

## EL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO

### Justificación del control judicial de constitucionalidad

Por HERNAN VERLY

SUMARIO: A) LÍMITES DE LA ARGUMENTACIÓN. – B) ARGUMENTOS Y CONTRA-ARGUMENTOS DE TRIBE. – C) LAS RAZONES DE DAHL. – D) LA POSICIÓN DE BICKEL. – E) LA PERSPECTIVA DE ELY. – F) -LA TESIS DE NINO.

#### A) LÍMITES DE LA ARGUMENTACIÓN

Los argumentos acerca de La legitimidad del control judicial de constitucionalidad son, en última instancia, metaconstitucionales: las consideraciones relevantes son políticas filosóficas e históricas en un sentido amplio<sup>1</sup>. Y esto es así porque el mismo argumento contramayoritario cuya objeción fundamental debe ser respondida, se basa en consideraciones de aquella índole.

La dificultad contramayoritaria, como la ha llamado BICKEL<sup>2</sup>, se funda en el hecho, en apariencia constatable, de una grave carencia de fundamento democrático que pueda sostener y avalar la actuación del Poder Judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes. La objeción a la inserción de tal mecanismo de control dentro de un sistema democrático se apoya en cuatro dificultades básicas:

1) El nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes.

2) La duración en los cargos judiciales no parece avenirse con los ideales democráticos.

3) Como controlador de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y a la vez no controlable por los otros poderes que sí encarnan la voluntad popular.

---

<sup>1</sup> TRIBE, LAWRENCE H, *American Constitutional Law*, New York, The Foundation Press, 1988.

<sup>2</sup> BICKEL, ALEXANDER M., *The least dangerous branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1978.

4) En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaure la Constitución pues, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél.

Los términos de la cuestión a resolver surgen entonces claramente: ¿puede el más antidemocrático de los poderes estar investido de tan esencial atribución? ¿es ilegítimo otorgar a un poder tan separado del consenso popular la potestad más grave que prevé el orden institucional? ¿se justifica la inserción de esta atribución en una democracia pluralista?

La cuestión no es nueva, pero sin duda su planteo en términos directos y sin ambages es patrimonio de este siglo.

Muchos han sido los juristas filósofos y politólogos que se han preocupado por buscar los medios idóneos para rebatir este argumento. En las páginas que siguen desarrollaremos las posiciones más significativas al respecto.

#### B) ARGUMENTOS Y CONTRA-ARGUMENTOS DE TRIBE

Antes de exponer su posición, TRIBE<sup>3</sup> analiza y critica dos argumentos que el mismo reconoce como ideales, por cuanto no son sostenidos por ningún autor en la exacta pureza de sus argumentos, pero que reflejan bastante fielmente, a su criterio, el espectro de tesis básicas sostenidas por los diversos autores.

---

<sup>3</sup> TRIBE, ob. Citada.

Así, apunta el autor americano, se ha señalado que si bien la potestad judicial de revisión no es en sí misma democrática, ella no se desvincula totalmente del consenso popular que hace a la esencia del sistema. En efecto, la Constitución, el texto constitucional como producto de un proceso político de ratificación, actuaría de esta forma como una suerte de *medium* entre ambos. Si las decisiones judiciales se fundan en la Constitución, luego ellas están investidas de una legitimidad que podría considerarse indirecta, no obstante el carácter antidemocrático de la responsabilidad judicial por dichas decisiones. Este punto de vista, comenta TRIBE, reduce el rol judicial en el proceso de control de constitucionalidad, a un razonamiento que se mueve del texto constitucional y su contexto histórico al resultado del caso, sin considerar la intervención de los juicios de valor. Se nota, por ende, en esta interpretación, una reducción de la función judicial a un plano ciertamente artificial. Si bien en el siglo XIX era sostenida una concepción mecánica de la actividad judicial, según la cual la sentencia se reducía a un simple silogismo, en el cual la premisa mayor estaba representada por la norma jurídica general: la premisa menor, por la constatación de los hechos relevantes y la conclusión, por el fallo: hoy en día tal esquema ha sido repudiado por la casi totalidad del pensamiento jurídico contemporáneo. Como enseña RECASENS SICHES<sup>4</sup> la sentencia constituye un acto mental indiviso con tres facetas recíprocamente ligadas: la constatación y calificación de los hechos, la averiguación de la norma aplicable y la anticipación mental del fallo. Estos diferentes aspectos se dan simultáneamente y de manera complementaria, por lo que ninguno de ellos tiene sentido separado de los demás. En esta estructura unitaria de sentido que compone la sentencia, es clara la intervención de los juicios de valor en un doble sentido: la valoración insita en la norma general elaborada por el legislador (que actúa encauzando legalmente las valoraciones que adoptó respecto de las cuestiones que le competen y la valoración del juez que indefectiblemente se hará presente en el acto de juzgar.

