



RIDAA
Repositorio Institucional
Digital de Acceso Abierto de la
Universidad Nacional de Quilmes



Universidad
Nacional
de Quilmes

Chaves, Loreley Romina

Democracia y control jurisdiccional de constitucionalidad



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Argentina.
Atribución - No Comercial - Sin Obra Derivada 2.5
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Documento descargado de RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes de la Universidad Nacional de Quilmes

Cita recomendada:

Chaves, L. R. (2015). *Democracia y control jurisdiccional de constitucionalidad. (Trabajo final integrador)*. Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Argentina. Disponible en RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes
<http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/150>

Puede encontrar éste y otros documentos en: <https://ridaa.unq.edu.ar>

Democracia y control jurisdiccional de constitucionalidad

Trabajo final integrador

Loreley Romina Chaves

loreleyrominachaves@hotmail.com

Resumen

Un diseño institucional generalizado en las democracias constitucionales consiste en consagrar una carta de derechos fundamentales garantizando su supremacía a través del control judicial de constitucionalidad. Contra él, no obstante, el llamado “argumento contramayoritario” ha denunciado que su implementación implica dejar en manos de unas pocas personas inamovibles en sus cargos y con escasa representatividad la última palabra sobre cuestiones de máxima importancia: el alcance y contenido de los derechos fundamentales.

En el marco del presente trabajo se intentará demostrar que la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad se apoya en presupuestos cuestionables respecto de la interpretación. Asimismo se tratará de analizar si está justificado un activismo judicial dentro del ideal de democracia constitucional como medio de evitar la exposición de bienes fundamentales a la regla de la mayoría.

Índice

I- Introducción

II- La objeción contramayoritaria y el papel de los jueces en las democracias constitucionales

III-Concepciones acerca de la interpretación jurídica. Tesis de la indeterminación radical, de la única respuesta correcta y de la indeterminación parcial

a) La tesis de la indeterminación radical

a. 1- El realismo jurídico americano

a. 2- La escuela genovesa

a. 3- La escuela de los Critical Legal Studies

b) Algunos problemas de la tesis de la indeterminación radical

c) La tesis de la única respuesta correcta

d) La tesis de la indeterminación parcial

IV- Entre “democracia” y “control jurisdiccional de constitucionalidad”

V-Waldron y la “objeción contramayoritaria”. Argumentos a favor de la objeción contramayoritaria contra el control jurisdiccional de constitucionalidad

VI- Críticas a la “objeción contramayoritaria”. Algunas críticas a los argumentos de la objeción contramayoritaria

VII- Argumentos en favor del control jurisdiccional de constitucionalidad

a) Estrategias para superar la objeción contramayoritaria ¿Constitución de detalle o constitución de procedimental?

b) Ventajas del control jurisdiccional de constitucionalidad

VIII-Evaluación de la viabilidad de la objeción contramayoritaria. Su redimensionamiento a la luz de las diferentes concepciones interpretativas

a) Tesis de la indeterminación radical y la objeción contramayoritaria

b) Tesis de la única respuesta correcta y la objeción contramayoritaria

c) Tesis de a indeterminación parcial y la objeción contramayoritaria

IX-Conclusiones y consideraciones finales. Grado de confirmación de la hipótesis planteada.

X-Bibliografía

I- Introducción

En los últimos años ha cobrado renovado interés, especialmente en el ámbito de la filosofía política y la filosofía del derecho, el debate acerca de cómo proteger los derechos fundamentales y cuál debe ser el rol de la justicia en el cumplimiento de esta función. La idea de derechos fundamentales suele definirse a partir de la concurrencia de dos elementos: que los derechos atrincheran ciertos bienes que se considera que deben asegurarse a todo individuo y que ellos constituyen un límite infranqueable al procedimiento de toma de decisiones por la mayoría. Los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en lo que se ha dado en llamar “coto vedado”.¹ Generalmente se asume que el diseño institucional requerido para proteger ese coto vedado es el que resulta de combinar dos elementos: la primacía de una constitución que contiene una declaración de derechos y el control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria.

En referencia a la objeción al control jurisdiccional de constitucionalidad, la crítica contramayoritaria sostiene que confiar a los jueces el control de cuándo se ha violado el coto vedado protegido por la constitución resulta contrario a los ideales democráticos.

Una de las características de las constituciones modernas es la presencia de cláusulas que poseen un elevado nivel de abstracción y, por ello, son manifiestamente vagas y habitualmente contienen términos cargados de resonancias morales, de manera que resulta difícil determinar en qué casos una norma de jerarquía inferior resulta incompatible con ellas. Los problemas de interpretación de las normas constitucionales son los más difíciles de resolver y, simultáneamente, los que resulta de la mayor importancia resolver.² Estas características de las cláusulas constitucionales darían lugar a lo que Gargarella denominó “brecha interpretativa”, según la cual son los jueces quienes terminan estableciendo cuál es el alcance de los derechos y no los ciudadanos o sus representantes:³

“... a través de su inevitable tarea interpretativa los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería tomar la voluntad popular”.⁴

En el presente trabajo me abocaré a examinar el papel que le cabe al poder judicial en la protección de los derechos básicos en sistemas como el nuestro y, en particular, las críticas que ven en el control judicial de constitucionalidad una herramienta profundamente antidemocrática.

II- La objeción contramayoritaria y el papel de los jueces en las democracias constitucionales

Un diseño institucional generalizado en las democracias constitucionales consiste en consagrar una carta de derechos fundamentales garantizando su supremacía a través del control judicial de constitucionalidad. En los últimos años se ha puesto en duda el carácter genuinamente democrático de esa configuración institucional y en consecuencia se ha comenzado a discutir cómo proteger los derechos fundamentales y cuál debe ser el rol de la justicia en el cumplimiento de esta función.

Frente a ese diseño ha surgido la denominada “Objeción contramayoritaria”. La “objeción contramayoritaria” plantearía dos problemas para la democracia constitucional. El primero, apuntaría a la propia idea de primacía o supremacía constitucional: si se considera que la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la supremacía constitucional que surge de la rigidez de la carta de derechos implicaría precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir. Y el segundo, que afecta al control jurisdiccional de constitucionalidad, consiste en cuestionar la legitimidad que tendrían los jueces, no representativos ni políticamente responsables, para invalidar decisiones de un legislador democrático.

En contrapartida hay quienes aceptan tanto el atrincheramiento de los derechos fundamentales en un texto constitucional, y reconocen legítimo el activismo judicial, que pese a ciertos riesgos, posibilitaría garantizar los derechos fundamentales especialmente de las minorías consagrados en la constitución.

En el marco de esta disputa esta investigación se centra en el estudio de la “objeción contramayoritaria” dirigida al control judicial de constitucionalidad. En palabras de Bickel:

“La dificultad fundamental consiste en que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino en su contra. Eso, sin los matices místicos, es lo que realmente ocurre [...] es la razón por la que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático.”⁵

Frente a esta objeción esta investigación se desarrolló bajo la siguiente hipótesis:

La objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad se apoya en una teoría de la interpretación implausible, ya que su asunción implica negar la posibilidad de entender a las reglas como guías de conducta y el poder dar cuenta de la práctica de su seguimiento.

A partir de la asunción de la teoría de la indeterminación parcial es posible ofrecer una respuesta satisfactoria a tal objeción, que mine la acusación de antidemocrático que pesa

sobre el papel de los jueces en el ejercicio del control de constitucionalidad. Asimismo, se intentará demostrar que a menudo las decisiones de los órganos de control no suplantán a la voluntad popular sino que tratan de determinar cuál debe ser el derecho vencedor en un caso de conflicto. Esta es una función claramente jurisdiccional y, ya sea el caso fácil o difícil, no existe a su respecto ninguna decisión legislativa a la que mostrar deferencia.

III. Concepciones acerca de la interpretación jurídica. Tesis de la indeterminación radical, de la única respuesta correcta y de la indeterminación parcial.

Como señala Moreso,⁶ las teorías de interpretación jurídica, presuponen una determinada teoría respecto a la naturaleza del derecho. Una concepción realista acerca del derecho daría lugar a una teoría de interpretación distinta a la que arribaría una concepción constructivista. De esta manera, por ejemplo, una forma radical de constructivismo según la cual las proposiciones jurídicas en casos genéricos siempre carecerían de valor de verdad, no reconocería forma de asignar unívocamente significado a dichos textos normativos, el derecho consistiría así en el conjunto de las decisiones judiciales en los casos particulares.

Hart denomina “Pesadilla” a la concepción escéptica según la cual los jueces siempre crean y nunca descubren el derecho que aplican a los litigantes mientras que el “Noble sueño” sostendría todo lo contrario: el derecho siempre estaría determinado y los jueces nunca crearían sino que se limitarían a aplicar el derecho⁷. Estas dos concepciones son rechazadas por Hart quien se muestra partidario de una concepción intermedia, la “Vigilia”, según la cual el derecho estaría parcialmente determinado, por lo que en ocasiones los jueces se limitarían a aplicar el derecho pero en otros se verán obligados a crearlo.⁸

a) La tesis de la indeterminación radical

Como ya adelantáramos detrás de algunos argumentos de la denominada objeción contramayoritaria se puede advertir la opción por una determinada concepción acerca de la interpretación de las normas, la denominada “teoría de la indeterminación radical”, para Hart, el modelo de la “Pesadilla”. De conformidad con ésta los jueces nunca aplicarían un derecho preexistente a los casos que resuelven sino que, por el contrario, siempre crearían derecho. La imagen del juez como experto, objetivo, imparcial, encargado de declarar el derecho, sería una ilusión.

Debe advertirse que de acuerdo con esto, la visión de la interpretación, la actividad creativa de los jueces no se limitaría a los denominados casos difíciles, sino que comprendería a cualquier caso sometido a decisión, e implicaría que la preexistencia de una regla no resultaría relevante para su solución. De esta manera, los indeterministas radicales concebirían a la interpretación como una tarea creativa y determinante del significado alcance de las reglas. La interpretación sería siempre una actividad valorativa y de decisión,

nunca de conocimiento.

