

DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, Cuadernos “Bartolomé de Las Casas”, núm. 3, 1997, 148 pp.

Estamos muy tranquilos allí (en la Corte Suprema) pero es la calma del centro de una tormenta, como todos sabemos.

Oliver WENDELL HOLMES

I. RAZONES DE UN DEBATE

ES PROBABLE QUE A ESTAS ALTURAS constituya una verdad de Perogrullo afirmar que el control judicial de constitucionalidad representa el aporte más importante de la cultura jurídica de los Estados Unidos al constitucionalismo de nuestro tiempo.

Tras una costosa evolución, este fenómeno se ha extendido a la mayoría de los actuales Estados constitucionales, en los que el debate en torno a la jurisdicción constitucional, difusa o concentrada, ha pasado a ocupar un lugar central.

Este trasfondo justifica el interés que pueda suscitar el reciente libro de Javier Dorado Porras, titulado *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*.¹

Según Dorado, el debate sobre la *judicial review* en los Estados Unidos se ha realizado desde de dos puntos de vista distintos. Cada uno de ellos, a su vez, involucraría dos posturas.²

¹ En realidad, la síntesis es bastante lograda. Al final del libro, incluso, consta una profusa bibliografía, en parte aquí citada, a través de la cual pueden seguirse las claves principales del debate.

² Véase, Dorado Porras, J., *El debate sobre...*, cit., p. 7. La distinción está tomada del esclarecedor artículo de Bayón, Juan Carlos, “El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 4, 1984.

a) Por un lado, existe una aproximación *ideológico-política* a la función judicial, que plantea una disputa entre los partidos del activismo judicial y los de la autorrestricción (*activism vs. self-restraint*).

b) Por otra parte, existe un enfoque *técnico-jurídico*, que se ocupa de los métodos de interpretación de la Constitución y recoge dos posiciones encontradas: el *interpretativismo* y el *no-interpretativismo*.

Para los *interpretativistas*, la Constitución, y en concreto, los derechos fundamentales, tendrían un significado unívoco que los jueces pueden desentrañar “sin salirse de las cuatro esquinas del texto constitucional”, sin recurrir a fuentes extranormativas. Los *no-interpretativistas*, en cambio, mantienen que junto a determinado preceptos constitucionales precisos o claros, existen otros —que comprenden a los derechos fundamentales— frente a los cuales los jueces tienen más de una posibilidad de interpretación.

También los puntos de vista ideológico y técnico pueden combinarse entre sí, dando lugar, como se verá, a distintas posiciones. En todo caso, el propio autor lo señala sobre el final del libro;³ de estas combinaciones resulta una incontestable subordinación de los métodos técnico-jurídicos de interpretación a la actitud ideológico-política acerca del papel de los jueces en general. Esto no quiere decir que los métodos técnicos sean irrelevantes. Simplemente, sirve para señalar cómo la adopción de éstos depende de la postura de fondo que previamente se tenga sobre el activismo judicial y no a la inversa.

Siguiendo la exposición de Dorado, pero adoptando como eje la dimensión ideológica y, subordinada a ella, la técnica, sería posible distinguir los puntos que a continuación se analizan.

II. LOS ADVERSARIOS DEL ACTIVISMO JUDICIAL

Una primera aproximación permite señalar detractores del activismo judicial tanto en el bando de los interpretativistas como en el de los no-interpretativistas.

³ "No obstante —concluye Dorado Porras— estas posiciones nos sirven para tomar conciencia de que el verdadero problema de la *judicial review* es el del criterio ideológico político: la aceptación o no del activismo judicial", *El debate sobre...*, cit, p. 133.

a) En primer lugar, se encontrarían los *intepretativistas estrictos u originalistas*.⁴ En términos generales, sostienen que la Constitución tiene un sentido unívoco que coincide con la voluntad de los padres constituyentes. En consecuencia, allí donde el *original intent* no ofrezca una respuesta clara, el juez debería practicar la autorrestricción y dejar que decida el legislador. Si el originalismo no es adecuado, ha dicho uno de sus más conspicuos representantes, la única solución es abandonar la *judicial review* y “dejar que gobiernen las mayorías democráticas, pues no hay un derecho superior al suyo”.