Una segunda posición comentada por TRIBE, intenta asimilar la potestad judicial de contralor al consenso político. En este sentido, se pretende una argumentación favorable fundada en el consenso presente y no en aquel consenso histórico que subyace en la Constitución. De

---

<sup>4</sup> RECASENS SICHES, LUIS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1965.

acuerdo con este punto de vista, los jueces deberían maniobrar constantemente de manera de minimizar la discrepancia entre sus decisiones y la voluntad popular. En consecuencia, si se presentaran casos en los que una decisión contramayoritaria fuese necesaria, los tribunales habrían ahorrado suficientes reservas de consenso para proveer soluciones acordes con estas raras ocasiones. Es claro que de esta forma, los jueces, operando en detrimento de su necesaria independencia, deberían manejar discrecionalmente sus carteras de casos evitando series de decisiones antipopulares y barajando todas las oportunidades que se presentaren para hacer concesiones a la voluntad pública. Además, agrega TRIBE, al decidir los méritos de los casos en que se plantea una cuestión de inconstitucionalidad, los tribunales deberían obrar discrecionalmente para tomar ventaja de las oportunidades aun al margen de su fundamento constitucional, el cual se volvería innecesario y superfluo en la articulación de los principios controvertidos.

TRIBE define al problema *sub examine* como una dicotomía entre un proceso político democrático y un proceso de adjudicación antidemocrático. Sin embargo, sostiene, el análisis de las instituciones jurídicas y políticas parece indicar que se trata de una dicotomía más metafórica que real. Así como por un lado la Constitución provee determinados principios y mecanismos para garantizar la independencia judicial, por el otro, el proceso de selección de los jueces se manifiesta como enteramente político. En este sentido, los cambios en la composición de la Corte Suprema americana sugieren que la justicia federal resulta mucho más sensible a las alteraciones en el consenso político de lo que podría sugerir la noción de independencia judicial. Además, no es en definitiva verdad que las decisiones constitucionales estén fuera del alcance del consenso democrático: así lo sugiere el proceso de enmienda constitucional, que es puramente político<sup>5</sup> y que ha sido utilizado con éxito en

---

<sup>5</sup> Dice el art. V de la Constitución de los Estados Unidos: "The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution or, on the Application of the Legislatures of the two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which in either case, shall be valid to all Intents, and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the legislatures of three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided... that no State, without its consent, shall be deprived of its

cuatro o cinco ocasiones para contrarrestar decisiones de la Corte Suprema. A ello se añade, la incapacidad institucional propia del Poder Judicial que limita su posibilidad de libre movimiento dentro de una corriente de consenso político.

Y si el poder judicial de revisión es algo más democrático que su estereotipo, dice el autor que glosamos, también es cierto que la democracia del Legislativo y el Ejecutivo dista mucho de ser la ideal: son bien conocidas las divergencias que en la práctica se verifican respecto del arquetipo democrático. De ello se deriva, a guisa de conclusión, la existencia de un proceso judicial imperfectamente antidemocrático y un proceso político imperfectamente democrático, con lo cual, sugiere TRIBE, el consenso no puede obrar como nota legítimamente.

Y este último punto es central en la argumentación del autor americano: la pretensión de fundamentar la legitimidad de la potestad judicial de contralor en el consentimiento de los gobernados es circular e infundada. Circular porque deja sin respuesta la cuestión acerca de la titularidad del consenso que cuenta y lo que encierra dicho consenso. Y es infundado porque asume, sin base constitucional alguna, que el consenso es lo verdaderamente relevante.

