

Acerca de Barry Friedman y el “constitucionalismo popular mediado”

Roberto Gargarella

Lo que dice Friedman

En “Mediated Popular Constitutionalism,” Barry Friedman mantiene una tesis descriptiva que no oculta fuertes pretensiones normativas. La tesis descriptiva sostiene que en países como los Estados Unidos rige, de hecho, un régimen de “constitucionalismo popular mediado” dentro del cual el poder judicial cumple la fundamental tarea de “identificar aquellos valores constitucionales que alcanzan amplio apoyo popular a lo largo del tiempo.” Dada la centralidad de esta idea en el trabajo de Friedman, conviene precisar el significado de términos como “popular” y “mediado.”

La idea de constitucionalismo *popular mediado* viene a decirnos que la actividad que desarrollan los jueces (Friedman se refiere, de modo muy especial, a los jueces de la Corte Suprema norteamericana) reconoce, en la práctica, una fuerte conexión con el sentir de la mayoría. Ello es así, en primer lugar, porque las decisiones que toman los jueces tienden a resultar aceptables para una mayoría de la población, en una mayoría de los casos –dato que aparecería confirmado por una diversidad de estudios empíricos citados en el texto bajo examen–. En segundo lugar, Friedman nos asegura que, aún cuando algunas decisiones particulares de los jueces generan desacuerdo en la población, ello no se traduce en un rechazo popular en relación con la práctica del control judicial. Por el contrario, nos dice Friedman, las encuestas parecen afirmar consistentemente que la ciudadanía valora la práctica de la revisión judicial de las leyes. Finalmente, el autor deja en claro que, aún si se diera el caso eventual de un descontento mayoritario con la revisión judicial, el carácter popular del constitucionalismo norteamericano no se vería afectado de modo serio, debido a que la población podría contar con medios institucionales suficientes, capaces de reconectar a dicho poder con el sentir mayoritario (por ejemplo, a través del nombramiento de jueces de orientación política diferente).

Por otra parte, la idea de constitucionalismo popular *mediado* viene a decirnos que –afortunadamente– los jueces no tienden a, ni se muestran interesados en, reproducir simplemente las opiniones mayoritarias dominantes, en el contenido de sus decisiones. Es decir, no nos encontramos frente a lo que podríamos llamar un sistema judicial populista, sino frente a otro en el que los jueces, a pesar de la receptividad que suelen mostrar hacia el pensamiento mayoritario, saben poner distancia con el mismo –entre otras razones, porque se encuentran institucionalmente distanciados del fervor popular. Así, las sentencias judiciales suelen estar (debidamente) conectadas con –pero no (impropiamente) sometidas a– la voluntad mayoritaria. Nos dice el autor que existe tanto una “conexión” como una “distancia” entre la revisión judicial y la opinión pública. El carácter mediado de la revisión judicial se derivaría de tres fuentes diversas. En primer lugar, los jueces no son elegidos de modo directo, sino indirecto, por la población. En segundo lugar, los ciudadanos se relacionan con los magistrados, y sobre todo ejercen control sobre ellos, a través de sus

representantes, y no de modo directo. Finalmente, la comprensión pública de lo que hacen los jueces se encuentra intermediada no sólo por la existencia de una red de representantes, sino también por la presencia de otros filtros, como los medios de comunicación.

Tal como anticipara, Friedman considera que este panorama resulta relevante tanto desde un punto de vista descriptivo como desde un punto de vista normativo. Se trataría de una presentación descriptivamente interesante porque ella nos permitiría desafiar entendimientos compartidos acerca de la revisión judicial, según los cuales existe una permanente y cuestionable divergencia entre la revisión judicial y las opiniones populares. Pero además, y esto es lo que más parece entusiasmar a Friedman, dicha descripción tendría un enorme valor para la discusión teórica acerca de la justificación del control judicial. En efecto, el autor considera que, con el respaldo de aquel arsenal empírico, es posible salir al cruce de la principal línea de ataques –hoy todavía vigente- ante la revisión judicial, que se vincula con el famoso argumento acerca de la “dificultad contramayoritaria.” La idea de esta famosa crítica es la de que -a pesar de lo que señalaran los defensores del control judicial en su momento- la revisión judicial de las leyes no es fácil de sostener en un sistema democrático porque ella conlleva, al decir de Alexander Bickel, la posibilidad de que los jueces se opongan y derroten sistemáticamente a la voluntad de las mayorías del “aquí y ahora.” Y esto representa un problema porque se supone que en un sistema democrático son las mayorías, y no los jueces, quienes deben estar a cargo del gobierno. Contra esta crítica tan habitual, Friedman sostiene (apoyado por una larga lista de autores dedicados a las investigaciones empíricas en torno al poder judicial) que, en la práctica, dicha contradicción entre voluntad popular y decisión judicial no es tal. Por el contrario, existe una fuerte sintonía entre la una y la otra, que socava y finalmente quita validez o peso a la crítica contramayoritaria.