En este sentido, si se asume la tesis de la indeterminación radical podría ser correcto sostener que el mecanismo de protección constitucional de derechos básicos llevaría a una delegación de las decisiones sobre constitucionalidad de las normas en el órgano de control. La versión tradicional de esta concepción está representada por: el realismo jurídico norteamericano⁹ por la escuela de los Critical Legal Studies¹⁰ y, en la actualidad, es sostenida también por la denominada escuela genovesa¹¹.

a. 1- El realismo jurídico americano

Para la escuela del realismo jurídico americano¹² el derecho sería sólo el conjunto de las decisiones judiciales. Estas serían las que determinan los derechos y deberes de los ciudadanos. Las proposiciones jurídicas sólo serían predicciones acerca de las decisiones que los jueces tomarían. De esta manera, los jueces no se podrían equivocar al establecer el derecho de las partes en el proceso. Los magistrados decidirían los casos no básicamente mediante la aplicación de la ley, sino fundados en el sentido de qué sería justo en cada caso concreto. Las normas jurídicas y las razones en su apoyo serían consideradas por dichos juristas como racionalizaciones posteriores, para las decisiones alcanzadas en base a consideraciones no jurídicas. Esta corriente de juristas habría observado que lo que hacían los jueces al resolver cada caso en particular no parecería ser aplicaciones de la ley. Por lo que una descripción de la actividad judicial debía de advertir qué estímulo produciría qué respuesta, para arribar a una decisión particular.

Los realistas buscarían explicar por qué los jueces decidirían los casos como lo hacen, debido a lo cual surgirían dos corrientes dentro del realismo jurídico americano que pretenderían analizar en qué consistiría la actividad judicial.

La corriente sociológica del realismo¹³, sostendría que las decisiones judiciales consistirían en un patrón previsible, pero no por la existencia de reglas jurídicas sino, por el contrario, por la presencia de presiones sociales que operarían sobre los jueces para forzarlos a responder a hechos semejantes de formas similares y predecibles.

La corriente idiosincrática del realismo,¹⁴ consideraría que lo que determinaría la respuesta judicial a los hechos del caso particular sería la idiosincrasia, la psicología y personalidad de cada juez en particular.

a. 2- La escuela genovesa

Otra corriente que tiene sus raíces en la indeterminación radical está representada por la escuela genovesa. De acuerdo con Guastini¹⁵, el escepticismo afirmarían que los enunciados interpretativos serían enunciados que adscriben significados. Ello no

presupondría ninguna teoría particular del significado, sino que surgiría como consecuencia de que:

- Los jueces y juristas estarían en desacuerdo acerca del significado de la mayoría de las normas y cláusulas constitucionales. Por ello la mayoría de las reglas jurídicas podrían ser interpretadas, al menos diacrónicamente, de diferentes formas.

-No existiría un criterio de verdad para adscribir significado a las normas jurídicas.

-Como consecuencia de ello, cualquier decisión interpretativa supondría una elección entre posibilidades en competencia, por lo que se concluiría que la interpretación no sería un acto de conocimiento sino un acto volitivo¹⁶ que siempre implicaría discrecionalidad.

-Conforme con esto, el lenguaje de los intérpretes no sería descriptivo ya que las interpretaciones jurídicas no constatarían nada, por lo que tampoco se podría predicar verdad o falsedad. No se describiría un significado único y pre existente sino que se lo adscribiría.

Sin embargo Guastini, suaviza su posición escéptica al afirmar que la interpretación debe ser distinguida de la creación de nuevas normas: un enunciado jurídico no admitiría cualquier interpretación sino que ella se daría en un cierto marco¹⁷.

El escepticismo de Guastini muestra que existiría una variedad de controversias interpretativas. El hecho de que la mayoría de las fuentes del derecho estén expuestas a variadas interpretaciones no podría reducirse a la existencia de ambigüedad. Además de las controversias interpretativas por la ambigüedad, vaguedad e indeterminación del lenguaje jurídico, las diversas posibilidades de interpretación de un texto legal también tendrían otros dos factores que estarían ausentes de la comunicación diaria: la pluralidad de técnicas interpretativas comúnmente aceptadas y la dogmática, es decir, la variedad de doctrinas jurídicas.

a. 3- La escuela de los Critical Legal Studies

Los representantes de la corriente denominada Critical Legal Studies intentaron demostrar que la idea de que el derecho determina normativamente las conductas es ficticia y que, por lo tanto, las decisiones judiciales obedecen a criterios políticos y no neutrales. El derecho no sería determinado, ni objetivo ni neutral.¹⁸

La escuela de los Critical Legal Studies, abrevando en la tradición marxista, sostiene que el derecho es el reflejo de las estructuras económicas. Lo que determinaría las

decisiones judiciales no sería ni los textos jurídicos, ni la intención del legislador, ni un juez ideal del estilo del juez Hércules de Dworkin, sino la estructura económica sobre la que se asentaría el sistema jurídico y político. La interpretación sería una actividad estratégica: las teorías de la interpretación sólo servirían para racionalizar decisiones puramente políticas de los jueces, que responderían a determinadas ideologías. Aquellos cuyos intereses no se fundasen en la ideología presente en la superestructura política se transformarían en grupos desaventajados dentro de la comunidad, de modo que la interpretación se presentaría como una herramienta para otorgar un ropaje de legitimidad a la exclusión política.

Esta concepción indeterminista, desarrollada en particular en el ámbito del derecho constitucional estadounidense, sostendría que el apego a la ley y el respeto a las decisiones judiciales, aún cuando justificara para los casos particulares una concepción de los derechos más cercana a los ideales liberales y de izquierda, provocaría un efecto indeseable: el de intentar atribuir legitimidad a un sistema jurídico que debería ser considerado corrupto, pues no garantizaría justicia para todos.

b) Algunos problemas de la tesis de la indeterminación radical

Contra la tesis de la indeterminación radical o “pesadilla”, en sus diferentes versiones, han surgido diversas críticas.

La crítica clásica, que fuera señalada por Hart¹⁹; tiene que ver con el énfasis exagerado que presta la postura en el proceso judicial, es decir, la faz de aplicación del derecho. Las normas regularían muchos aspectos de la vida cotidiana y no todos ellos concluirían en casos judiciales. Su crítica se basa en la caracterización de la naturaleza del derecho. El hecho de prestar demasiada atención en los problemas de aplicación del derecho podría hacer concluir a los escépticos que todos los casos serían controvertidos.²⁰

Hart remarca que el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Que de lo contrario no podría existir nada de lo que conocemos como derecho. También destaca que a pesar del amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, tanto la estructura dentro de la cual tiene lugar, como su principal producto final consistirían en reglas generales. Conforme con esto, las normas jurídicas funcionarían no simplemente como hábitos o como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como criterios de conducta, que serían aceptados.

Esto es, se ha destacado que uno de los factores más importantes que demuestran que al actuar se está aplicando una regla, sin arribar a un caso judicial, se daría cuando una determinada conducta es impugnada, donde se podría justificar dicho modo de proceder haciendo referencia a la norma, como también el carácter genuino de la aceptación de la

regla que puede manifestarse no sólo en nuestro reconocimiento y observación legal de ella, sino en nuestras críticas a las desviaciones. Según Hart el escéptico sería un absolutista desilusionado: como las reglas no son lo que el formalista sostiene, el escéptico expresaría su desilusión negando que haya o pueda haber regla alguna. Para Hart, del hecho de que el derecho posea textura abierta, que existan reglas que tengan excepciones que no puedan ser enumeradas taxativamente, no puede seguirse que sea completamente indeterminado.²¹

Asimismo, por otra parte, el hecho de no reconocer que los comportamientos humanos estarían gobernados por normas jurídicas, sería inconsistente con la afirmación que existen decisiones judiciales, mediante reglas secundarias de adjudicación, que confieren competencia jurisdiccional a un conjunto de individuos y, de este modo, autoridad jurídica a sus decisiones.

c) La tesis de la única respuesta correcta

Esta corriente considera que “interpretar” consiste en hallar el significado de las palabras, esto es “interpretar” no sería identificar ciertas convenciones estipuladas anteriormente, sino descubrir cómo el mundo estaría constituido.

En la actualidad uno de los principales representantes de la tesis de la única respuesta correcta es el profesor Michael Moore.²²

Moore llama a la teoría de interpretación que defiende “teoría iusnaturalista de la interpretación”²³ y la caracteriza a partir de dos tesis: 1) Que existe una respuesta correcta para las preguntas morales, una realidad moral 2) Que las premisas interpretativas necesarias para decidir cualquier caso, pueden y deben ser derivadas en parte recurriendo a los dictados de esa realidad moral. Por lo que, la moral “real”, y no la moral convencional o los “valores compartidos”, tendrían un lugar necesario en la interpretación de cualquier texto legal. Según las propias palabras de Moore:

“Defenderé la posición optimista (no escéptica) de que los juicios acerca de los significados de las palabras, acerca de las intenciones de las personas, acerca de lo que justifica un caso, y acerca de la moral, son de hecho capaces de ser 'realmente' verdaderos (la posición realista).”²⁴

Desde esta “teoría iusnaturalista de interpretación”, los jueces guiarían sus juicios acerca del significado ordinario de las palabras, por la naturaleza real de las cosas del mundo y no por las convenciones que gobernarían el uso ordinario de las palabras. Los jueces deberían encontrar respuestas que fueran realmente correctas, por lo que no tendrían que sentirse presionados por las convenciones morales de sus sociedades.

Esta teoría de la interpretación iusnaturalista de la norma, sería parte de un más

general realismo filosófico. Así, entonces, en esta concepción “interpretar” consistiría en hallar el significado de las palabras. A esto, diversos autores²⁵ han objetado no sólo que ese significado no sería un ingrediente necesario al construir el significado jurídico de algunas palabras o frases; sino también que esos significados ordinarios deberían ser evitados cuando la norma determinara su propio y específico significado.

En un clásico ejemplo, Moore analiza como funcionaría tanto la teoría realista como la teoría convencionalista cuando hay un cambio en el significado de un término. Así Moore, da el ejemplo²⁶ del concepto de “muerte”, en donde en una persona: “han cesado las funciones del corazón, dejado de respirar y perdido la conciencia”; pero en la que luego surge la posibilidad de revivirla, mediante ciertos procedimientos realizados suficientemente rápido. Desde la concepción convencionalista del significado, se estaría estipulando un nuevo significado de “muerte” que tendría que ver con esta nueva propiedad, por lo que habría cambiado el significado de “muerte”, que tendría que ver con la posibilidad de revivir a la persona.