El control legislativo de la jurisdicción de los tribunales (art. III Constitución de los Estados Unidos) empaña la pretendida distinción entre una judicatura antidemocrática y un proceso político democrático: los tribunales federales pueden ejercer su poder contramayoritario porque un Congreso mayoritario los ha puesto allí. La idea de una Constitución indeterminada – corolario necesario, según TRIBE, de las potenciales diferentes interpretaciones de su texto por parte del Congreso, el Ejecutivo, los tribunales y los estados – conspira contra aquellas críticas que consideran la interpretación constitucional como una prerrogativa exclusiva del Poder Judicial.

Por último TRIBE considera lo que él llama el "postulado dual" de "Marbury vs. Madison", que implica sostener que la Constitución es, primero y ante todo, una ley, y secundariamente, que los tribunales son capaces de interpretarla. Llama la atención que los intentos de responder a la objeción contramayoritaria busquen una solución enfocando más el tema de la legitimidad desde el

---

*equal Suffrage in the Senate* .

ángulo de la potestad judicial, que de la misma Constitución. Aunque la aproximación enfatice el proceso por el cual los tribunales penetran en la Constitución y, en alguna medida, en el consenso que subyace en la misma, esta forma de enlazar la potestad judicial con el texto constitucional genera legitimidad, no por lo que dicho texto dice, sino porque la adherencia al texto provee el único medio de mantener el contacto con el consenso democrático

Nada en la Constitución, afirma TRIBE, especifica que la búsqueda del consenso deba jugar el rol constitucional supremo. En muchas situaciones relevantes, en cambio, la Constitución prevé procesos que parecen menos resultado del consenso que de conflictos controlados. En el régimen por ella estatuido, el Poder Judicial ocupa un lugar de relevancia, y sus decisiones se comprenden mejor como partes de un discurso en constante evolución que como respuestas finales. Discurso que se complementa con los provenientes de otros niveles y ramas del gobierno, del electorado y de la composición precedente y futura de los tribunales. Y es este discurso constitucional, y el rol que él juega en la práctica política, el que otorga legitimidad a la potestad judicial de contralor.

### C) LAS RAZONES DE DAHL

En *Pluralist democracy in the United States: Conflict and Consent*, DAHL ensaya una óptica diferente para el examen de la cuestión contramayoritaria (él la llama "*undemocratic difficulty*"). Este autor considera que la decisión de la Corte que declara inconstitucional una ley, tiende a preservar los derechos legítimos de la minoría frente a la posibilidad de una decisión mayorista "tiránica". Después de todo, dice, la mayoría que actúa a través de la firma del presidente y se expresa en el voto de sus representantes en el Congreso, puede ser considerada como la mayoría creadora del derecho (*law-making majority*). Si se asume como evidencia que las votaciones nacionales avalan la creación de las leyes por parte del Congreso y el Ejecutivo, las normas deben ser tenidas como la expresión de la voluntad de la mayoría.

En consecuencia, cuando la Corte, a través de su potestad de contralor, declara la inconstitucionalidad de una ley, está desafiando directamente la expresa voluntad de la mayoría. En tales circunstancias, la Corte podría ser vista como si estuviera protegiendo a la minoría cuyo agravio la insta a declarar la

inconstitucionalidad.

A este razonamiento DAHL agrega algunos datos estadísticos muy interesantes. Así, señala que cada presidente puede nombrar un promedio de dos nuevos jueces para la Corte Suprema de los Estados Unidos en cada período de gobierno. Calcula que dos de cada cinco presidentes pueden realizar un nombramiento en menos de un año; tres de cada cinco, en dos años; y cuatro de cada cinco en tres años. Un presidente reelecto puede esperar nombrar suficientes jueces como para inclinar la balanza de una Corte normalmente dividida. Asumiendo estos datos como correctos DAHL considera que la Corte nunca estará "fuera de línea" por demasiado tiempo respecto de los puntos de vista políticos dominantes entre las mayorías "creadoras de derecho".