De modo más específico, a Friedman le interesa desafiar a una corriente de creciente importancia dentro del constitucionalismo moderno, el llamado “constitucionalismo popular,” que de modo muy sintético vendría a sostener –conforme al autor- que la revisión judicial de las leyes “debe reflejar las visiones populares acerca del significado de la Constitución.” La presentación de Friedman desafiaría al constitucionalismo popular, en particular, debido a que el mismo tiene una pretensión decididamente crítica frente a la revisión judicial. En efecto, los autores inscriptos dentro de dicha corriente llegarían a aquella prescripción normativa (“los fallos de los jueces deben reflejar la opinión de las mayorías”) fundamentalmente a resultados de una premisa descriptiva anterior, conforme a la cual los jueces, en los hechos, tienden a decidir conforme a criterios habitualmente opuestos a los sostenidos por la ciudadanía. De este modo, la re-descripción propuesta por Friedman acerca de la práctica “real” del control judicial serviría para quitar apoyo a las afirmaciones de un grupo importante de teóricos del constitucionalismo.

Problemas prescriptivos y descriptivos

Para evaluar el texto de Friedman uno puede optar principalmente por uno de dos caminos alternativos: atacar su base empírica o atacar la que aparece como su propuesta normativa. En lo personal, me interesa poner el acento en este último punto, aunque sostendré algo, también, acerca del primero. Para ello, en primer lugar, y con el objeto de

evaluar el éxito de la empresa que se propone el autor, quisiera dedicar unas líneas a clarificar cuál parece ser el objetivo normativo de su texto. En este sentido, surge una primera perplejidad de importancia cuando prestamos atención a su doble blanco de crítica: de modo específico, los autores que defienden el constitucionalismo popular y, de modo más general, los autores que objetan el control judicial a partir del argumento de la dificultad contramayoritaria.

Ante todo, cuando alude al constitucionalismo popular, Friedman reconoce que esta corriente es relativamente joven, y que muchos de sus miembros muestran tener entre sí diferencias de importancia. Sin embargo, nos sugiere Friedman, estos autores se encontrarían reunidos a partir de un mínimo denominador común que sería la idea según la cual la revisión judicial debería reproducir, como un espejo, las visiones populares en torno al significado de la Constitución. Es muy curioso, sin embargo, leer la nota a pie de página a través de la cual Friedman quiere precisar su tal vez impreciso resumen acerca de los contenidos mínimos del constitucionalismo popular. En dicha nota (la nota al pie n. 11 en el texto), Friedman cita cuatro frases provenientes de cuatro trabajos diferentes, aparentemente prototípicos del constitucionalismo popular. Curiosamente, sin embargo, ninguna de dichas citas se ve bien resumida en la brevísima síntesis de la corriente propuesta por Friedman. Así, vemos que Mark Tushnet dice que “el público, en general, debería participar en la definición del derecho constitucional de un modo más directo;” que Stephen Griffin sostiene que “las tres ramas de gobierno deben participar en la tarea de proteger los derechos constitucionales;” que Larry Kramer afirma (tratando de reconstruir la historia jurídica norteamericana) que en los momentos fundacionales del constitucionalismo norteamericano eran los ciudadanos los que tenían la responsabilidad de advertir si la Constitución se encontraba interpretada e implementada de modo apropiado; y finalmente nos encontramos con que Robert Post y Reva Siegel cuestionan el modelo de interpretación constitucional hoy dominante, entre otras razones porque lo consideran centrado exclusivamente en los tribunales.

Claramente, ninguno de los testimonios citados se encuentra medianamente acogido en la síntesis propuesta por Friedman, al decir que el constitucionalismo popular quiere que la revisión judicial reproduzca, como un espejo, las opiniones de las mayorías. El punto no es menor porque nos sugiere que, aún de ser cierto el reclamo descriptivo de Friedman, el mismo no serviría para socavar las pretensiones del constitucionalismo popular. Ello, porque no es nada obvio que los constitucionalistas populares quieran que las decisiones de los jueces sean fundamentalmente un reflejo de las opiniones mayoritarias. En lo personal, no me interesa sostener aquí cuál es la interpretación correcta respecto de qué es lo que quieren decir los constitucionalistas populares. En principio, me basta con decir que las citas tomadas por Friedman para ilustrar el constitucionalismo popular no sirven para hacerle decir a dicha corriente lo que Friedman dice que dicha corriente dice. Por lo tanto, Friedman no puede sugerir, a continuación, la refutación que sugiere, en contra del constitucionalismo popular.