Por el contrario, una teoría realista del significado, no compartiría ninguna de estas características con las convencionalistas. Una teoría realista consideraría que en el ejemplo citado, “muerte” sería un evento de tipo natural que ocurriría en el mundo y que no sería arbitrario que nosotros poseamos algunos símbolos para nombrar las cosas (sería arbitrario qué símbolo nosotros asignamos para nombrar esa clase de evento).

Según la teoría realista de Moore el significado debería determinarse no por algunos conjuntos de convenciones creados alguna vez, sino que se buscaría aplicar la mejor teoría científica que se pudiera reunir acerca de lo que, en el ejemplo de Moore, “muerte” realmente sería. Por lo que una teoría realista creería que habría más acerca de lo que “muerte” es (y que “muerte” significa) de lo que sería capturado por nuestras convenciones. No se estaría cambiando el significado cuando se sustituye una teoría por otra; se intentaría referir a un suceso de tipo natural. Las intenciones lingüísticas, en la teoría realista, serían constantes, aún si la teoría científica cambiase considerablemente. Moore recurre para justificar su concepción a la teoría causal de la referencia según la cual el significado no sería el que determinaría la referencia sino lo contrario.²⁷ A través de las más relevantes teorías disponibles, habría un mejor acceso a la real naturaleza de las palabras; el significado o referencia de los términos no estaría determinado por la creencia de nadie.

De esta forma, teóricos realistas²⁸ explican como personas con teorías radicalmente diferentes (creencias) acerca de un tema podrían tener genuinos desacuerdos, pudiendo significar o referir a lo mismo. Desde esta teoría el significado y la referencia de los términos estarían dados mediante el modo en que el mundo es.

A lo dicho hasta el momento, Moore agrega que existirían distintos tipos de escepticismos acerca que las palabras tuvieran significado. Me abocaré únicamente al análisis que efectúa del término “vaguedad”.²⁹ La indeterminación del significado que la

vaguedad crea dependería de la teoría del significado que se sigue. La vaguedad sería una característica convencional del uso del lenguaje. Con una teoría convencionalista del significado, se podría decir, siguiendo el ejemplo citado, que “muerte” es vaga y que debemos decidir, como un problema de política, si alguien está muerto o no. En una teoría realista, señala Moore, los indicadores convencionales determinarían el uso de la palabra “muerte” y serían aproximaciones temporarias a la mejor teoría que podemos reunir acerca de lo que sería “muerte”. “Muerte” no sería vaga en la teoría realista del significado, porque la palabra nombraría a esas clases naturales de eventos, su naturaleza sería el objeto de las ciencias que progresivamente se revela ante nosotros.

Este argumento llevado a grandes frases de la constitución como “tratos inhumanos y degradantes”, serían vagas según Moore sólo si se asume una teoría del significado convencionalista. La teoría realista aunaría decisiones basadas en la última teoría de lo que “muerte” sería. Sin esta teoría realista, jueces podrían creer que están cambiando el significado de la palabra. La teoría realista permitiría a los jueces encontrar el significado de, por ejemplo, “muerte” encontrando más acerca de ésta. En palabras de Moore:

“Mi teoría de la interpretación iusnaturalista nos urge a adoptar una concepción realista en cada caso. Los jueces deben guiar sus juicios acerca del significado ordinario de las palabras por la verdadera naturaleza de las cosas a las que refieren las palabras, y no por las convenciones que gobiernan el uso ordinario de esas palabras; [...] los jueces deben buscar las respuestas que sean realmente correctas cuando al interpretar recurran a valores, y no deben sentirse obligados por los juicios de la moral convencional de su sociedad. La teoría iusnaturalista de la interpretación es parte y parcela de un realismo filosófico más general.”³⁰

En lo que sigue pasaré a analizar una de las críticas más fuertes a la teoría de Moore

Lo desarrollado parece sólo poder ser aplicado a términos de tipo naturales de hablar ordinario, como sería el caso de “muerte”. Pero muchos términos usados en las normas jurídicas, así por ejemplo “contrato” o “dolo” no serían términos naturales, por lo que parecería no tener sentido la teoría realista del significado aplicada a estos términos.

Así, existiría lo que se ha llamado “términos especialmente definidos”. Esto podría llegar a mostrar que el significado de esas palabras procedería sólo de un set de convenciones; no las convenciones ordinarias del lenguaje sino las convenciones jurídicas que definen esos términos mediante la ley. Estos términos explícitamente definidos tendrían las siguientes características:

- 1) Las palabras técnicas legales como “dolo” no serían términos de tipo natural, no tendrían una naturaleza escondida ni teoría de naturaleza escondida.
- 2) La definición explícita que daría el significado de los términos en ley sería una definición legislativa. Igualmente aunque hubiera una naturaleza escondida para, por ejemplo “dolo”,

los jueces se guiarían por la explícita definición legislativa y no por la mejor teoría de esa naturaleza escondida.

Pero defensores³¹ de la teoría realista manifiestan que la explícita definición legislativa de una palabra no parecería significar que un juez pudiese ignorar la verdadera naturaleza del tipo de cosa que la palabra se refiere. Que muchas veces el conocimiento de tipo natural de cosas sería necesario para aplicar la definición de forma correcta, y también habría casos donde sería necesario ignorar la definición cuando se alejara de la real naturaleza de la cosa.

El indicador para el correcto uso de las palabras nunca sería necesario ni suficiente; pero siempre estaría sujeto a un potencial reemplazo por nuevas condiciones, no imaginadas previamente. Retomando lo dicho, el realismo en el significado de Moore se reforzaría mediante el realismo moral, el cual se caracterizaría a partir de dos tesis:

- 1) Que existe una respuesta correcta para las preguntas morales, una realidad moral
- 2) Que las premisas interpretativas necesarias para decidir cualquier caso, pueden y deben ser derivadas en parte recurriendo a los dictados de esa realidad moral.

Para este realismo jurídico, una teoría iusnaturalista de la interpretación sostendría que los valores pueden y deben entrar dentro de decisiones de todos los casos y que los valores reales, no sólo los convencionales, deben ser observados por los jueces. Para el realismo moral, los valores no serían limitados por las convenciones encerradas en el uso de algunas palabras. Un realista moral reconocería que se podría tener más conocimiento sobre una cosa particular, con lo cual se podría construir una mejor teoría de la justicia.

Así para el realista el juzgamiento acerca de las injusticias de algunos modos horribles de castigos, no sería guiado aplicando lo que se hubo adoptado acerca de qué es “cruel” e “inhumano”. Por lo que, de esta manera, se podrían conocer castigos que fueran inhumanos y a partir de dicha realidad desarrollar una teoría al respecto. En algunos casos, el significado ordinario no involucraría un juzgamiento de valores. En otros casos encontrar el significado de alguna palabra o frase se referirá enteramente a la mejor teoría moral.

Así, según teóricos realistas³², en lo que refiere a construir la mejor teoría de la justicia considerarían que el respeto a la igualdad no se reduciría a la satisfacción de las preferencias de la mayoría; que la verdadera igualdad en la interpretación debe de mirar a los valores reales, no sólo a los convencionales (preferencias) para determinar la dimensión relevante de moralidad del problema.

Por lo que los teóricos realistas en moral como Moore arribarían a la conclusión de que el convencionalismo determinaría qué tipo de valores se incorporarían dentro de la interpretación de la constitución pero, además habría en la sociedad, otros valores reales fundamentales, no reconocidos convencionalmente. Y esos valores reales fundamentales

serían los que los jueces usualmente mirarían al interpretar la constitución.

Según este realismo sofisticado acerca de la justificación de la revisión constitucional, la gente realmente tendría derechos, y ningún consenso de la mayoría podría violarlos. Por lo que un realista moral concedería un actuar antidemocrático de la revisión constitucional porque justificaría ello con los valores superiores. Así, desde esta postura realista moral, la objeción contramayoritaria no funcionaría, los jueces no estarían, por lo tanto, en ningún caso ejercitando discreción al resolver.

La idea que la gente posee derechos constitucionales, sería difícil de encuadrar con la idea de que el contenido de esos derechos estaría sujeto al consenso de la mayoría. Sería precisamente cuando la mayoría no respetase esos derechos, que los mismos tendrían alguna importancia contra la mayoría.

d) La tesis de la indeterminación parcial

Entre los dos extremos de la disputa, esto es: entre la tesis de la indeterminación radical (pesadilla) y la de la tesis de la única respuesta correcta (noble sueño), se encontraría la tesis de la indeterminación parcial.

La tesis de la indeterminación parcial o vigilia, según Hart³³, refiere a una posición constructivista moderada. Una posición según la cual si bien no existe un mundo jurídico independiente de nuestra capacidad de conocer el derecho construido por seres humanos, se puede determinar el significado de los enunciados jurídicos y de los constitucionales en particular demostrando que determinadas consecuencias se obtienen de la constitución. Aunque esto no nos garantiza que todas las proposiciones jurídicas sean verdaderas o falsas, sería verdad que, algunas veces, habría una respuesta correcta para los casos constitucionales. De esta manera, algunas veces los tribunales tendrían un derecho que aplicar y estarían jurídicamente obligados a aplicarlo; aunque, podrían equivocarse al hacerlo.

De esta manera, Hart refiere:³⁴

“En conclusión permítaseme decir lo siguiente: he retratado la teoría del derecho Norteamérica como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual nunca los jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces hacen una cosa y otras veces otra...”.

De acuerdo con esto, Hart señala que todos los sistemas jurídicos concilian dos necesidades sociales: la de contar con ciertas reglas, que en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin tener que

requerir una nueva guía oficial ni sopesar cuestiones sociales; y la de dejar abierta para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente aplicadas y resueltas cuando se presenta el caso concreto. Frente a esta situación la teoría de la indeterminación parcial permite afirmar que en principio podemos determinar el significado de los enunciados jurídicos en general, y constitucionales en particular; pero siempre pueden surgir dudas de aplicación de las formulaciones normativas a los casos particulares, en virtud de problemas como la textura abierta de las expresiones usadas, su ambigüedad o posibles conflictos en cuanto a sus alcances, y en esos casos los jueces tendrían discreción a la hora de resolverlos.

