de las leyes cuando analiza las teorías que justifican el control judicial de las leyes, (no olvidemos que se trata, además, de un modelo enmarcado en una concepción normativa de la Constitución que, sin embargo, no se generaliza en Europa hasta después de la

II Guerra Mundial); también está atento, sobre todo, a la justificación teórica que este modelo ha tenido en el siglo pasado (una justificación que descansa, básicamente, en teorías que se apoyan en la deliberación racional). Y esta circunstancia dificulta que se extraigan conclusiones más rigurosas en torno a las deficiencias de los sistemas de revisión judicial con rasgos europeos, lo que afecta al estudio comparativo que desarrolla en torno a la extensión de ese modelo en América Latina. En este punto, también hubiera sido deseable un mayor detenimiento, en el proceso socio-político que explica la opción por los diversos modelos de revisión judicial en las constituciones que describe.

Por lo demás, las vicisitudes del control judicial de las leyes también están ligadas a la dialéctica entre las concepciones iusnaturalistas y positivistas del Derecho, las segundas defendidas por los partidarios del legalismo estatal, mientras que las primeras encuentran importantes defensores entre muchos de los integrantes del poder judicial, ya que los jueces han sido tradicionalmente considerados –y esto es especialmente evidente en Gran Bretaña– como guardianes de los principios eternos y de la integridad del Derecho. En Europa, sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX se sumará a esta diatriba la teoría constitucional del Derecho, que debuta con una concepción del Derecho que: a) va más allá de las normas creadas por el legislativo; b) incluye elementos del Derecho natural, como una serie de derechos, recogidos en la Constitución; y c) exige un diseño institucional y un nuevo reparto de poderes para salvaguardar la primacía de la Constitución. No obstante, la concepción constitucionalista ha terminado desplazando a las otras dos concepciones del Derecho, a las que, tras los acontecimientos que desembocaron en la II Guerra Mundial, gana en aceptación e influencia; pero este desplazamiento, todavía muy reciente, no les hace perder su fuerza explicativa en torno al comportamiento que tienen en Europa el legislativo y el judicial, ni en torno a la forma en que se relacionan entre ellos.

Si bien estas carencias dificultan una comprensión más completa del déficit democrático de la revisión judicial de las leyes, hay que aceptar que el libro de Linares es el producto de las premisas y de la metodología a la que se ciñe, como repite numerosas veces. Es posible, por lo tanto, que con otros presupuestos teóricos y metodológicos hubiera surgido un libro distinto, pero no necesariamente tendría por qué ser mejor que este. Por lo demás, también es un libro escrito con suma cortesía hacia el lector. En la faceta de escritor, Sebastián Linares nos conduce por su texto actuando como un excelente guía, lo que revela a un gran conocedor del tema que nos ocupa, e incita a seguirle a lo largo de los capítulos en los que, de manera audaz, cuestiona una de las instituciones más importantes de los Estados constitucionales.