Sin pretensiones de decir “realmente” qué es lo que el constitucionalismo popular mantiene, permítanme sólo sugerir algunas alternativas acerca de lo que (al menos varios de los miembros de esta corriente) podrían sostener (alternativas que, de ser ciertas, demostrarían que Friedman está disparando contra el blanco equivocado). El constitucionalismo

popular podría mostrarse hostil (como suele mostrarse) frente al sistema de revisión judicial hoy existente, porque considera que debe adoptarse un arreglo institucional diferente en donde, de modo más directo y menos diferido en el tiempo, la ciudadanía pueda hacer valer sus puntos de vista acerca de lo que significa la Constitución. Alternativamente, el constitucionalismo popular podría venir a decirnos, simplemente (a través de Kramer?) que la idea asentada a partir del fallo *Marbury v. Madison*, según la cual el poder judicial representa la última instancia interpretativa de la Constitución, contradice el pensamiento prevaleciente en el momento fundacional del constitucionalismo norteamericano. O podría decirnos (de acuerdo con Tushnet?) que la práctica dominante en cuanto a la interpretación constitucional resulta disvaliosa tanto en relación con su objeto (dado que debería concentrarse en una lectura “fina” de la Constitución, relacionada con sus principios básicos más que con su texto) como en relación con el sujeto que la protagoniza (debido al modo en que se ha mediatizado y opacado la intervención de la ciudadanía en dicho proceso interpretativo). O más bien nos podría sugerir (vía Post y Siegel?) que es un error pensar y concebir la interpretación constitucional de un modo tan centrado en la actuación de los tribunales (cuando ello no es lo que ocurre en los hechos ni es lo que debería ocurrir porque, por ejemplo, resulta relevante que voces más diversas participen del cotidiano proceso de reflexión en torno al modo en que se interpreta la Constitución). De ser cierta cualquiera de estas lecturas alternativas posibles en torno a las pretensiones del constitucionalismo popular (sólo unas pocas alternativas entre otras varias posibles), Friedman no habría socavado en absoluto a esta corriente, sino sólo a una versión pobre, bastardeada, de la misma. En todo caso, la pretendida crítica de Friedman fracasa porque ella sólo ataca a una reconstrucción del constitucionalismo popular que no se condice siquiera con los testimonios que el propio Friedman cita para describir al constitucionalismo popular.

Para ser honesto con Friedman, quisiera agregar que es posible que algunos autores inscriptos en el constitucionalismo popular simpaticen con visiones populistas como la que Friedman presume en su análisis. Sin embargo, diría que aún en dichos casos (tal vez el de Larry Kramer) los autores en cuestión se encuentran interesados en decir cosas diferentes de las que Friedman dice (el análisis de Kramer, por ejemplo, se encuentra fundamentalmente dirigido a re-describir los orígenes del constitucionalismo norteamericano), u otras que van bastante más allá de una propuesta de deferencia judicial hacia las opiniones de la mayoría (Kramer podría decir, por ejemplo, que aún un escenario como el descrito por Friedman resulta insatisfactorio, en la medida en que la ciudadanía carezca de la posibilidad de asumir un papel más activo en la discusión constitucional, como el que hipotéticamente habría tenido o aspirado a tener en el período fundacional).

Algo similar podría decirse en torno de la crítica más general de Friedman, dirigida contra quienes afirman el argumento de la dificultad mayoritaria. En efecto, para que la crítica de Friedman tenga sentido es importante tener mayor claridad respecto de qué es lo que quieren los criticados por él, cuando invocan el argumento de la dificultad contramayoritaria. Ocurre que no es nada obvio que los que levantan el argumento contramayoritario lo hagan a partir de la convicción de que la interpretación constitucional debe ser “mayoritaria,” entendiendo por mayoritaria la idea populista según la cual la interpretación debe seguir de modo más o menos inmediato, irreflexivo, incuestionado,

las ocasionales preferencias que sostenga una particular mayoría social, en un momento determinado. Si quienes invocan el argumento de la dificultad contramayoritaria sostuvieran esta visión populista, luego, Friedman tendría razón al cargar contra ellos, dado que no estarían advirtiendo de qué modo la práctica judicial realmente existente refleja algo bastante parecido a lo que ellos quieren, esto es decir, que la interpretación constitucional tiende a reflejar, en los hechos, el sentir popular.