En este sentido, la Vigilia de Hart sostiene que, el lenguaje del derecho vive en un entramado de reglas, convenciones y prácticas que constituyen los lenguajes naturales. Por lo que de esta manera, el sentido de las formulaciones normativas debe atribuirse en el ámbito de dicho entramado.³⁵

Así, teniendo en cuenta que dicho entramado no es totalmente estable, surgirían dudas de aplicación de esas formulaciones normativas, por la textura abierta de las expresiones usadas, por la ambigüedad de ellas, etc., donde surgiría la discreción al resolver los casos.

En este sentido, las tesis que pueden atribuirse a la concepción de la Vigilia coincidirían en lo siguiente³⁶:

- No existiría un mundo jurídico, que trascienda nuestra capacidad de conocer el Derecho construido por los seres humanos, capaz de hacer verdaderas o falsas las proposiciones constitucionales.
- El significado de los enunciados constitucionales puros, vendría determinado por sus condiciones de afirmabilidad.
- A veces habría una respuesta correcta para los casos constitucionales y otras veces no. En algunas ocasiones los tribunales crearían derecho y en otras lo aplicarían. De esta manera, los tribunales podrían equivocarse, en aquellos casos en que aplican un derecho preexistente, al establecer los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos.

Hart remarca que el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Que de lo contrario no podría existir nada de lo que reconocemos como derecho. También destaca que a pesar del amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, tanto la estructura dentro de la cual tiene lugar, como su principal producto final consistirían en reglas generales.

Conforme con esto, las normas jurídicas funcionarían no simplemente como hábitos o

como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta, que serían aceptados. Esto es, se ha destacado que uno de los factores más importantes que demuestran que al actuar se está aplicando una regla, sin arribar a un caso judicial; se daría cuando una determinada conducta es impugnada, donde se podría justificar dicho modo de proceder haciendo referencia a la norma; como también el carácter genuino de la aceptación de la regla que puede manifestarse no sólo en nuestro reconocimiento y observación legal de ella, sino también en nuestra crítica a las desviaciones.

Asimismo, por otra parte, el hecho de no reconocer que los comportamientos humanos estarían gobernados por normas jurídicas, sería inconsistente con la afirmación que existen decisiones judiciales, mediante reglas secundarias de adjudicación, para Hart; que confieren competencia jurisdiccional a un conjunto de individuos y, de este modo, autoridad jurídica a sus decisiones:

“... la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a una sucesión cambiante de individuos y, con ellos, autoridad a sus decisiones.”³⁷

Así, parecería ser lógico que si los lenguajes naturales no tienen una semántica estable, no podría extrañar que la Constitución, que es parte de un lenguaje natural, también carezca de ella.

Pero que no tenga una semántica estable, no quiere decir que carezca de semántica; esto es, que a veces tengamos dudas, no significa que siempre las tengamos.³⁸

De esa manera, si bien el derecho no determina unívocamente todos los comportamientos humanos, la teoría de la indeterminación parcial considera que es posible articular una concepción de las proposiciones jurídicas que permita asignarles valores de verdad en muchas ocasiones.

En este sentido se puede concluir, con apoyo en la teoría hartiana, de que la visión de que los jueces siempre crean y nunca descubren el derecho que aplican a los litigantes (la pesadilla), y la postura opuesta, que asegura que siempre hay una respuesta correcta para cada caso (el noble sueño) son deficientes, y que en los sistemas jurídicos únicamente se daría una posición intermedia, denominada teoría de la indeterminación parcial.³⁹

IV- Entre “Democracia” y “Control jurisdiccional de constitucionalidad”

El origen del problema subyace en la dificultad para admitir, desde los parámetros de una teoría política democrática, que se impongan límites constitucionales a la capacidad de deliberación de los ciudadanos y al poder de decisión de las mayorías. La existencia y la operatividad de estos límites son, sin embargo, constantes en las actuales democracias

constitucionales.

Así, los más frecuentes tienden a garantizar, frente al poder de decisión de las mayorías, un coto vedado de derechos básicos mediante su atrincheramiento, esto es, su exclusión de la agenda política para que queden fuera del poder de decisión del legislador. A su vez, algunos de dichos autores son partidarios de la existencia de un mecanismo para el control de constitucionalidad de las leyes.

La cuestión de la justificación del control de la constitucionalidad es un asunto controvertido de la teoría de la democracia. Dado que en muchos Estados democráticos existen órganos judiciales con la competencia para revisar la constitucionalidad de disposiciones emitidas por legislaturas elegidas democráticamente, a menudo se cuestiona el fundamento de ese poder contramayoritario.

Según Ely, los tribunales presentarían desde una perspectiva democrática un déficit de origen por no constituir un cuerpo electo ni responsable electoralmente. Además, su función también sería antidemocrática, pues al asignárseles competencia para declarar inválida una norma emitida por la legislatura, impondrían límites a lo que el pueblo a través de sus representantes puede decidir.⁴⁰

Siguiendo esta línea, como se viene diciendo; el debate gira en torno de cómo proteger los derechos fundamentales y cuál debe ser el rol de la justicia en el cumplimiento de esta función.

V- Waldron y la “objeción contramayoritaria”. Argumentos en favor de la “objeción contramayoritaria” contra el control jurisdiccional de constitucionalidad:

Jeremy Waldron en su obra⁴¹ desarrolla básicamente tres críticas al control judicial de constitucionalidad:

- (i) La contradicción de la concepción liberal de la persona con el control judicial de constitucionalidad;
- (ii) El excesivo optimismo sobre los jueces y el excesivo pesimismo sobre los legisladores;
- (iii) El problema de permitir que sean las Cortes Supremas quienes tomen las últimas decisiones en materias que conciernen a toda la sociedad.

Y agrega⁴²:

-si prevalece la voz de los miembros de un tribunal se ignoraría el derecho de todos a participar en las decisiones que les afectan.

-no habría razones para suponer que los derechos serían protegidos de mejor manera mediante el activismo judicial que lo que sería mediante una legislatura democrática.

-a pesar que el resultado que genere sea justo, el control judicial de constitucionalidad sería democráticamente ilegítimo, porque dejaría en manos de unas pocas personas inamovibles en sus cargos y con escasa representatividad la última palabra sobre cuestiones de máxima importancia, esto es el alcance y contenido de los derechos fundamentales.

De esta manera Waldron concluiría que el argumento democrático se encontraría íntimamente vinculado a la tesis que lo lleva a rechazar el control jurisdiccional de constitucionalidad. Admitir en el diseño institucional el control judicial de constitucionalidad supondría que los individuos no se encontrarían capacitados para discernir por sí mismos las cuestiones básicas relacionadas con sus derechos y se fundaría en la desconfianza hacia las capacidades morales de la ciudadanía. Para Waldron la participación de todos en las decisiones públicas sería valiosa porque reconocería la dignidad, autonomía y capacidad de autogobernarse de las personas. Precisamente las características que harían plausible adscribir derechos morales a las personas.

A su vez Waldron reconoce que la democracia representativa, al confiar las decisiones a la regla de la mayoría de la legislatura, no sería un sistema democrático perfecto: pero las voces de todos serían más escuchadas que en el caso de confiar la decisión a unos pocos, como cuando se deja que un tribunal decida los alcances de un derecho constitucional.

Por lo que en este sentido, el autor referido argumenta que el respeto y la confianza merecida por los individuos deberían plasmarse en la existencia de un sistema institucional compatible con el predominio final de la voluntad de las mayorías, y no en uno sistemáticamente organizado para frustrarlo.

Así, en esta línea, Waldron sostiene que los propios jueces también tomarían sus decisiones mediante el voto y aplicando la regla de la mayoría. Que la necesidad del recurso al voto surgiría debido a la inevitabilidad de los desacuerdos en torno a cuestiones constitucionales fundamentales, tanto como sucede en el caso de los propios ciudadanos y legisladores. A su vez Waldron refiere que intervendría la convicción que cada juez tiene respecto del punto que se dirime.

Waldron manifiesta su escepticismo al funcionamiento real del control judicial, y refiere que en países donde no existen formas de control judicial, como por ejemplo en Inglaterra, son capaces de asegurar la protección a los derechos individuales de un modo igual o más que en Estados Unidos, país donde por primera vez se instauró el control judicial de constitucionalidad.

Por lo expuesto, Waldron también duda de aquellos argumentos que resaltan las

virtudes del razonamiento judicial como medio para mejorar la discusión democrática. Conforme con Waldron, los Parlamentos mostrarían al menos una de las pretensiones que el diseño de esta institución perseguiría: la representatividad del pluralismo social.

A su vez agrega, que el valor político que se asocia de forma más natural con el Parlamento moderno y con la legislación como derecho positivo (y con la autoridad de su producto) sería el de la legitimidad democrática.

De esto se seguiría que la legislación sería legítima porque sería el resultado de un proceso democrático y por ello legítimo de creación del derecho emprendido por un Parlamento representativo, en un contexto de desacuerdo.

A todo esto Bayón⁴³ considera que en los casos de difícil resolución, donde los preceptos constitucionales que declaran derechos básicos son formulados en términos vagos y abstractos, y su aplicación hace inevitable una “lectura moral” de los mismos, teniendo en cuenta la rigidez de la constitución, los jueces constitucionales tendrían la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos básicos. De esta manera Bayón expresa, que la verdadera regla de la decisión colectiva consistiría en remitir a:

“Lo que decida la mayoría siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales⁴⁴ entiendan que constituye el contenido e los derechos básicos”.

En este sentido, básicamente quienes sostienen el carácter contramayoritario del Poder Judicial, afirman que cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad, rompen con el principio central del ideario democrático, que refiere a que las decisiones políticas deben ser adoptadas por consenso popular; esto es, a través de los órganos diseñados mediante la representación política, y no mediante las decisiones de los tribunales que no tienen, sino muy mediatizadamente, cierta legitimidad democrática. Así, según esta concepción, dicha toma de decisión se caracterizaría por ser elitista, debido a que sería una minoría, los jueces, quienes tomarían las decisiones que corresponderían al pueblo y a sus representantes elegidos mediante el sufragio.

Por lo expuesto los defensores de esta perspectiva han afirmado en lo sustancial que el poder judicial, al no ser elegido de modo directo por el pueblo, no podría ser el censor de los otros dos poderes estatales, los cuales sí contarían con el aval de los votos, esto es, con legitimidad democrática propia.