Por otra, parte, analizando los pronunciamientos de inconstitucionalidad, este autor llega a la conclusión que las decisiones en esta materia se producen, en la mitad de los casos, luego de los primeros cuatro años desde la sanción de la ley. Esto implica que las mayorías representadas en el Congreso han debido pasar por dos elecciones antes de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte. Y bien podría darse que esa mayoría se hubiera debilitado o incluso desaparecido en dicho lapso. Por otro lado, en los casos en que la mayoría se ve afectada por una declaración judicial de inconstitucionalidad dentro de los cuatro primeros años de la sanción de la ley, la correspondiente acción del Congreso revierte la decisión en el 75% de los casos.

Por último concluye DAHL, la mayoría suele prevalecer sobre los intentos de la Corte por proteger los intereses de las minorías. Y en sólo un pequeño número de casos la Corte ha tenido éxito en una posición encontrada con los intereses persistentes de la mayoría.

#### D) LA POSICION DE BICKEL

BICKEL<sup>6</sup> desgrana con maestría la problemática de la objeción contramayoritaria, señalando sus más importantes implicancias.

En primera Instancia apunta que las democracias representativas funcionan a través de la elección de ciertos hombres por determinados períodos, que pasan regularmente por el juicio del electorado a través del sufragio. Pero los

hombres electos delegan parte del trabajo en personas elegidas por ellos mismos y que permanecen al margen de la consideración pública en punto a su desempeño. La totalidad del mecanismo opera entonces a través del escrutinio y la crítica del electorado, pero no en todo momento y en todas sus partes. Por ello, lo que generalmente entendemos por democracia es en la realidad un proceso mucho más complejo y sofisticado. Es verdad que muchas veces las decisiones sometidas al electorado son dejadas de lado o bien continuadas indefinidamente sin volver a someterlas a la consideración pública. Así, una vez obtenida la aquiescencia necesaria muchas decisiones gubernamentales permanecen vigentes aun a despecho de los cambios y fluctuaciones operados en la voluntad mayoritaria. El énfasis en la necesaria actualidad de dichas decisiones se transforma así en un factor contramayoritario.

Es cierto que ese proceso por el cual el consenso mayoritario se refleja en la legislatura, se ve empañado por todo tipo de hábitos y características que tienden, en buena parte de los casos, a una suerte de inercia política. Pero aún así, las impurezas e imperfecciones del sistema no son argumentos válidos para salirse de él. Entre las mencionadas imperfecciones, ocupan un lugar relevante las llamadas facciones (Madison), grupos (Truman) o, más actualmente, grupos de presión o interés. Estos grupos operan sobre el proceso electoral y buscan acceder a los procesos de decisión política ejecutiva y legislativa. Pero de la misma manera suelen tender a convertirse ellos mismos en mayoría o, al menos, a ser sujetos de una influencia mayoritaria creciente.

Pero además de ser un control antimayoritario sobre la legislatura y el Ejecutivo, esta potestad jurisdiccional puede tender en el largo plazo a debilitar el proceso democrático. Ello así por cuanto el contralor expresa, en cierta medida, una forma de desconfianza en la legislatura. Esta última, por su parte, se adapta a esta desconfianza y busca argumentos de justificación, para lo cual intenta apoyar parte de la carga sobre el Poder Judicial mismo.

Finalmente, BICKEL señala otra connotación del carácter contramayoritario de la facultad de contralor si esta potestad es tan fundamentalmente antidemocrática como se sostiene, no puede en última instancia ser efectiva dentro de una sociedad que reposa en todos sus aspectos en la teoría democrática. Se

---

<sup>6</sup> BICKEL, *ob. citada*.

paga así el precio de una grave contradicción interna del sistema, que efectivamente puede tornarse peligrosa.

A estas objeciones el autor americano responde proponiendo un argumento cuyas líneas generales esbozaremos a continuación.