A pesar de su apariencia democrática, esta posición corresponde a un *anti-activismo conservador* y se remonta a la crítica del activismo progresista del denominado Tribunal Warren (1953-1969), principalmente, y del Tribunal Burger (1969-1986). Sus defensores conforman lo que Bernard Shwartz⁵ denomina la *nueva derecha constitucional* y forman parte de una corriente que cobró fuerza con el nombramiento, durante el gobierno de Ronald Reagan, de 368 jueces —más de la mitad de los que integran la justicia federal— extraídos de las filas republicanas. Entre ellos figuran el actual presidente del Tribunal Supremo, William Rehnquist, los jueces Antonin Scalia y Robert Bork,⁶ o Raoul Berger, en cuyo libro, *Government by Judiciary* (1977), se exponen los postulados principales del originalismo.⁷

b) Una segunda actitud anti-activista, o que al menos pretende serlo, sería la del *no-interpretativismo moderado*.⁸ Sus exponentes, en general, son partidarios de la llamada *diferencia judicial*. Creen que la Constitución no tiene un sentido único, sino que conforma una combinación de normas claras y normas abiertas. Frente a estas últimas, afirman, los

4 Dorado Porras, J., *El debate sobre...*, cit., pp. 40 y ss.

5 Véase, Shwartz, Bernard, *The New Right and the Constitution, turning back the legal clock*, Boston, Northeastern University Press, 1990.

6 Sobre Bork y su polémica con Ronald Dworkin, puede verse el libro de Beltrán, M., *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, con prólogo de Enrique Alonso García, Madrid, Civitas, 1989.

7 Además de Scalia, designado en 1986, bajo el gobierno de Ronald Reagan, fueron nominados Sandra Day O'Connor (1981), y Anthony McLeod Kennedy (1988). También durante la presidencia de Reagan se retiró el Chief Justice Warren E. Burger (1969-1986), siendo remplazado por William Rehnquist (designado en 1971). Por su parte, el siguiente presidente conservador, George Bush, designó en 1990 al juez Souter y en 1991 a Clarence Thomas, acentuando aún más la línea ideológica del tribunal. Véase, Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 497.

8 Dorado Porras, J., *op. cit.*, pp. 11 y ss.

jueces deberían diferir la respuesta final al legislador. Esta actitud se exige sobre la base de una *objeción contramayoritaria* a los jueces constitucionales, según la cual éstos carecen de legitimidad para dar la última palabra en materias relevantes de política constitucional, ya que ni son elegidos popularmente ni tienen responsabilidad ante el electorado.⁹

Desde un punto de vista hitórico-político, nos encontraríamos en principio ante un *progresismo anti-activista*, si bien esta última nota, como se verá, admite matizaciones. En cualquier caso, Dorado reconoce dos versiones:

1. La primera está dada por la corriente no-interpretativista que reacciona contra el llamado tribunal del *laissez faire*,¹⁰ que se extiende desde los inicios del control judicial de constitucionalidad hasta 1937. Esta etapa se conoció también como *Era Lochner*¹¹ y, durante la misma, la Corte Suprema utilizó la cláusula del debido proceso en las enmiendas quinta y decimocuarta para proteger la propiedad privada y obstaculizar cualquier tipo de legislación social que pretendiera modificar el régimen de libre mercado.

Frente a este *activismo conservador*, quien pretendía atribuir a la Constitución un sentido económico único, liberal, reaccionó el *no interpretativismo moderado*. Una de sus figuras más rutilantes fue el juez Oliver Wendell Holmes, quien como miembro del Tribunal Supremo mantuvo posturas afines a la deferencia y ya en su disidencia del ya referido caso *Lochner vs. Nueva York*, en 1905, emitió el célebre *dictum* según el cual “la Enmienda Decimocuarta no recoge las teorías sociales de Mr. Spencer¹² [...] una Constitución no pretende recoger

9 Uno de los responsables del renacimiento de este argumento en los últimos tiempos es Alexander Bickel, para quien la revisión judicial representa “el poder de aplicar y dar forma a la Constitución, en cuestiones de mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión judicial”. Véase, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978, p. 17.

10 Se ha llamado tribunal del *Laissez Faire* a la etapa de la Corte Suprema comprendida entre 1890 y 1937 en la que ésta, dominada por una ideología liberal-conservadora, utilizó las cláusulas de “debido proceso” de las enmiendas quinta y decimocuarta para proteger, con carácter absoluto, la propiedad privada y la libertad contractual.

11 Esta denominación hace referencia al *leading-case*, *Lochner vs. New York*, de 1905, en el cual se declaró inconstitucional una ley de ese estado que limitaba la jornada de trabajo en las panaderías, por entender que se constituía una inadmisibles violación a la libertad contractual.