Sin embargo, es dable pensar, por un lado, que (otra vez) los críticos de la práctica de revisión judicial dominante difieren en muchos de sus juicios más importantes acerca de lo que dicha práctica debe “pasar a ser.” Más aún, es dable esperar que muchos de tales críticos no se vean reflejados en absoluto en la postura populista y torpemente mayoritarista que Friedman parece atribuirles. Para tomar sólo un ejemplo, podría decir que en la Argentina, muchos de quienes han invocado el argumento contramayoritario (Carlos Nino, yo mismo), no lo han hecho de ningún modo a partir de la convicción populista de que el poder judicial debe ser un obediente seguidor de las coyunturales preferencias mayoritarias. Dichos autores podrían partir, más bien, de puntos de vista radicalmente opuestos a los citados para decir, por ejemplo, que en materia de interpretación constitucional debe prevalecer la voluntad consistente y deliberada del pueblo, como algo diferente, sino directamente opuesto, de las preferencias agregadas de las mayorías en un momento dado. Estos autores mayoristas podrían ver como un escándalo tanto que el poder judicial difiera sistemáticamente, en sus decisiones, del sentir mayoritario, como que los jueces practiquen un ciego seguidismo frente a cualquier arrebato mayoritarista. Contra tales extremos, estos defensores de una postura mayoritaria podrían defender (como lo hiciera Carlos Nino) una concepción deliberativa de la democracia, dentro de la cual los jueces participarían de un modo muy especial, esto es, procurando sostener y expandir la discusión pública. Dentro de dicho marco, las decisiones públicas serían el resultado de un proceso de deliberación colectiva; la ciudadanía podría reservarse la última palabra en materia de interpretación constitucional; y los jueces podrían contribuir al enriquecimiento del proceso deliberativo a través de la provisión de nuevos argumentos (indebidamente ignorados o desplazados del proceso de toma de decisiones), o a través de la impugnación de otros ya dados (resultantes de la falta de información, el prejuicio, o impulsos de índole meramente perfeccionista). Claramente, un esquema como el citado –vinculado, según dijera, con ciertas comunes visiones acerca de la concepción deliberativa de la democracia– no tiene ningún parecido con el seguidismo populista que Friedman parece atribuirle a quienes invocan el argumento de la dificultad contramayoritaria. En síntesis, Friedman vuelve a fracasar en su intento por socavar la postura de los críticos de la revisión judicial de las leyes. Ello, porque estos críticos pueden mantener sus objeciones al control judicial a partir de concepciones mucho más interesantes y sofisticadas que las que Friedman les adjudica en bloque, como si constituyeran un grupo homogéneo.

En todo caso, y contra Friedman, los críticos de la revisión judicial podrían sostener que lo que les interesa no es un mundo jurídico como el que Friedman les descubre como si les estuviera dando una buena noticia –es decir, un mundo en donde, por algunos azares y otros “rebotes” institucionales, las opiniones de los jueces terminan pareciéndose, en el mediano o largo plazo, a las preferencias ocasionalmente expresadas por las mayorías. Estos críticos podrían afirmar, más bien, que lo que les interesa es contar con un *sistema*