BICKEL distingue dos aspectos de las acciones de gobierno: el inmediato, dado por sus efectos prácticos deseados; y el mediato, que tal vez no es deseado y apreciado pero que se funda en valores más generales y permanentes. Es una premisa que se extrae no sólo del texto constitucional sino también de la historia y del juicio moral de la sociedad, que el gobierno no debe servir sólo a las necesidades materiales inmediatas sino también a ciertos valores perdurables. Los políticos perciben ocasionalmente este segundo aspecto y, a veces, están también capacitados para adoptar decisiones respecto a los mismos. Pero muy a menudo no lo hacen, apremiados por la necesidad de obtener resultados inmediatos, que muchas veces se presentan como deseables frente a ciertos valores asequibles a largo plazo.

El problema es que estos valores no se presentan perfectamente configurados, sino que deben ser continuamente enunciados, derivados y observados en su constante aplicación. El Poder Judicial se erige como el poder estatal más adecuado para ser el pronunciator y guardián de estos valores. La independencia de los tribunales, su entrenamiento y posibilidad de reflexión y contacto con problemas concretos justifican la atribución de la función de contralor. La sociedad no sólo desea satisfacer sus necesidades inmediatas sino también conservar y apuntalar ciertos valores generales y perdurables que hacen a su propia esencia.

La función del Poder Judicial no es, en consecuencia, meramente de control sino también de legitimación<sup>7</sup>. La potestad que se le atribuye no implica sólo la posibilidad de

---

<sup>7</sup> EINSENMANN en su *Cours de Droit Administratif approfondi* señala al respecto: "A tous les étages du système juridique, le contrôle juridictionnel des actes a pour effet d'assurer la distinction et la hiérarchie de deux degrés de règles en conféré par la même a celles du degré supérieur, force obligatoire. La justice constitutionnelle ne fait que poursuivre et achever cette oeuvre de hiérarchisation: elle ajoute un nouvel et ultime degré à l'édifice du droit interne, qu'elle couronne en subordonnant la légalité ordinaire, et ainsi toutes les règles infra-légales, a la légalité constitutionnelle". -

declarar la inconstitucionalidad de las leyes sino de validarlas dentro del marco constitucional de las funciones de los otros poderes. De esta forma, el control jurisdiccional es visto desde una perspectiva que intenta dignificar sus fines a través de una revalorización de la potestad en sí misma.

## E) LA PERSPECTIVA DE ELY

ELY<sup>8</sup> desarrolla un punto de vista a través de tres argumentos que tienden a una valorización del control judicial dentro del contexto democrático como proceso de participación orientada (*participatio-oriented*) o representación reforzada (*representation-reinforcing*), y en oposición a las aproximaciones que ven en él un proceso de protección de ciertos valores fundamentales.

El primer argumento concierne a la Constitución misma, en la cual ve ELY un intento de instaurar y asegurar ciertas estructuras e instituciones perdurables para la resolución de los conflictos políticos. En contra de la caracterización habitual de la Ley Suprema como declaración de valores fundamentales, generales, perdurables y evolutivos, ELY sostiene que, de hecho, estos valores sustantivos son dejados en manos del proceso político en lo que respecta a su selección y determinación. La Constitución, en cambio, se ocupa por un lado de proveer procesos justos para la resolución de las disputas individuales, y por el otro, de asegurar una amplia participación en la distribución de los cargos de gobierno. La conservación y enunciado de ciertos valores fundamentales no es, por ende, una labor constitucional apropiada. El cuerpo de la Constitución norteamericana está dedicado casi enteramente a la estructura y planificación de los diferentes actores institucionales: gobierno federal, gobiernos estatales, Congreso, Ejecutivo y Poder Judicial; sus respectivas funciones; y muy detalladamente, los procesos de selección para desempeñar estas funciones y sus competencias. Aun cuando a primera vista parecieran observarse disposiciones destinadas a asegurar resultados concretos, lo cierto es que el análisis atento lleva a concluir que dichas disposiciones conciernen en mayor medida a procedimientos. Incluso en el Preámbulo, donde podrían verse ciertos valores, la tendencia es a declarar la instauración de una estructura durable y a ordenar la solución de las

---

<sup>8</sup> ELY, JOHN H., *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980.

controversias políticas<sup>9</sup> Los intentos de proveer soluciones particulares y sustancias en la Constitución han sido, para este autor, escasos y, en general, infructuosos.