El problema aumenta, si se considera que esta facultad no estaría muchas veces contemplada en forma expresa en el texto constitucional y que serían los propios jueces quienes se las habrían autoatribuido, recurriendo a la doctrina de los poderes implícitos.

VI- Críticas a la “objección contramayoritaria”. Algunas críticas a los argumentos de la objeción contramayoritaria Bayón,⁴⁵ pese a tener dudas respecto de si los actuales diseños

de las democracias constitucionales son fieles a los ideales democráticos, se ocupó de formular importantes críticas contra la posición de uno de los representantes más significativos de la corriente llamada “objeción contramayoritaria”, esto es, contra Waldron. En primer lugar advierte que, en realidad Waldron, debería asumir el resguardo de un “coto vedado” mínimo que resguarde la regla de la mayoría, que sería condición de posibilidad de la democracia frente a ella misma.

En segundo término, indica que habría un problema de compatibilidad entre el ideal democrático y el control jurisdiccional de constitucionalidad. Esto es, que existiría un problema de ajuste cuando el “coto vedado” se plasma de forma tal que su determinación queda abierta para un futuro.

Todo dependería de cómo se entendiera la regla de la mayoría, si fuera autocomprensiva o abierta al cambio. Esto teniendo en cuenta que una de las decisiones que puede tomarse por mayoría sería la de decidir dejar de usarla, y adoptar, en su lugar, una decisión distinta. En cambio se plantea, que se podría aceptar la misma como regla de decisión continua o cerrada al cambio; esto es, entender que esa clase de decisión estaría excluida del conjunto de la que cabe adoptar por mayoría.

Por lo que teniendo en cuenta la formulación de Waldron, se debería de defender una versión continua o cerrada al cambio: porque si la regla de la mayoría encarnaría un ideal que se reputa valioso, el de la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas, una comunidad no debería poder decidir por mayoría, dejar de decidir por mayoría, porque el ideal se autoanularía. Y optar por la versión continua o cerrada al cambio de la regla de la mayoría, no sería sino propugnar la idea de supremacía parlamentaria.

De esa manera, lo que se alega, es que si la democracia es valiosa, es valiosa también protegerla de sí misma y al ideal que hace valioso, el procedimiento democrático: la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones. Y de ello se seguiría que el valor de la democracia justificaría su constitucionalización. Lo que implicaría aceptar un atrincheramiento constitucional no sólo de un mecanismo procedimental, sino también de aquellos derechos que cabe considerar como presupuestos de una genuina decisión democrática.

Moreso, por su parte, defiende en su obra⁴⁶ una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos básicos, por lo que manifiesta que habría poderosas razones para que al menos algunos de estos derechos se convirtiesen en derechos constitucionales con cierta primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias y, también, que habría poderosas razones para confiar a los órganos jurisdiccionales algunos aspectos de la protección de estos derechos constitucionales.

Moreso, tras dedicarse a contestar las críticas planteadas por Waldron respecto a la objeción contramayoritaria al atrincheramiento de derechos refiere a la crítica dirigida particularmente al control judicial de constitucionalidad.

Así manifiesta que el control judicial de constitucionalidad sería un instrumento adecuado para proteger los derechos constitucionales. Siguiendo esta línea Moreso analiza que si se es partidarios de la tesis de la indeterminación parcial, sería posible distinguir los casos constitucionales claros de los casos constitucionales difíciles.

De esta manera Moreso refiere que en los casos difíciles la cuestión sería más compleja. Tal vez, en estos casos, un cierto grado de deferencia a las decisiones legislativas sería exigible al Tribunal, con el fin de evitar que unas pocas personas tomen decisiones contrarias a la mayoría democrática sobre cuestiones todavía ampliamente controvertidas en la sociedad.

A su vez aclara que, por más que haya un procedimiento de control judicial de la constitucionalidad, esto no representa en ningún caso que la constitución sea lo que el Tribunal dice que es; que existirían procedimientos, aunque costosos, de reforma de la constitución y que se podría cambiar la composición del Tribunal o sus opiniones.

De acuerdo a lo analizado en los puntos precedentes del presente trabajo, el control judicial de constitucionalidad cumpliría una función vital en un gobierno de poderes limitados, consistente en mantener el sentimiento público de que el gobierno ha cumplido con las normas de su propia Constitución y por ello la función “legitimante” de las normas por parte de la Corte Suprema; lo cual implicaría constatar su constitucionalidad. De esta manera, tener votos no podría ser una excusa para violar la Constitución.

En esta misma línea, el Dr. Carrió⁴⁷ se dedicó a analizar las bases y fundamentos de la crítica, arribando a que no parecería ser lógico colocar un poder ilimitado en las manos de la mayoría aritmética, arribando a la tiranía de la “mayoría”, sino que por el contrario, lo que parece buscarse sería “el gobierno de la mayoría con el “consentimiento de la minoría, o sea mayorías razonables”.

A esto se le suma que la alternativa, si el control judicial es antidemocrático; sería que el propio Congreso tendría que tener control sobre sus propios actos, lo cual sería “un absurdo”. Por lo que es de la esencia del Poder Judicial verificar la validez de las normas que habrán de ser aplicadas, desde que si los jueces sólo tuvieran la tan reducida misión de ser los portavoces del legislador, no “harían falta”. Serían sustituidos inmediatamente y sin perjuicio alguno, por funcionarios “administrativos”. En tal situación se produciría una quiebra fatal en el andamiaje tripartito de poderes establecido por nuestra Constitución histórica.

VII- Argumentos a favor del control jurisdiccional de constitucionalidad

a) Estrategias para superar la objeción contramayoritaria. ¿Constitución de detalle o constitución procedimental?

La Constitución de detalle ⁴⁸

La “Constitución de detalle”, refiere a aquella que restringe la actividad de control jurisdiccional, en el sentido que protege los derechos a través de disposiciones muy específicas, dejando limitada la función judicial; es decir reduce el ámbito de las cuestiones dudosas a debatir.

La idea de la Constitución de detalle busca reducir, limitar el problema de que un juez pueda invalidar una ley; restringiendo, de esta manera, el grado de controvertibilidad de las cuestiones interpretativas, pero esto se presenta acompañado de un problema distinto. Cuanto más específicas son las normas y más estrechos sus límites, aumenta la necesidad de revisarlas a la luz de las circunstancias sociales.

Por lo tanto, este sería un caso donde el poder judicial se encuentra sometido a los límites establecidos por el poder político; donde se podría replicar a la objeción contramayoritaria que al ser la Constitución una norma rígida, no facilitaría la adaptación a las nuevas circunstancias y, en consecuencia, la generación “actual” se vería sometida a un límite que estima inadecuado y que no puede alterar.

Asimismo, cuanto más específicas son las disposiciones de la Constitución de detalle, mayor es el riesgo de que no sean exhaustivas. A su vez el peligro aumenta con el transcurso del tiempo, ya que pueden surgir nuevos problemas no previstos en dicho ámbito restringido de la norma. De esta manera, una constitución con normas precisas, con límites estancos, se va desactualizando. A esto debe sumarse, a su vez, que una constitución de detalle, impide la ventaja de la abstracción, de integración de una sociedad plural.

En este punto, en oposición a la constitución de detalle, en contra de la objeción contramayoritaria, se puede concluir que si las disposiciones de la constitución son más abstractas o si existe alguna disposición más abstracta que permita nuevas dimensiones de la libertad y dignidad, los riesgos desaparecen

La “Constitución procedimental” ⁴⁹

La “Constitución procedimental” apuntaría a defender sólo los derechos de participación política; pero, sin embargo, teniendo en cuenta los valores que justifican la democracia, se debería resguardar no sólo los derechos de participación política sino el derecho a no ser discriminado y los derechos de autonomía individual.

En este sentido se arguye que si se considerara objetable que el juez imponga a la mayoría sus convicciones personales en cuestiones controvertidas, entonces debería rechazarse cualquier tipo de control judicial de la ley en materia de derechos, ya que la interpretación de los derechos de participación política también sería controvertida.

De esta manera, parecería ser mejor una Constitución sustantiva y de principios

relativamente abstractos, frente a una constitución procedimental o de detalle.

b) Ventajas del control jurisdiccional de constitucionalidad⁵⁰

- La legitimidad democrática de la Constitución

El argumento que puede esgrimirse en favor del control jurisdiccional de constitucionalidad, es el de sostener que dicho proceder es compatible con una legitimidad democrática, en razón de que cuando los jueces ponen en vigor la constitución, descalificando una ley o un decreto, están honrando la soberanía popular. De esta manera, esta explicación serviría para arribar a que el control judicial de constitucionalidad se desprende lógicamente de la legitimidad democrática.

- Falta de alternativa institucional al control judicial de constitucionalidad de los jueces.

Así, parecería que si bien es cierto que la constitución no atribuye a los jueces, en forma expresa el control de constitucionalidad, tampoco se la asignaría al Congreso ni al poder ejecutivo. De esta manera debe descartarse que sea el propio Congreso el encargado de dicho control. Primero porque la Constitución no ha querido sentar el principio de omnipotencia parlamentaria. Y segundo porque en un sistema de pesos y contrapesos, como nuestro sistema, se tendería al absurdo, si se sostuviese tal posibilidad, puesto que una regla elemental del control dice que no se identifiquen en el mismo órgano o persona, controlante y controlado.

- El poder judicial como órgano de protección de las decisiones individuales.

Entre las funciones del poder judicial se halla la de custodiar los derechos y garantías constitucionales, encontrándose en su cabeza el deber inexcusable de asegurar que todo individuo, pueda hacer uso del derecho de acceder a la jurisdicción, es decir, a la tutela judicial efectiva. De esta manera los jueces se ven como una garantía de los individuos y de las minorías frente al poder de las mayorías que pueden devenir en opresoras (equilibrio de poderes).

- Ventajas del proceso judicial.