12 Herbert Spencer escribió *Estática social* en 1851, inspirada en una suerte de “darwinismo social”. Allí condenaba cualquier intervención del Estado en favor de los más desheredados como una degradación de la especie humana. Era, por el contrario, la propia ley de la naturaleza la que debía determinar la supervivencia de los más aptos y la piadosa desaparición de los débiles.

una teoría particular económica, ya sea el paternalismo y la relación del ciudadano con el Estado o la del *laissez faire*”.¹³

2. Una segunda línea de pensamiento, más cercana en el tiempo, que replantea el *no-interpretativismo moderado*, es la de John Hart Ely.¹⁴ En nombre, una vez más, de la objeción contramayoritaria, Ely dirige sus críticas al activismo y a la utilización por parte de los jueces de sus propios valores sustantivos a la hora de dictar sentencias. En términos generales, Ely intenta ofrecer una versión restringida del control judicial, que expulse los excesos de activismo pero mantenga criterios progresistas en materia de interpretación. Frente a las corrientes hermenéuticas sustantivistas, Ely propone una teoría adjetiva, consistente en presentar al juez como árbitro, como un *outsider* encargado de controlar la permanente apertura de los canales procedimentales democráticos y proteger a las minorías. En el modelo de Ely, los jueces no tendrían por función pronunciarse sobre el *contenido* que deberían tener las políticas constitucionales fundamentales, sino garantizar la maximización de mecanismos democráticos que permitan la participación de todos en su definición.¹⁵

De este modo, el *no-interpretativismo moderado* se presentaría como una postura progresista partidaria de la autorrestricción. Sin embargo, una mirada más detenida permite notar paradójicamente, según creo, que tanto las posturas de Holmes, en la práctica, como las de Ely, en la teoría, derivan a su vez en nuevos planteamientos activistas.

Holmes, por un lado, fue anti-activista frente a la tendencia mayoritaria del conservador Tribunal Lochner, pero impulsó una jurisprudencia activista-progresista en lo que se refiere a libertades individuales a través de la llamada teoría de las libertades preferentes (*preferred freedoms*), sobre todo en materia de libertad de expresión.

¹³ Una posición similar a la de Holmes adoptaría el juez Black en el caso *Ferguson vs. Skurpa*, de 1963, cuando sostuvo: “nos negamos a convertirnos en superlegislatura para determinar la sabiduría de la legislación... Si la legislatura tomó como su libro de texto uno de Adam Smith, de Herbert Spencer o de Lord Keynes o de algún otro, a nosotros no nos concierne”. Citado por Nino, C. S., *Fundamentos del derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 383.

¹⁴ Véase, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980. Sobre Ely, Dorado Porras, J., *El debate sobre...*, cit., pp. 191 y ss.

¹⁵ También puede consultarse una buena síntesis de las posiciones de Ely y de sus implicaciones para el constitucionalismo actual en Estévez Araujo, J. Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 7 y ss.

La teoría adjetiva de Ely, por su parte, ha levantado también algunos interrogantes. Lawrence Tribe, por ejemplo, le objeta que sea absurdo sostener que la Constitución se ocupa (o debería hacerlo) de lo adjetivo, del proceso, y no de la sustancia. Además, en caso de ser así, el solo discernimiento de cuándo se está ante la necesidad de abrir el proceso democrático exigiría consideraciones sustantivas. Así, al definir cuestiones como quiénes votan, si el legislativo ha cerrado o no los canales de participación, se ha marginado a las minorías o qué debería entenderse por tales.¹⁶ Como puede colegirse, encargado de llevar adelante este tipo de controles, el modesto juez de Ely se nos aparece como un robusto activista, aunque con un sentido progresista.

III. LOS PARTIDARIOS DEL ACTIVISMO JUDICIAL

Ahora bien, entre los partidarios del activismo judicial, Dorado identifica dos actitudes:

1. La primera de ellas corresponde al *interpretativismo moderado*,¹⁷ que estaría representado por Ronald Dworkin.¹⁸ Su posición podría describirse como la de un sustantivista, interpretacionista y activista. Como punto de partida, Dworkin propone distinguir jurídicamente los *conceptos* de las *concepciones*. Estas últimas comprenderían elecciones claras del constituyente y, por lo tanto, deben aplicarse a través de una interpretación literal del texto de la norma. Los conceptos, en cambio, serían abiertos y vagos, y plantearían un problema de interpretación ya que pueden contener concepciones concurrentes de moralidad política.