institucional que garantice, del mejor modo posible, que las interpretaciones prevalecientes en torno a la Constitución tengan que ver con la *voluntad deliberada* de la ciudadanía. Para decir lo mismo de un modo más claro, estos críticos podrían manifestarse disconformes con la “realidad” que Friedman les “descubre” no sólo porque en ella se honran las preferencias mayoritarias circunstanciales, antes que la voluntad deliberada de la ciudadanía. Ellos podrían decir, ante todo, que lo que les interesa es contar con instituciones y canales formales que le permitan a la ciudadanía asegurar un lugar crucial a sus puntos de vista, a la hora de interpretar la Constitución. Ellos podrían decir, razonablemente, que ven con preocupación un sistema institucional como el actual, que autoriza, en los hechos, que el poder judicial imponga sobre la ciudadanía, en una multiplicidad de casos relevantes, su visión discrecional acerca del significado de la Constitución. Ello, aún cuando sea cierto (como no es obvio que lo sea) que en muchos otros casos, las decisiones judiciales coincidan con la voluntad deliberada del pueblo. Para ilustrar lo dicho con un ejemplo de Friedman: un fallo como *Bush v. Gore* muestra, con toda su crudeza, los problemas que aún hoy resultan de la llamada dificultad contramayoritaria. En una decisión crucial para la vida pública norteamericana (y la salud política del mundo), una mayoría de cinco jueces decidió, en lugar de (sino en contra de) la voluntad de la ciudadanía, quién debía ser el presidente de la república, invocando (con última autoridad) una curiosa (sino directamente arbitraria) lectura acerca del significado de la Constitución, y los precedentes judiciales existentes. Dicha decisión, perfectamente compatible con el sistema institucional vigente, y autorizada por el mismo, resultó a todas luces ofensiva del razonable deseo de la ciudadanía norteamericana de decidir a través del voto cómo organizarse políticamente (ello sería así aún en el caso de que la mayoría de la población hubiera preferido a George Bush como presidente: la ciudadanía tiene derecho a decidir a través del voto, y no a través de cinco jueces no electos ni removibles democráticamente, quién debe llevar las riendas políticas del país). En definitiva, los mayoristas pueden mostrarse disconformes con el escenario retratado por Friedman en razón de que les interesa contar con un sistema institucional diferente, más sensible a sus convicciones más meditadas (lo que, conviene repetirlo, no quiere decir necesariamente un sistema que venga a poner en práctica cada uno de sus ocasionales deseos), y mejor preparado para promover ese proceso reflexivo.

Lo dicho recién me sirve para afirmar un último punto, referido a los reclamos empíricos del texto de Friedman –un punto que el autor roza en sus últimas páginas. Con toda razón, y luego de haber “probado” la tendencia coincidente que existiría entre decisiones judiciales y opiniones mayoritarias y, sobre todo, el respaldo popular que existiría hacia la práctica del control judicial, Friedman se pregunta acerca del valor normativo de dichas opiniones populares. Dice que la respuesta del caso se enfrenta con un “pero” muy serio, dado que la opinión pública se encuentra, también, endógenamente formada por el propio accionar de los tribunales. Yo quisiera concluir este texto expandiendo las dudas planteadas por el autor, para debilitar aún más la fuerza normativa de estas opiniones *pro-judicial review*. En primer lugar, y en conformidad con lo dicho más arriba, quienes defendemos una concepción deliberativa de la democracia, tenemos todas las razones para acercarnos con desconfianza a los resultados de ocasionales entrevistas o encuestas de opinión en donde se le pregunta a la ciudadanía acerca de su apoyo o rechazo a una cierta institución

actualmente vigente. En otras palabras, quienes distinguimos entre la democracia y el mercado, quienes diferenciamos los comportamientos apropiados dentro del foro político de los que son propios dentro del mercado económico, consideramos que las respuestas en torno a instituciones o cuestiones públicas básicas deben surgir de un cuidado proceso colectivo de intercambio de razones, y no de la reflexión individual y aislada (como la que reflejan las encuestas) de unos cuantos individuos azarosamente amontonados. Por ello, tendemos a mirar con sospecha o desdén los resultados de muchos de los estudios empíricos que Friedman utiliza en respaldo de su propia postura.

Por lo demás, existen buenas razones para sostener que opiniones populares como las que Friedman invoca en beneficio de su causa son endógenas al sistema institucional que los defensores de la democracia deliberativa impugnan (y no sólo opiniones influidas por el accionar de la justicia o los medios de comunicación). Desde una perspectiva como la citada, existen razones especiales para desconfiar de opiniones populares decididamente complacientes frente al status quo institucional. Ello, sobre todo, en la medida en que el sistema institucional vigente no se distinga por la existencia de foros públicos igualitarios (sino, más bien, por la existencia de órganos de difusión decididamente sesgados a favor de aquellos que cuentan con mayor poder económico); en la medida en que el mismo desaliente, en lugar de promover, la intervención cívica en política; en la medida en que el mismo tienda a reducir la política a las contiendas electorales que se producen una vez cada uno, dos o tres años; en la medida en que el mismo permita que el dinero influya de modo permanente y crucial en las discusiones políticas y las campañas electorales; o en la medida en que se cuente con una estructura constitucional más o menos rígida (esto es, en la medida en que los procesos de reforma institucional resulten exageradamente costosos; en la medida en que no existan buenos instrumentos para favorecer la acción colectiva).

En conclusión, diría que el texto de Friedman resulta tan cuestionable en su aspecto descriptivo como en su reivindicación normativa del control judicial.