Existirían algunas características del proceso judicial que tenderían a asegurar una mayor calidad de su deliberación. En este sentido, se ha afirmado⁵¹ que los jueces buscarían objetividad en mayor medida que las asambleas legislativas, porque ejercerían su poder en un contexto institucional en el que sólo pueden decidir después de haber participado en un diálogo que se caracteriza por las siguientes notas:

- 1) Los jueces no pueden controlar su agenda: están obligados a responder a quejas

que se les presentan para resolver en sus tribunales;

- 2) los jueces no pueden controlar totalmente el ámbito de personas a quienes deben escuchar: existen reglas procesales que les obligan a escuchar los argumentos de determinadas personas;
- 3) los jueces deben responder a las demandas que se les plantean, y asumir su responsabilidad institucional por la respuesta que dan;
- 4) los jueces deben justificar sus decisiones, se espera de ellos que aduzcan razones que trasciendan sus creencias personales y transitorias.

En la misma línea, muchos autores⁵² citan en apoyo del atrincheramiento de derechos fundamentales y del control jurisdiccional de constitucionalidad, el voto del juez Marshall en el caso *Marbury c/ Madison*, fundamentados en que el vedar a los jueces declarar la inconstitucionalidad de una ley conduciría a que la Constitución dejara de ser un parámetro acerca de qué es una ley válida; argumento fundamental del control judicial de constitucionalidad difundido en EEUU, y en Argentina mediante el caso *Sojo*⁵³ y de toda la jurisprudencia de su Corte suprema de Justicia. Sin embargo esta aceptación no ha sido unánime, generando gran cantidad de críticas⁵⁴.

En este sentido Ferrajoli⁵⁵, apoya la idea que la constitución atrincheraría y garantizaría derechos fundamentales y no se sujetaría al consenso de la mayoría. Así, la constitución no serviría para representar la voluntad común de un pueblo, sino que garantizaría los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. El fundamento de la legitimidad, a diferencia de lo que ocurriría con las leyes ordinarias, no residiría en el consenso de la mayoría, sino en un valor más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales.

Asimismo, diversos autores⁵⁶ apoyan la idea de que es necesario sostener una justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático.

Dentro de esta misma corriente, Ely⁵⁷ apoyaría la idea que un buen argumento a favor de una participación activa de los jueces, sería el que los magistrados se constituyeran en controladores del mismo procedimiento democrático; por lo que una concepción deliberativa de la democracia maximizaría su capacidad epistémica si se cumplieran algunas condiciones, como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en las discusión; la igualdad de condiciones con que se participa, etcétera. Las reglas del proceso democrático deben de estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Serían precisamente los jueces quienes estarían obligados a determinar en cada caso

concreto si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez.

“El enfoque a la adjudicación constitucional que aquí se recomienda es afín a lo que puede llamarse una orientación “antimonopolista” por oposición a una orientación “reguladora” frente a los asuntos económicos – en lugar de dictaminar resultados sustantivos, sólo interviene cuando el “mercado”, en nuestro caso el mercado político, funciona mal de manera sistemática”⁵⁸.

De esta manera parece que serían mejores los jueces para corregir y ampliar el proceso democrático que los órganos democráticos, ya que si el proceso estuviera viciado estos últimos se hallarían imposibilitados para arbitrar acerca de su corrección, puesto que carecerían de valor epistémico.

Así, de acuerdo con esto, la función de los jueces sería la de preservar y promover el proceso mismo de participación democrática y para este propósito el juez debería asegurar un mínimo de derechos y de libertades individuales; precisando aquellos derechos que hicieran posible el proceso democrático.

Conforme con lo anterior se puede identificar una concepción “procedimental” de la democracia, donde se resguardarían los derechos civiles y políticos, contrapuesta a una concepción “sustantiva”.

De acuerdo con Bayón⁵⁹, la diferencia entre las dos opciones sería la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como precondiciones de la democracia.

De esta manera, el debate no operaría en términos de la oposición entre democracia procedimental y democracia sustancial, sino entre dos versiones de la democracia sustancial: una “fuerte” que extendería la consideración de los derechos hasta incluir a los derechos sociales, y otra “débil”, que considera únicamente los derechos civiles y políticos.

Conforme con Ely⁶⁰ un paso para lograr una versión más sustantiva que “procedimental” de la democracia sería, además del reconocimiento de los derechos de participación en el proceso político, el de asegurar otro tipo de derechos, así el derecho a no ser discriminado. Ely apoya la idea de que la democracia se basaría en el principio de igual consideración y respeto de las personas.

De esta manera Ely tomaría a la regla democrática como expresión del principio igualitario, que estaría en la base de la democracia, y del cual sería posible derivar el derecho a no ser discriminado. Así este derecho, se constituiría en una precondición de la democracia, el ámbito del “coto vedado” que los jueces deben garantizar.

En este sentido, con estos argumentos, se daría el reconocimiento de la actividad de los jueces constitucionales, en tanto obligados a motivar y a fundamentar con calidad sus decisiones, que descansaría en el criterio de corrección que permitiría determinar por qué se deba presumir que ellos aciertan más que los legisladores.

En esta línea Nino⁶¹ considera que de la misma justificación de la democracia surgiría una limitación a los órganos mayoritarios, mediante el control judicial de constitucionalidad. Por lo que lo único que la mayoría no tendría legitimidad para decidir sería la restricción de las condiciones y presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas.

Nino fundamenta la legitimidad del activismo judicial en la necesidad de contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no dependería de mayorías que puedan afectar estas decisiones.

Nino también refiere que esto puede tener una interpretación restringida o una interpretación amplia. Que podría tener una interpretación restringida si se piensa que el papel de los jueces debe limitarse a verificar si se dieron las condiciones procedimentales del debate y de decisión democrática, o ser más amplia apelando al cumplimiento de pautas sustanciales de discusión.

Conforme con Nino, el límite del control judicial no sería fijo sino que sería una cuestión de razonabilidad, de sentido común, y que lo más importante sería la discusión acerca de los fundamentos.

Asimismo, Gargarella tras un minucioso análisis en contra del control judicial de constitucional, finalmente arriba:

“Para concluir, quisiera señalar que todo lo expuesto hasta aquí, no pretende negar la posibilidad de justificar algún tipo – más restringido- de control judicial; así como tampoco pretende rechazar la posibilidad de defender algún tipo de participación del poder judicial en el proceso de creación e interpretación judicial...”⁶²

El mismo autor también concluye:

“Con este tipo de afirmaciones, no quiero sostener que la ciudadanía deba disponer de una ilimitada facultad para llevar adelante su propia voluntad....”⁶³

De acuerdo con lo desarrollado, las réplicas más usuales a la objeción contramayoritaria vendrían a coincidir en que la tensión entre democracia y constitucionalismo sería sólo aparente, que todo dependería de lo que se entendiese por “democracia”⁶⁴.

Esto es, si se interpreta meramente regla de decisión por mayoría, entonces sería cierto que habría un conflicto entre ella y la primacía de la constitución, pero si se reconoce que no habría nada valioso en el mero mayoritarismo; si se entiende un concepto más robusto de democracia, de manera que presuponga derechos básicos y control judicial de constitucionalidad, no sólo no habría un conflicto esencial entre ella y el constitucionalismo,

sino que éste sería la forma institucional de la genuina democracia.

Moreso⁶⁵ tomando a Rawls, sostiene que la regla de la mayoría no podría ser entendida como un caso de justicia procesal pura⁶⁶ para aquellas concepciones de la justicia que reconocen principios que atribuyen derechos; sino que de hecho los procedimientos políticos serían siempre, para teorías de la justicia que reconocen derechos, supuestos de justicia procesal imperfecta.

VIII. Evaluación de la viabilidad de la objeción contramayoritaria. Su redimensionamiento a la luz de las diferentes concepciones interpretativas.

a) Tesis de la indeterminación radical y la objeción contramayoritaria

Si se asume la tesis de la indeterminación radical, podría ser correcto sostener que el mecanismo de protección constitucional de derechos básicos llevaría a una delegación de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas en el órgano de control. Dado que para este enfoque no hay ningún caso claro de interpretación, el órgano de control tomaría siempre una decisión discrecional al evaluar la constitucionalidad de cualquier norma. En otras palabras, bajo esta visión de la interpretación constitucional, el argumento contramayoritario parecería plausible. Sin embargo, el presupuesto indeterminista de que las reglas no determinan en absoluto sus casos de aplicación conduce irremediablemente a algo mucho peor que la pretendida dictadura de los jueces: lleva a la imposibilidad de seguir reglas y, en definitiva, torna imposible dar cuenta del funcionamiento del derecho.

Así, detrás de la crítica contramayoritaria se puede advertir la opción por una determinada concepción acerca de la interpretación de las normas “teoría de la indeterminación radical” o, como la bautizara Hart, el modelo de “la pesadilla”,⁶⁷ de conformidad con la cual los jueces nunca aplicarían un derecho preexistente a los casos que resuelven sino que, por el contrario, siempre crearían derecho. La imagen del juez como experto, objetivo, imparcial, encargado de declarar el derecho, sería una ilusión.

Por lo que se advierte que de acuerdo con esta visión de la interpretación, la actividad creativa de los jueces no se limitaría a los denominados casos difíciles, sino que comprendería a cualquier caso sometido a decisión, e implicaría que la preexistencia de una regla no resultaría relevante para su solución. De acuerdo con esta posición, las palabras no tendrían un significado intrínseco, de manera que no podrían establecer por sí mismas su ámbito de aplicación. Basados en esta idea, los indeterministas radicales conciben a la interpretación como una tarea creativa y determinante del significado y alcance de las reglas. La interpretación sería siempre una actividad valorativa y de decisión, nunca de conocimiento.⁶⁸

b) Tesis de la única respuesta correcta y la objeción contramayoritaria

Si en el otro extremo de la disputa nos inclinamos por la única respuesta correcta, la objeción contramayoritaria constituiría un sinsentido, no constituiría un genuino problema. Esto es, “el noble sueño”, siguiendo a Hart, presupondría un mundo jurídico independiente de nuestro conocimiento, que sería capaz de hacer nuestras proposiciones constitucionales verdaderas. Así, el significado de los enunciados constitucionales vendría determinado por sus condiciones de verdad, independiente de nuestra capacidad para verificarlo. Esta concepción niega la posibilidad de la discrecionalidad judicial y, con ello, la razón de ser de la objeción considerada.⁶⁹ De esta manera la objeción al control de constitucional no se daría, siempre existiría una única respuesta correcta para los casos constitucionales por lo que, los tribunales siempre aplicarían el derecho, nunca lo crearían. Lo que sí podría darse sería que los jueces se equivocasen al establecer los deberes y derechos constitucionales de los ciudadanos, al “descubrir” los derechos de las partes.

c) Tesis de la indeterminación parcial y la objeción contramayoritaria

Si se presupone la tesis de la indeterminación parcial en los casos claros los jueces sólo deberían controlar que se respetasen los límites fijados por la constitución para ciertos derechos básicos, mientras que, en los casos problemáticos los jueces sí tendrían discrecionalidad. De manera que el alcance de la objeción contramayoritaria desde este presupuesto se circunscribiría básicamente a los supuestos en los que la constitución resulta indeterminada.