De aquí podría derivarse una tesis partidaria de la deferencia judicial. El juez aplicaría las concepciones, reservando al legislador la concretización de los conceptos. Sin embargo, la idea de que la Constitución tiene un sentido unívoco, lleva a Dworkin a sostener que la concepción

16 Sobre la posición de Tribe, véase, por ejemplo, la obra de Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 317 y ss.

17 Véase, Dorado Porras, J., *El debate...*, cit., pp. 75 y ss.

18 Sobre Dworkin, pueden verse las obras recogidas y citadas por el propio Dorado. A modo de muestra, pueden mencionarse aquí dos de sus escritos clásicos: *Los derechos en serio*, trad. de Martha Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989, y *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1988.

de un juez puede ser preferible a la de un legislador y que, en consecuencia, habría una concepción moralmente mejor que otras.¹⁹ Para descubrir esa mejor y única respuesta, Dworkin reviste a su modelo de juez de cualidades hercúleas que le mandan a indagar no sólo en el texto positivo sino además en la filosofía moral y política. En principio, también en este caso estaríamos ante un activismo progresista. Dworkin avanza hacia una teoría de los valores para justificar las jurisprudencias de los tribunales Warren y Burger. Por otra parte, se trataría de una postura que resiste la objeción contramayoritaria ya que, precisamente, intentaría demostrar, contra el enfoque utilitarista, que los derechos constitucionales son verdaderos triunfos frente a la mayoría.

Sin embargo, su interpretativismo ha merecido críticas serias y fundadas sobre las que no vamos a extendernos aquí.²⁰ Su teoría, se ha dicho, no elimina la discrecionalidad del juez, sino que sólo la retrasa. ¿Qué ocurriría si existieran dos o más jueces Hércules, convencidos de tener la única respuesta correcta? ¿Sería esto deseable? Por otra parte, el interpretativismo de Dworkin sería muy *sui generis*, ya que sostiene que la Constitución tiene un sentido unívoco pero admite que éste pueda buscarse fuera de “las cuatro esquinas” de su texto. Más aún, en caso de que el juez de Dworkin se encontrara frente a una

19 Resumidamente, frente a teorías positivistas como las de Kelsen o Hart, que sostienen la relativa indeterminación semántica de las normas y el margen de discrecionalidad que ello supone para el juez, Dworkin mantiene que la adopción de esas posiciones supone desconocer que el derecho no sólo está integrado por normas, sino también por principios. Frente a un supuesto de hecho, las normas serían aplicables a la manera de disyuntivas. Por ejemplo, ante un conflicto entre dos normas, una de ellas no podría ser válida, es decir, la aplicación de una excluiría a la otra. Los principios, en cambio, demandarían una tarea de ponderación en cada caso. Así, ante un conflicto entre principios, la dimensión de un peso haría que ambos siguieran siendo válidos, aunque en el caso concreto uno primara sobre el otro. Ahora bien, lo que Dworkin viene a sostener, y he aquí parte de la polémica, es que “un principio es un principio de derecho sólo si figura en la teoría jurídica más lógica y mejor fundada (la cursiva es mía) que se puede presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas de la jurisdicción en cuestión”. El tribunal, por su parte, debe “tratar de justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad que fundamentan realmente esas normas”. Esa fusión entre orden jurídico expreso y teoría política y moral sólo puede llevarla adelante, según el profesor de Oxford, una suerte de juez Hércules capaz de dar con la única respuesta correcta a un caso difícil. Véase, *Los derechos en serio*, cit., pp. 74-78 y 128-129. También sobre esta cuestión, cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 66 y ss.

20 Sólo expondré, brevemente, algunas de las referidas por Dorado Porras, véase, *El debate...*, cit., pp. 83 y 22.

norma positiva que le resultara injusta, estaría autorizado a mentir, o a decir que no es válida, o que simplemente no es derecho.

