
FERNANDO D. ÁLVAREZ ÁLVAREZ



**LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA
Y CONTROL JUDICIAL
DE CONSTITUCIONALIDAD.
(REFUTACIONES AL CARÁCTER
CONTRAMAYORITARIO DEL PODER JUDICIAL)**

LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y CONTROL
JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD
(REFUTACIONES AL CARÁCTER CONTRAMAYORITARIO DEL PODER JUDICIAL)

RESUMEN

En este ensayo se aborda un tema de creciente interés y actualidad en los ordenamientos jurídicos de Occidente, centrado en la discusión acerca del papel que deben cumplir los jueces dentro del *sistema* democrático. Así, se considera el problema planteado al Derecho Constitucional y a la Ciencia Política por la denominada *objeción contramayoritaria* del Poder Judicial, la cual básicamente se funda en el hecho de que los jueces, al no ser elegidos por el pueblo –sino de un modo muy mediato– no deberían convertirse, al ejercer el control de constitucionalidad, en censores de los actos y omisiones de los otros poderes del Estado. Contra esta posición, muy difundida en los centros académicos estadounidenses, se presentan nueve argumentos tendientes a neutralizar o superar dicha objeción, entre los que se entrelazan aquellos de profunda raigambre política republicana, con otros más cercanos a cuestiones de técnica constitucional.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalidad judicial, tutela judicial, legitimidad democrática de la Constitución, control de constitucionalidad, proceso político democrático, derecho constitucional, jueces, control de constitucionalidad, derechos de las personas, control al proceso político democrático.

ABSTRACT

This essay addresses a highly topical subject of increasing interest in Western legal mandamuses today, as focused on debating the role to be played by judges within the democratic *system*. This is how the problem posed to Constitutional Law and Political Science by the so-called *counter-majority objection* of the Judiciary, essentially based on the fact that the judges, by not being popularly elected – but rather in a very mediate manner –, should not, in exercising constitutional control, become the censors of acts and omissions of the other State powers. Against this stance widely spread among academic centers in the United States, nine arguments are submitted, all leading to either neutralize or overcome this objection, and among which those of deep republican rooted politics intertwine with others closer to constitutional-technique questions.

KEY WORDS

Judicial constitutionality, legal protection/tutelage (“tutela”), democratic legitimacy of the Constitution, constitutionality control, democratic political process, constitutional right, judges, the rights of individuals, control to the democratic political process.

SUMARIO: 1.- PLANTEO. 2.- "NUEVOS" ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LEGITIMIDAD POLÍTICA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. 2.1- EL ARGUMENTO REPUBLICANO-LIBERAL. LA LEGITIMIDAD REPUBLICANA DE LA JUDICIAL REVIEW (LAS TENSIONES EXISTENTES ENTRE DOS TRADICIONES: DE LA PREPONDERANCIA REPUBLICANA A LA PREPONDERANCIA DEMOCRÁTICA). 2.2- EL ARGUMENTO DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN. 2.3- EL ARGUMENTO DE LA FALTA DE ALTERNATIVA INSTITUCIONAL (DE LEGE DATA) AL EJERCICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LOS JUECES. 2.4- EL ARGUMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES. 2.5- LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA TUTELA JUDICIAL DEL PROCESO POLÍTICO DEMOCRÁTICO COMO FACTOR DE LEGITIMIDAD DE LOS JUECES. 2.6- EL ARGUMENTO DE LA "REPRESENTACIÓN SIMBÓLICA" (GAUCHET): LOS JUECES Y SU NUEVO ROL EN EL SISTEMA REPRESENTATIVO. 2.7- EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD COMO PROMOTOR DEL EQUILIBRIO ENTRE PODERES. 2.8- EL ARGUMENTO DE QUE LA FACULTAD DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD JUDICIAL ES UN PODER LIMITADO. 2.9- EL ARGUMENTO DE LA ESTRUCTURA DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO. SU VINCULACIÓN CON LA DISTINCIÓN ROMANISTA ENTRE AUTORIDAD Y POTESTAD. 3.- ORIENTACIONES Y PROPUESTAS QUE PRETENDEN SUPERAR LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA. 4.-CONCLUSIONES.