El segundo argumento de ELY pretende que la aproximación que sugiere al tema del control judicial desde una perspectiva de representación reforzada es consistente y sostenible dentro del sistema democrático representativo americano: la protección del gobierno popular y la protección de los derechos de las minorías, ideales esenciales de la democracia norteamericana, pueden ser comprendidos como provenientes de una fuente común, el deber básico de representación. Se trata pues de despejar los mecanismos para que el sistema asegure que los representantes elegidos asuman real y plenamente su deber de representación.

Los jueces no son, de acuerdo a la tesis de ELY, los mejores "reflectores" de los valores convencionales, ni son más idóneos, en este sentido, que los representantes elegidos. Existen muchas razones para sostener esto, pero sin duda la más importante es la que sugiere que las motivaciones que subyacen a las leyes o actos cuya constitucionalidad se cuestiona, no resultan siempre aprehensibles por los jueces. El autor americano propone al respecto un ejemplo muy ilustrativo: supongamos que un sargento selecciona tres hombres de su escuadrón de seis miembros para una misión particularmente riesgosa. La Constitución, obviamente, no resulta ofendida si los tres hombres fueron escogidos por sus habilidades superiores comprobadas. Pero qué sucedería si la elección fue hecha por tratarse de negros, metodistas o republicanos; o aun, qué sucedería si el sargento eligió a esos hombres porque sentía más afecto por el resto de los miembros del escuadrón. Bajo estas circunstancias -dice ELY- nuestra intuición nos indica que los tres elegidos han sido tratados inconstitucionalmente. Por supuesto que los problemas de prueba en tal caso, serían insalvables, pero lo interesante del ejemplo es que muestra claramente cómo el mismo acto de gobierno puede ser constitucional o inconstitucional de conformidad con su motivación. Y muchas veces esa motivación no resulta, en la práctica, fácilmente reconocible

---

<sup>9</sup> Dice el preámbulo de la Constitución de EE.UU.: "We the people of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for common defense, promote the general Welfare, and secure the blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America" .

por el juez. Por ello, ELY considera que los tribunales no tienen ninguna especial vocación como guardianes de los valores esenciales de una sociedad.

La aproximación sugerida por este autor, es descrita por él mismo, con el estilo gráfico que lo caracteriza, como el equivalente a una orientación antitrust en economía (vale decir: opuesta a regulación económica): antes que dictar soluciones sustantivas, se interviene para encauzar cuando el mercado (en este caso el mercado político) está funcionando mal de manera sistemática. Como un árbitro que interviene cuando un equipo obtiene una ventaja injusta, pero no porque el equipo "equivocado" está ganando. En una democracia representativa, los valores son determinados por los representantes elegidos; y si los resultados no son los esperados, el electorado no votará de nuevo por ellos. El mal funcionamiento se produce cuando el proceso deja de inspirar confianza, y ello ocurre: a) cuando los de dentro cierran todos los canales políticos de cambio para asegurarse que ellos permanecerán dentro y que los excluidos seguirán afuera; b) aunque de hecho no se niegue ni voz ni voto, cuando los representantes que se deben a una mayoría perjudican a alguna minoría, negándole la protección acordada a otros grupos por el sistema representativo.

## F) LA TESIS DE NINO

NINO fundamenta su argumentación sobre la legitimidad del control jurisdiccional a partir de su concepción original sobre la justificación de la democracia<sup>10</sup> Pero antes de ello se ocupa en descartar algunas teorías que considera inapropiadas.

En lo que respecta a la llamada teoría de la soberanía popular, la misma - sostiene el jurista argentino - conduce a un sistema de control de tipo francés. La justificación democrática desde este ángulo otorga prevalencia al Poder Legislativo (y en especial a la cámara Baja) como órgano de expresión de la soberanía popular. En consecuencia, los tribunales deben reducir su interferencia por cuanto no son detentadores directos de la soberanía popular.