2. Sobre la base de estas críticas podría identificarse una segunda posición activista y sustancialista: la del *no-interpretativismo estricto*.²¹

Un ejemplo de esta postura podría hallarse en M. J. Perry. En su opinión, los que intentan defender el activismo con argumentos textualistas o históricos, le hacen un flaco favor a la *judicial review* no-interpretativa. Para él, no existe un sentido único en la Constitución, y de lo que se trata, en definitiva, es de que cada generación enjuicie la Constitución viva (*the living Constitution*). Por eso, apunta, es preciso reconocer abiertamente que la tarea del Tribunal Supremo no es la interpretación constitucional sino la verdadera creación política (*policymaking*). Los jueces no deben ocultar sus motivos a la ciudadanía y pretender que hablan por la Constitución cuando en realidad hablan por sus valores.

Ahora bien, ¿de dónde debería el juez extraer esos valores? En un primer momento, Perry sostiene que del consenso social, pero frente a una acertada crítica de Ely, cambia la fuente y admite que el juez los adquiere de la experiencia, del estudio y la reflexión, es decir, de su propia vida. ¿Y con qué dirección? En un sentido, responde Perry: tutelar para los derechos humanos.

También aquí podríamos encontrar una actitud que propicia una hermenéutica progresista pero que mantiene una actitud de radical escepticismo en cuanto a la posibilidad de determinación de áreas claras de aplicación de las normas. El juez, como vimos, actuaría conforme a sus valores, pero con la finalidad de proteger a los derechos humanos. Para que su decisión sea legítima, Perry exige dos requisitos:

- que sea principiada, argumentada,
- que las decisiones sean, si se quiere, *extraconstitucionales*, pero en ningún caso *contraconstitucionales*, ya que en este caso no estaríamos ante tribunales de derecho.²²

21 Véase, Dorado Porras, J., *El debate...*, cit., pp. 86 y ss.

22 Dorado Porras critica acertadamente algunos flancos débiles que ofrece la distinción que Perry realiza entre decisiones “extraconstitucionales” y “contraconstitucionales”. Véase, *El debate...*, cit., pp. 97 y 98. Me parece que puede agregarse otra contradicción de fondo. Según Dorado, Perry se demuestra radicalmente escéptico a la hora de reconocer alguna claridad en las normas que vinculan al juez. Siendo así, ¿cómo es posible que abandone luego su escepticismo y sostenga

Esta sería, en definitiva, una versión sintetizada de la descripción que presenta en su libro *Dorado Porras*. En los párrafos siguientes intentaré resumir en unos pocos puntos la posición del autor y luego expondré unas pocas intuiciones personales sobre el debate, tomando en cuenta algunas de las cuestiones analizadas en el artículo.

IV. LA POSICIÓN DE DORADO PORRAS

1. En primer lugar,²³ el autor sostiene que el punto clave que subyace al debate norteamericano sobre la *judicial review* reside en una toma de posición frente al activismo y, sobre todo, al activismo progresista de los tribunales Warren y Burger.
2. En segundo término, critica la obsolescencia de la posición originalista y la equipara a la envejecida idea de Montesquieu del juez como *bouche de la loi*. Además, señala cómo la preocupación del conservadurismo originalista está relacionada con que los jueces puedan interpretar la Constitución con un sentido progresista. Ellos preferirían hacerlo respetando la intención de los padres constituyentes, es decir, con criterios desfasados que en la mayoría de los casos contradirían una interpretación extensiva de los derechos fundamentales.
3. Sin embargo, reconoce también que la importancia del originalismo, al igual que en la teoría de Ely, es haber advertido contra los riesgos contramayoritarios del activismo. Que los valores los determinen los jueces en lugar de los representantes del pueblo, traería más problemas que ventajas.
4. Por su parte, el valor de las teorías sustantivas sería el de destacar la necesidad de adaptación del derecho a través de la interpretación constitucional.
5. El juez constitucional, sostiene (acorde con las premisas del modelo europeo-kelseniano de control de constitucionalidad) debe ser a lo sumo un legislador negativo, que dibuje el marco dentro del cual el

que existen decisiones contraconstitucionales? Admitir esta posibilidad implicaría reconocer a las normas constitucionales un contenido semántico susceptible de ser contradicho y, por lo tanto, con carácter vinculante.

²³ Sobre las posiciones del autor, claramente influidas por una perspectiva más europea de la temática del control, Véase, *El debate...*, cit., pp. 127 y ss.

Parlamento pueda realizar las diferentes alternativas político-jurídicas, pero sin imponer una determinada dirección.