1. PLANTEO

El reconocimiento de que el Derecho está dirigido a todos los miembros de una comunidad, y que, en consecuencia, sus intérpretes son múltiples, no impide afirmar que los intérpretes jurídicos por antonomasia sean los jueces¹. En efecto, en el marco de la función judicial, los jueces cuentan en los sistemas de control de constitucionalidad difuso, como es el caso argentino –inspirado en el modelo estadounidense– con la facultad de ejercer control de constitucionalidad sobre, en principio, todos los actos estatales. Ahora bien, el tema cuyo análisis quiero afrontar en este ensayo es una de las cuestiones más problemáticas que deben enfrentar las ciencias jurídicas y políticas contemporáneas: se trata del "carácter *contramayoritario* del poder judicial".

Ahora bien, ¿qué se quiere decir con esta expresión? La misma fue acuñada por Alexander BICKEL en un libro ya clásico², y, básicamente, quienes sostienen este punto de vista afirman que cuando los jueces ejercen control de constitucionalidad se rompe con el principio central del ideario democrático que reza que las decisiones políticas –y las que controlan a las leyes y a los actos y normas del Ejecutivo lo son– deben ser adoptadas por consenso popular (a través de los órganos diseñados para constituirlo mediante la representación política) y no mediante la decisión de los tribunales, que no tienen sino de modo reflejo –y muy mediatizadamente– cierta legitimidad democrática. En realidad, puede afirmarse que se produce una mutación del paradigma de la toma de decisiones, pasándose de uno "democrático" a

1 VIGO, Rodolfo, *Interpretación constitucional*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, cap. 8, p. 99.

2 BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a ed., New Haven, Yale University Press, 1986.

otro "elitista", el cual se corporiza en una minoría (los jueces) que toman decisiones que solamente corresponderían al pueblo y a sus representantes erigidos por sufragio.

NINO sostiene que esta concepción, de orígenes políticos conservadores, es el resultado de cierto "elitismo epistemológico", el cual presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, son más importantes el conocimiento técnico-jurídico y la destreza intelectual que la capacidad para representar y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión³. Incluso, este autor llega a sostener que "es entendible que aquellos juristas que celebran las bondades del control de constitucionalidad se sientan ellos mismos más identificados con los jueces que con los políticos y, de este modo, se inclinan a pensar (...) que aquello que ellos mismos consideran las soluciones correctas –sus propias decisiones correctas– serían más factiblemente descubiertas por los jueces que por los políticos"⁴.

Alexander BICKEL presenta esta objeción con toda elocuencia:

"La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. Hay varias formas de tratar de pasar de largo esta realidad ineluctable: Marshall intentó una de ellas cuando habló de ejecutar en el nombre 'del pueblo' los límites que él había ordenado para las instituciones de un gobierno limitado... Pero la palabra 'pueblo' tal como es usada aquí es una abstracción. No necesariamente, de ningún modo, es una abstracción sin sentido o perniciosa: es una abstracción siempre cargada de emoción, pero no de representación –una abstracción que oscurece el hecho de que cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora–; ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Esto, sin connotaciones místicas, es lo que realmente sucede. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente que la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático"⁵.

En síntesis, los defensores de esta perspectiva han afirmado, en lo sustancial, que el poder judicial al no ser elegido por el pueblo –sino en modo muy mediato– no puede, al ejercer control de constitucionalidad, ser el censor de los otros dos poderes estatales, los cuales sí cuentan con el aval de los votos, esto es, con legitimidad democrática propia. Este planteo crítico a la *judicial review* se vuelve más acuciante si consideramos, además, que esta facultad no está, muchas veces, contemplada en

3 En efecto, Carlos S. NINO sostiene que la objeción contramayoritaria expresa un elitismo epistémico consistente en la aceptación de que unos señores ilustrados pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar del proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión, y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública. Véase: NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 685.

4 NINO, Carlos S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 260 [edición original en inglés *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, 1996, siguiendo explícitamente a Michael Walzer, "Philosophy and Democracy", 9 *Political Theory* 379, pp. 387-390 (1987)].

5 BICKEL, Alexander M., op. cit., pp. 16 y 17.

forma expresa en el texto constitucional, y que los mismos jueces han sido quienes se las han autoatribuido⁶ echando mano a la doctrina de los poderes implícitos⁷, de modo de otorgar un anclaje constitucional a esta extraordinaria potestad judicial, que navega por los inciertos confines en los que confluyen lo jurídico y lo político⁸.