Así, si bien desde esta tesis se reconocen las dificultades en la interpretación, (al igual que en el resto de los lenguajes naturales); y el margen de discrecionalidad que le es otorgado al juez, que no es poco; por otro lado, vemos que los extremos tampoco se configurarían.

De esta manera parece que la objeción contramayoritaria solo asumiría su mayor fuerza dentro del modelo de “la pesadilla”, de conformidad con la cual los jueces nunca aplicarían un derecho preexistente a los casos que resuelven sino que, por el contrario, siempre crearían derecho. Pero ello conlleva asumir los costos que esta concepción interpretativa acarrea. Si el significado de los textos depende siempre de una decisión del intérprete, en nuestro caso el juez, entonces cualquier atribución de significado, incluso el de normas infraconstitucionales implicará un ejercicio de discrecionalidad ya que quien decide el contenido de las normas serían los jueces y no las legislaturas. Pero entonces, si se asume la tesis de la indeterminación radical no hay modo de circunscribir los alcances de esta crítica al nivel de las normas de la constitución y la objeción sería una crítica dirigida al derecho en

general.⁷⁰

Luego del estudio de las distintas corrientes de autores, concluyo que sería legítimo el control jurisdiccional a fin de resguardar la primacía de la constitución sobre el resto de la legislación, y de esta manera proteger los derechos constitucionales de la actividad legislativa ordinaria.

De acuerdo con lo anterior, parece que estaría justificado un activismo judicial dentro del ideal de la democracia constitucional. Determinadas materias (los derechos fundamentales, la estructura territorial del Estado, la división de poderes, etc.) quedarían fuera de la agenda política cotidiana, y por lo tanto del debate público; esto es de la regla de la mayoría, que sólo valdría para la agenda política del resto de las cuestiones; debiendo por tanto los magistrados salvaguardar esos derechos tuitivos de bienes fundamentales, justificados en un concepto robusto de democracia.

De cualquier manera es importante resaltar, que no siempre las decisiones de estos órganos serían contramayoritarias, algunas veces sólo establecerían soluciones a conflictos que la regla de la mayoría no podría resolver.

Teniendo en cuenta Moreso⁷¹, el mismo destaca que por más que haya un procedimiento de control judicial de constitucionalidad, esto no representaría en ningún caso que la constitución sea lo que el tribunal dice que es, existirían procedimientos de reforma de la constitución y existiría la voluntad continuada de la mayoría política que podría cambiar la composición del tribunal o podría cambiar sus opiniones.

IX. Conclusiones y consideraciones finales. Grado de confirmación de la hipótesis planteada

Como hemos referido, una de las características de las democracias constitucionales en las que se considera central proteger los derechos básicos consiste en establecer un diseño institucional para proteger ese conjunto de derechos a través de la combinación de dos elementos: la primacía de una constitución que contiene una declaración de derechos y el control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria. La crítica contramayoritaria sostiene que confiar a los jueces el control de cuándo se ha violado el “coto vedado” de los derechos protegido por la constitución resulta contrario a los ideales democráticos porque se otorgaría a un grupo de personas sin representatividad la facultad de decidir cuáles son nuestros derechos y sus alcances, violentando así el ideal del autogobierno.

Como señaláramos existe una característica de las constituciones actuales que parece abonar esa interpretación: la presencia de cláusulas que poseen un elevado nivel de abstracción y, por ello, son manifiestamente vagas y habitualmente contienen términos cargados de resonancias morales, de manera que resulta difícil determinar en qué casos una

norma de jerarquía inferior resulta incompatible con ellas. Estas características de las cláusulas constitucionales darían lugar a lo que Gargarella denominó “brecha interpretativa”, según la cual son los jueces quienes terminan estableciendo cuál es el alcance de los derechos y no los ciudadanos o sus representantes:

“... a través de su inevitable tarea interpretativa los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería tomar la voluntad popular”⁷².

Frente a esta objeción, esta investigación buscó establecer si el problema que ella plantea es genuino: ¿son de hecho los jueces los que terminan decidiendo el contenido y alcance de los derechos consagrados en la constitución? ¿Está justificado en el marco de una democracia que presupone el ideal del autogobierno, otorgar a los jueces el control judicial de constitucionalidad de las leyes creadas por el legislador democrático?

Mis conclusiones apuntan a señalar que no es el caso que los jueces “decidan” a su libre arbitrio lo que dice la constitución y que existen razones para aceptar el control judicial de constitucionalidad en el marco de estados democráticos que consideran valioso tutelar ciertos derechos.

Respecto de la primera cuestión en torno al papel del intérprete, en este caso los jueces, frente al texto constitucional, fue necesario estudiar diferentes concepciones de la interpretación a fin de establecer si la objeción se sostiene desde todas ellas o si solo cobra sentido en una de ellas. Esta investigación me permitió advertir que cualquier posición o planteo respecto del sentido de los textos jurídicos y de los textos constitucionales en general, los términos que ellos contienen y la posición que asume el intérprete frente a ellos no puede aislarse de la concepción interpretativa que se asuma. En este sentido la identificación de los problemas conectados con la interpretación constitucional y/o sus alcances son completamente diferentes según se asuma la tesis de la única respuesta correcta, la tesis de la indeterminación radical o la tesis de la indeterminación parcial.

El estudio confirmó que la concepción de la interpretación que parece presuponer los argumentos más extremos de la objeción contramayoritaria y que son más coherentes con ella, es la tesis de la indeterminación radical, de conformidad con la cual los jueces nunca aplicarían un derecho preexistente a los casos que resuelven sino que, por el contrario, siempre crearían derecho. Para los indeterministas radicales la interpretación siempre sería estipulativa y determinante, tanto del significado como del alcance de la regla, nunca como una labor de conocimiento, siquiera parcial. Nunca habría un caso claro de interpretación y el juez siempre tomaría una decisión discrecional al evaluar la constitucionalidad de cualquier norma. Por ello, desde esta perspectiva, la objeción contramayoritaria cobra su mayor fuerza, y por ende las atribuciones otorgadas a los jueces en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad sería excesivas o, incluso para algunos, completamente injustificadas.

Esto es, si ningún caso de aplicación es “fácil”, y por ende es el propio juez el que debe decidir en todos y cada uno de ellos discrecionalmente nuestros derechos estarían virtualmente en manos de los jueces.

El problema es que asumir esta concepción de la interpretación tiene sus costos. Si las formulaciones normativas son “recipientes vacíos” cuyo contenido el intérprete decide a su antojo para cada caso concreto, ello significa que las normas no determinan en absoluto sus casos de aplicación: no existirían guías de conducta hasta tanto no apareciera el caso concreto, y ello conduce a algo mucho peor que el problema de que los jueces tengan el poder de decidir el contenido y alcance del derecho: lleva a la imposibilidad de seguir reglas y, en definitiva, torna imposible dar cuenta del funcionamiento del derecho tal como lo conocemos. Nuestras intuiciones parecen más cercanas a pensar el derecho como reglas, criterios y pautas de conducta que servirían tanto para los ciudadanos como para los poderes de estado.

Luego se tuvo en cuenta otra alternativa que se opone a la objeción, asumir la tesis de la única respuesta correcta según la cual el intérprete solo descubre el significado de las formulaciones normativas. Tome como eje de estudio la teoría de la interpretación de Moore y como él bien lo señala desde su teoría nunca se plantea un problema como el que plantean los partidarios de la objeción contramayoritaria, y ello sencillamente porque desde sus presupuestos no se admite la indeterminación ni la discrecionalidad judicial: los jueces solo dirían lo que dice la constitución. Pero considero que si bien esta sería una salida frente a la objeción ella también tiene sus costos, como por ejemplo admitir la existencia verdades metafísicas que el hombre es capaz de descubrir.

Considero que la alternativa más viable es asumir una vía intermedia: la tesis de la indeterminación parcial. Hart señala que todos los sistemas jurídicos concilian dos necesidades sociales: la de contar con ciertas reglas, que en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin tener que requerir una nueva guía oficial ni sopesar cuestiones sociales; y la de dejar abierta para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente aplicadas y resueltas cuando se presenta el caso concreto. Que el derecho no presente todos los casos como “claros” no quiere decir que nunca los tenga. La teoría de la indeterminación parcial permite afirmar que en principio podemos determinar el significado de los enunciados jurídicos en general, y constitucionales en particular; pero siempre pueden surgir dudas de aplicación de las formulaciones normativas a los casos particulares, en virtud de problemas como la textura abierta de las expresiones usadas, su ambigüedad o posibles conflictos en cuanto a sus alcances, y en esos casos los jueces tendrían discreción a la hora de resolverlos.

Así desde esta concepción la objeción contramayoritaria tendría un ámbito de aplicación más reducido: los casos en que el derecho está indeterminado. En los casos

claros el juez no tendría discrecionalidad y por ende la objeción no constituiría un problema.

Pero entonces, cabe preguntarse si el control judicial de constitucionalidad está justificado en los casos en que el derecho está indeterminado. Para responder a este interrogante consideré importante relevar los argumentos a favor y en contra del control de constitucionalidad en el marco de las democracias constitucionales. Ello me permite ahora concluir que rechazar por completo ese tipo de control, como lo propone Waldron, no es aceptable. Su posición justificaría como alternativa al control judicial de constitucionalidad, el otorgamiento de esa facultad al parlamento o congreso, lo que a mi entender generaría algo más peligroso que la supuesta dictadura de los jueces: la omnipotencia legislativa, ya que se llegaría al absurdo de que se identifique en la misma persona u órganos, el controlante y el controlado.