6. Esta última afirmación supone el rechazo a la idea de un sentido unívoco en la Constitución. En cualquier caso, Dorado admite que el juez tiene un margen para adaptar el derecho a la realidad social y determinar si el legislador está dentro o no del marco constitucional. Pero aún en ese espacio, sostiene, está sujeto a la Constitución y, por lo tanto, no puede fundar su interpretación en criterios morales o políticos, sino exclusivamente jurídicos.

V. CONCLUSIONES: POR UN ACTIVISMO CONTROLADO

Resultaría una desmesura procurar resumir en unas cuantas líneas la compleja e irresuelta problemática de los límites al control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, procuraré esbozar algunos apuntes a partir de los temas aquí expuestos.

En primer lugar, parece importante señalar cómo más allá de los matices históricos que aportan los diferentes ordenamientos jurídicos de la actualidad, la sola expansión del derecho como técnica de regulación y limitación de los poderes públicos obliga a replantear el papel de la jurisdicción en los actuales Estados democráticos. A partir de la segunda posguerra, sobre todo, la mayoría de las Constituciones europeas y latinoamericanas han incorporado una serie de derechos y contenidos materiales que introducen un verdadero reto en la hermenéutica constitucional. El libro de Dorado Porrás hunde el dedo en la llaga: de lo que se trata es de reabrir la pregunta acerca de los intérpretes definitivos de las grandes líneas trazadas en la Constitución: los jueces o los legisladores.

En ese sentido, se presentan dos puntos de vista, en principio contrapuestos. En términos generales, creo que, debido a profundas razones históricas, la tradición norteamericana ha sido bastante judicialista, mientras que la europea se ha inclinado por la preeminencia del Poder Legislativo.

Lo interesante, sin embargo, y creo que la obra de Dorado puede resultar un aporte útil en ese aspecto, es observar cómo, en ambos lados del océano, han surgido en las últimas décadas corriente doctrinarias que procuran matizar esas aproximaciones dominantes. Querría destacar

dos, que precisamente se han hecho desde una postura *progresista*, que propugna una interpretación extensiva tanto de los derechos fundamentales como de la democracia.

Ahora bien, me parece que del encuentro de estas dos vertientes críticas pueden extraerse algunas pautas de lo que sería un activismo controlado, vinculado a la ley y a la Constitución y con claro sentido garantista. Como ha observado Zagrebelsky,²⁴ el Estado constitucional de nuestros días supone documentos plurales y dúctiles, integradores de contenidos materiales tendencialmente contradictorios entre los que no cabe trazar una rigurosa jerarquía, sino que han de ser preservados en su conjunto.


Una concepción de este tipo, como señala Prieto Sanchís,²⁵ supone concebir las relaciones entre legislador y juez, entre política y justicia, en términos más complejos y cooperativos, más flexibles, en los que no pueda hablarse categóricamente de “materias” sustraídas a la justicia, como tampoco sería realista pensar en “materias” sustraídas a la política. Aquí, la idea del juez mudo de Montesquieu cede ante la de un juez que pondera, que motiva sus fallos e intenta dotarlos de razonabilidad. Se deja de lado el asfixiante método de subsunción, pero también la actitud del indeterminismo radical frente a las normas, que pretende reducir el derecho a los valores sustantivos del intérprete. En otras palabras, ni el objetivismo realista, ni el escepticismo absoluto que toma toda interpretación por creación de nuevos significados.

No veo, como afirma tan contundentemente Dorado, que la vinculatoriedad jurídica permanezca aún en las zonas de indeterminación. Si hay discrecionalidad, hay valores, no vínculos jurídicos. En ese sentido, la tarea de los juristas debe consistir en proporcionales a los jueces teorías morales o políticas para orientar su trabajo en ese espacio de subjetivismo.

Posiblemente, sólo un activismo moderado, que reconozca esta indisoluble tensión entre democracia, derechos y preservación, en ciertos casos, de la práctica constitucional, pueda superar las pruebas que han descartado a las versiones más conservadoras, tanto del activismo como de la autorrestricción. Se trata de un modelo exigente y comprometido,

24 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

25 Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 22, 1995, p. 56.

que mantiene a los jueces en esa “calma del centro de la tormenta”, de la que hablaba Holmes. Sus funciones, en un genuino Estado constitucional, les demandan no atrincherarse tras los muros de las “*cuestiones no justiciables*” para desentenderse de los abusos cometidos desde el poder, ni tampoco desconocer las señales que les llegan desde aquellos espacios revestidos de una mayor legitimidad democrática. 

Gerardo PISARELLO*

* Universidad Nacional de Tucumán, Argentina.