Varias han sido las razones que se han argüido intentando neutralizar la imputación de falta de legitimación democrática de los jueces. Así, entre otras, en defensa de la *judicial review* se ha afirmado que el juez es un tercero imparcial e independiente; que es el custodio del principio de legalidad; que la jurisprudencia es una fuente de derecho creadora de valores; que el Congreso o Parlamento no siempre resulta ser la expresión genuina del pueblo, sino que muchas veces es la consecuencia de la mayor o menor fuerza que puedan tener ciertos grupos de presión⁹; etcétera.

Sin embargo, estas argumentaciones aportadas tanto por la doctrina comparada como por la nacional –sobre las que no abundaré por ser ya más que suficientemente conocidas– no parecieran constituirse en razón suficiente –ni consideradas individualmente ni en su conjunto– para rebatir de modo concluyente la crítica que se pretende superar¹⁰.

En esta inteligencia, me ha parecido interesante ensayar algunas reflexiones en torno a una visión, hasta cierto punto inexplorada en el medio latinoamericano, del control de constitucionalidad judicial, orientada ya no exclusivamente a la protección de los derechos de las personas, sino también –y fundamentalmente– a la tutela del proceso político democrático. En las páginas siguientes se examinará hasta qué punto la asunción por los tribunales, y de modo especial por la Corte o Tribunal Supremo, de este rol de garantía sobre el sistema político puede conducirnos a una razón de legitimación democrática de la jurisdicción constitucional que pueda ser aceptada, incluso, hasta por una buena parte de quienes señalan críticamente la falta de legitimación de los jueces para controlar la corrección constitucional de los procederes de los otros poderes estatales.

A la versión original de este trabajo le he agregado, antes de las conclusiones, un apartado sobre los recientes Decretos 222/03 y 558/03 dictados por el Poder Ejecutivo argentino, mediante los cuales se abre una interesante instancia de participación ciudadana en la elección de los jueces, la cual, al tiempo que tiende a limitar la discrecionalidad del Presidente en el ejercicio de una competencia que le es atribui-

6 En los Estados Unidos a partir del célebre *leading case* "Marbury vs. Madison". En la Argentina se señalan los pronunciamientos de la Corte recaídos en "Sojo" y "Municipalidad de la Capital c. Elortondo".

7 Sobre los "poderes implícitos", *cfr.*, entre otros: BIANCHI Alberto B., *Control de Constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*. Ábaco, Buenos Aires. 1992. pp. 84-95.

8 Un aporte de interés dirigido a clarificar las relaciones entre las dimensiones políticas y jurídicas presentes en la actuación de la Corte Suprema argentina, es el realizado en SANTIAGO (h), Alfonso, *La Corte Suprema y el control político*. Ábaco, Buenos Aires, 1999.

9 Ver en HITTERS, Juan Carlos, "Legitimación democrática del Poder Judicial y control de constitucionalidad", *E.D.*, t. 120, pp. 903-911.

10 BIANCHI, Alberto, *op. cit.*, p. 105.

da constitucionalmente, refuerza la legitimidad de los magistrados judiciales que se designen en su consecuencia. De esta manera, puede tener el lector acceso a las últimas novedades que la cuestión ha suscitado en mi país (*ver ap. "c", cap. 3*).

2. "NUEVOS" ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LEGITIMIDAD POLÍTICA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

A continuación presentaré algunos argumentos tendientes a legitimar democráticamente y, de modo más amplio, políticamente el ejercicio del control de constitucionalidad en manos de los jueces. Los he calificado de "nuevos", pues aportan distintos grados de novedad respecto a los argumentos utilizados más clásicamente en el tratamiento del tema.

2.1 El argumento republicano-liberal. La legitimidad republicana de la *judicial review* (las tensiones existentes entre dos tradiciones: de la preponderancia republicana a la preponderancia democrática)¹¹

Para comprender el meollo de la falta de legitimidad democrática de los jueces es necesario, aunque más no sea mínimamente, retrotraer nuestra reflexión a los fundamentos mismos de nuestro sistema político. A partir de finales del siglo XVIII, el constitucionalismo y la democracia se combinan para concebir un sistema de gobierno al que solemos denominar "democracia constitucional" o, también, "democracia liberal". Muchos consideramos que esta unión constituye un feliz matrimonio entre dos valiosos ideales y que la democracia constitucional es una forma de gobierno muy superior a la democracia pura, o a un gobierno constitucional no democrático.