Observa NINO que en los EE.UU., ACKERMANN ha realizado interesantes estudios con el objeto

---

<sup>10</sup> NINO, CARLOS S., *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, "Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 4, setiembre-diciembre 1989.

de adaptar la idea de soberanía popular para proveer una defensa plausible del control de constitucionalidad. El profesor americano sostiene que la acción política se desarrolla en dos niveles diferentes: la política constitucional, que abarca las expresiones políticas fundamentales como el dictado de una Constitución, las enmiendas, y las decisiones fundamentales a nivel constitucional; y la política cotidiana, que comprende la actuación habitual del Congreso y las legislaturas locales. Los jueces estarían habilitados para interferir la acción legislativa como intérpretes que son del consenso popular expresado en la Constitución.

El eminente jurista argentino no comparte la distinción de ACKERMANN. En primer lugar porque resulta ambigua y vaga, toda vez que no llega a determinar con precisión el sentido y alcance cabal del término "pueblo". Y en segunda instancia, porque no se justifica hablar de una expresión superior y otra inferior de soberanía popular, pues no existe, una razón válida para sostener que una sociedad que vivió hace doscientos años deba tener prioridad sobre otra que vive actualmente.

NINO resalta el valor epistemológico de la democracia a través de los procesos de discusión y decisión mayoritaria que la caracterizan. Se trata pues de un mecanismo apto para llegar a soluciones con mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones a las que se arribaría por otros procedimientos. Se lleva a cabo así una suerte de función especular, que a través de 105 procedimientos que tienden a la imparcialidad, permite conocer con mayor exactitud las decisiones moralmente correctas

De esta justificación surge una limitación a los órganos mayoritarios que el Poder Judicial está llamado a proteger y controlar. La mayoría no puede decidir legítimamente la restricción de las condiciones y presupuestos que hacen a la esencia del proceso democrático: "La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esos presupuestos y esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo, si se satisfacen o no"<sup>11</sup>. La función judicial de contralor en este contexto surge de la necesidad de contar con órganos que, no estando afectados por estas fallas - en tanto órganos independientes de los avatares de las

mayorías- puedan controlar la efectiva satisfacción de los requisitos y presupuestos del proceso de discusión democrática.

En este punto, NINO agrega que lo antedicho es plausible de una interpretación en sentido restringido y otra en sentido amplio. En el primer caso la función jurisdiccional se limita a la constatación de las condiciones del proceso de decisión democrática. En el segundo, se maximiza el valor epistemológico del sistema, verificando "la existencia de una relativa" igualdad en los recursos para participar en ese debate democrático, del acceso a la educación que permite a cada uno estar en igualdad de condiciones y en la ausencia de condiciones que presionen, de condiciones que amenacen, etc."<sup>12</sup> En cuanto a los límites de esta facultad de contralor, el autor que analizamos sostiene que, en definitiva, los mismos constituyen una cuestión de razonabilidad, pues no existen límites fijos que puedan ser señalados *a priori*.

La tesis de NINO tiene el gran mérito de encuadrarse dentro de una concepción más amplia de la democracia, que le permite nutrirse de sus elementos esenciales para encontrar así un modelo de justificación completo y coherente. Es claro que si la objeción contramayoritaria ataca la potestad judicial de contralor sobre la base de los elementos considerados esenciales en una democracia, la justificación de dicho control sólo lo puede provenir de los fundamentos mismos del sistema, vale decir, surgir como corolario de la justificación de la democracia en si misma. A través del fundamento primigenio de la totalidad del sistema se puede encontrar la justificación de cada uno de sus componentes. El Poder Judicial no es, de acuerdo con esta concepción, el guardián o protector de los valores fundamentales de una sociedad, sino un órgano independiente de las mayorías y calificado, por esa sola circunstancia, para controlar el cumplimiento de las condiciones inherentes al proceso democrático. El debate respecto de la legitimidad de la potestad judicial de contralor no está en manera alguna cerrado. Por el contrario, es una discusión en constante evolución cuyos argumentos se van tornando cada vez más sutiles y elaborados. Probablemente nunca lleguemos a una tesis que pueda sostenerse como definitiva, pero lo interesante de esta evolución es que cada paso de la misma implica un esfuerzo intelectual renovado por comprender y afianzar las instituciones democráticas.

---

<sup>11</sup> Idem.

---

<sup>12</sup> Idem.