Así considero que existen buenos argumentos para justificar el control judicial de constitucionalidad. En primer lugar en algunos casos su presencia es inevitable: en muchos casos aunque el derecho regule una conducta claramente, puede que haya más de una norma que regule el caso en cuestión. Eso es muy común en los casos de conflictos entre derechos constitucionales. Y en ese caso resulta inevitable recurrir a un tercero, el órgano jurisdiccional, para que decida cuál de esas normas será aplicable al caso concreto. No puede concebirse que un órgano de carácter representativo se aboque a resolver ese tipo de conflictos.

En segundo lugar desde el punto de vista democrático el poder judicial también cumple un papel importante e indelegable: la función de custodiar los derechos y las garantías constitucionales de los individuos frente a las decisiones de las mayorías legislativas que pueden afectar a través de la legislación los derechos. Creo que si los tribunales ejercen esa atribución con prudencia, se pueden garantizar los derechos consagrados en las cartas constitucionales sin avanzar excesivamente sobre las decisiones legislativas, siendo así sensibles al principio del autogobierno que la objeción contramayoritaria busca proteger.

X- Bibliografía

- Alexy, R., 1986: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp-Verlag. Citado por la traducción castellana de E. Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Bayón, J. C. (2000), "Derechos, democracia y constitución" p. 65 y ss., Madrid, revista "Discusiones", año 1, Nº1, "Derechos y justicia constitucional".
- Bickel, A. 1962, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press.
- Brink, D. 1988 "Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, núm. 2: 105-148.
- Carrió, G. 1990. "Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría-Propuestas de reformas normativas para hacerlos mas compatibles", pub. en *La Ley*, t.1990-C-1050.
- Cohen, M. (ed.) 1984: *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa/New Jersey: Rowman & Allanheld.
- Dworkin, R. 1977: *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth. Citado por la traducción castellana de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta Agostini, 1993.
- Dworkin, R. 1985: *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, R. 1986: *Law's Empire*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Ely J. H., 1980: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press. Citado por la traducción castellana de J. H. Ely y M. Olguín, *Democracia y Desconfianza, Una teoría del control constitucional*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.
- Ferrajoli L. (2001), "Pasado y futuro del Estado de derecho", *Revista internacional de filosofía política*, Nº 17, 2001, pags. 31-46.
- Ferreres Comella, V. *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales. 1997.
- Frank, J. *Law and Modern Mind*, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1970. 1930
- Gargarella, R., 1996: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel.
- Gargarella, R. (1997), "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", revista "Isonomía".
- Gargarella, R. (2000), "Los jueces frente al coto vedado" 53ss, Madrid, revista

- “Discusiones”, año 1, N°1, “Derechos y justicia constitucional”.
- Garzón Valdés E. “representación y democracia” en Derecho, ética y política”. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
 - Garzón Valdés E. El papel del poder judicial en la transición a la democracia en La función judicial. Malem Orozco comp. Barcelona. Gedisa. 2003.
 - Guastini, R. Il giudice e la legge. Torino. Giappichelli. 1995.
 - Guastini, R. 2005: «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», en Carbonnel y Salazar, 2005: 245-249.
 - Hart, H, L, A 1961: The Concept of Law, Oxford: Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de G. Carrió, El Concepto de Derecho, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.
 - Hart, H, L, A 1970: “Ihering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, en Iherings Erbe, Götinger Symposium zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Ihering, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag. Citado por la versión publicada en Hart, 1983: 265-276.
 - Hart, H, L, A 1977: “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, Georgia Law Review, vol. 11, núm. 5: 959-989. Citado por la versión publicada en Hart, 1983: 123-188.
 - Hart H, L, A 1983: Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford: Oxford University Press. Kripke, S., 1980: Naming and Necessity, Oxford: Basil Blackwel.
 - Llewellyn, K. N. Jurisprudence. Realism in Theory and Practice. Chicago. The University of Chicago Press. 1962
 - Martínez Arancón A. 1989. La Revolución francesa en sus textos, Madrid, Tecnos.
 - Moore, M., 1985: “A Natural Law Theory of Interpretation”, Southern California LawReview, núm. 58: 279-398.
 - Moreso, J. J. (2000), “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 15 y ss y “Sobre el alcance del precompromiso” p 95 y ss. Ambos artículos en “Discusiones”, año 1, N°1, “Derechos y justicia constitucional”.
 - Moreso, J. J. La indeterminación del derecho y la interpretación de la. constitución, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales. 1997.
 - Nino, C. S (1989), “La filosofía del control judicial de constitucionalidad” Argentina. Centro de estudios constitucionales.
 - Orunesu, C. 2012. Positivismo jurídico y sistemas constitucionales, Madrid, Marcial Pons.
 - Orunesu, C. Perot P y Rodríguez, J. (2005), “Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales”, México, Fontamara.
 - Rawls, J. A Theory of Justice, Cambridge, Harvard University Press. 1971.
 - Sollum, L., 1987: “On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma”, The

- University of Chicago Law Review, vol. 54, núm. 2: 462-503.
- Tarello, G. L' Interpretazione della Legge. Milano. Giuffré 1980

 - Unger, R., 1983: The Critical Legal Studies Movement, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
 - Waldron, J., 1999, Derecho y desacuerdos, Madrid, Marcial Pons, 2005.
 - Waldron, J. (2005) "The core of the case of judicial review. 155 Yale Law Journal.

Notas

- ¹ Cf. Garzón Valdez 1993: 664.
- ² Cf. Orunesu, Perot y Rodríguez 2005: 5.
- ³ Gargarella 1996: 59.
- ⁴ Gargarella, 2000: 59.
- ⁵ Bickel 1961: 16-17.
- ⁶ Cf. Moreso 1997: 185.
- ⁷ Cf. Hart 1977: 4.
- ⁸ Cf. Hart 1977 y Moreso 1997: 186.
- ⁹ Véase por ejemplo Frank 1930 y Llewellyn 1962.
- ¹⁰ Véase por ejemplo Unger 1983.
- ¹¹ Véase por ejemplo Guastini 1995 y Tarello 1980.
- ¹² Véase por ejemplo Frank 1930 y Llewellyn 1962.
- ¹³ Véase por ejemplo Cohen 1935, Llewellyn 1962.
- ¹⁴ Véase por ejemplo Frank 1930.
- ¹⁵ Cf. Guastini 2005:139-140.
- ¹⁶ Cf. Guastini 2005:140
- ¹⁷ Cf. Guastini 2005:141.
- ¹⁸ Cf. Unger 1983.
- ¹⁹ Existirían otras críticas a la tesis de “la pesadilla”, como ser la incapacidad de distinción entre contexto de justificación y el contexto del descubrimiento de las decisiones judiciales. La confusión entre definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales. Para un análisis más detallado consultar: Moreso 1998.
- ²⁰ Cf. Hart 1961: 172ss.
- ²¹ Cf. HART 1961:173-174. Para una crítica similar respecto de algunas versiones contemporáneas de la tesis de la indeterminación radical, véase SOLLUM 1987:475.
- ²² No analizaremos aquí la teoría de Ronald Dworkin que también podría ubicarse en esta corriente. Véase al respecto Dworkin 1977, 1985 y 1986.
- ²³ Cf. Moore 1985:286
- ²⁴ MOORE 1985:287. La traducción me pertenece.
- ²⁵ Cf. Brink 1988: 126.
- ²⁶ Cf. Moore 1985: 293.
- ²⁷ Cf. Kripke 1980: 125.
- ²⁸ Cf. Bix 2000: 116.
- ²⁹ Según Moore existirían otros escepticismos respecto que las palabras tengan significado, pero no me referiré a éstos por razones de espacio. Para un análisis más detallado consultar: Moore 1985.
- ³⁰ MOORE 1985: 287-288. La traducción me pertenece.
- ³¹ Cf. Moore 1985.
- ³² Cf. Moore, citado en Bix 2000.
- ³³ Cf. Hart 1961, cap VII.
- ³⁴ Hart 1977: 348.
- ³⁵ Cf. Moreso 1997: 221ss.
- ³⁶ Sigo aquí a Moreso 1997: 187.
- ³⁷ Hart 1961: 174.
- ³⁸ Cf. Moreso 1997: 223.
- ³⁹ Hart cita como representante de esta posición a Ronald Dworkin, entre otros (cf. Hart 1983).
- ⁴⁰ Cf. ELY 1980: 23.
- ⁴¹ Cf. Waldron 1999.
- ⁴² Ibid. 100.
- ⁴³ Cf. Bayón 2000: 69.
- ⁴⁴ Ibid Bayón.
- ⁴⁵ Cf. Bayón 2000: 51ss.

- ⁴⁶ Cf. Moreso 1997.
- ⁴⁷ Cf. Carrió 1990.
- ⁴⁸ Para un análisis más detallado consultar Ferreres Comella 1997: 79ss.
- ⁴⁹ Ibid. 79ss.
- ⁵⁰ Ibid.
- ⁵¹ Ferreres Comella cita a Owen Fiss 1997: 174.
- ⁵² Véase por ejemplo Nino 1989: 79.
- ⁵³ Sentencia CSJN "Sojo Eduardo s/habeas corpus", 22.09.1887 (Fallos 32:120).
- ⁵⁴ Véase por ejemplo Waldron 2005.
- ⁵⁵ Cf. Ferrajoli 2001: 5ss.
- ⁵⁶ Ely 1997, Nino 1989 y Alexy 1986.
- ⁵⁷ Ely 1997: 168ss
- ⁵⁸ Ibid 12.
- ⁵⁹ Cf. Bayón 2000: 83ss.
- ⁶⁰ Cf. Ely 1980: 103ss.
- ⁶¹ Cf. Nino 1989: 97 ss.
- ⁶² Gargarella 1997:70.
- ⁶³ Gargarella 2000: 62.
- ⁶⁴ Cf. Bayón 2000: 68
- ⁶⁵ Cf. Moreso 2000: 15 ss.
- ⁶⁶ Para un análisis más detallado consultar Rawls 1971.
- ⁶⁷ Cf. Hart 1983.
- ⁶⁸ Cf. Moreso 1998:213 y ss.
- ⁶⁹ Cf. Orunesu 2010.
- ⁷⁰ Cf. Orunesu 2010.
- ⁷¹ Cf. Moreso 2000: 45.
- ⁷² Gargarella 1996:59.