Sin embargo, este matrimonio entre democracia y constitucionalismo no es sencillo, por varios motivos. Por un lado, la idea de "democracia" encierra la pretensión de alcanzar el ideal de un proceso político participativo en el cual todas las personas que puedan resultar afectadas por una decisión política tengan un igual derecho a expresar sus opiniones en el proceso de toma de decisiones –esto lo podríamos denominar como *principio de igual participación*–. Por otro lado, aparece otra idea, que podríamos denominar "republicana", que está orientada a crear mecanismos de control del poder (distinción entre poder constituyente y poder constituido,

11 Adviértase que, sugestivamente, los dos partidos mayoritarios e históricos de los Estados Unidos son el Demócrata y el Republicano, quienes reflejan las dos concepciones que confluyeron en la formación del constitucionalismo. El partido Demócrata se ubica cerca de los más desfavorecidos dentro de la sociedad, y quiere ubicarse más cerca del sentir popular propiciando la participación directa y la deliberación como procedimiento de toma de decisiones. Por su parte, el partido Republicano se identifica más con la reafirmación de las libertades negativas y la limitación al poder estatal. El sistema político estadounidense mantiene en un equilibrio dinámico, con oscilaciones, estos dos principios. Si se exagerase el elemento democrático se caería en una demagogía irresponsable. Si, contrariamente, se enfatizase demasiado el republicanismo, una oligarquía conservadora podría neutralizar toda posibilidad de cambio social. Como vemos, estas concepciones más que contradecirse, se complementan, en un permanente *corsi e ricorsi* de una orilla a la otra.

supremacía constitucional, división de poderes, los "frenos y contrapesos") que caracterizan al gobierno limitado, en el cual ni siquiera la mayoría puede afectar los derechos individuales tutelados.

En consecuencia, el principio o ideal democrático resalta los aspectos participativos e igualitaristas, mientras que el republicanismo destaca la limitación del poder, cualquiera sea la forma como lo concebamos, y tiende a entronizar el principio de libertad individual, de modo que podríamos considerarlo como "individualista-liberal" o, siguiendo a NOZICK¹², simplemente como "libertario". Estos dos idearios, desplegados en la historia, dieron lugar a dos tradiciones que confluyeron en una versión *fuerte* del constitucionalismo¹³, surgido como una síntesis de estas dos tendencias que, si bien no necesariamente se encuentran en conflicto, presentan no pocas tensiones, además de algunas compensaciones básicas¹⁴.

Indudablemente, el detectar con precisión esas tensiones es una labor muchas veces harto dificultosa. Esto se explica, en buena medida, dada cierta imprecisión que pesa sobre la propia definición de democracia¹⁵, lo que implica, como consecuencia necesaria, una cierta aleatoriedad del concepto de constitucionalismo, que como dije es el resultado de la confluencia del "principio democrático-igualitario" y del "republicano-libertario".

Ahora bien, en la concepción política estadounidense, plasmada en la Constitución de Filadelfia, el gobierno limitado (principio *libertario-republicano*) aparece muy acentuado. Ello se evidencia a través de la concepción de la división de poderes, tanto en sentido vertical (*check and balances*) como horizontal (federalismo), que

12 NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, Oxford, Blackwell.

13 Puede hablarse de distintos grados de constitucionalismo, cuyo grado de fortaleza o robustecimiento cubre un arco que va desde una concepción básica del *rule of law*, hasta el diseño de los modernos sistemas de gobierno (concepciones más amplias de libertad e igualdad, control de constitucionalidad imparcial e independiente, etc.). Sobre este punto, véase: NIÑO, Carlos, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997).

14 Aún a riesgo de incurrir en una simplificación peligrosa, como lo son todas las simplificaciones, puede decirse que el pensamiento de J.J. Rousseau es un buen ejemplo del ideario democrático-igualitarista: mientras que el pensamiento de Madison o de Hamilton puede válidamente representar el ideario republicano (aunque, por supuesto, John Locke fue el gran precursor en la exposición de los principios del gobierno limitado y de las libertades negativas).

15 Si bien dentro del pensamiento político actual casi nadie niega que la democracia es prácticamente el único sistema de gobierno legítimo, no existe consenso acerca de cuál es el origen de esa legitimidad. Siguiendo a Niño, podemos plantearnos algunas preguntas cuyas respuestas posibles harán aparecer modelos de democracia muy distintos entre sí, y que, indudablemente, condicionarán de distinta manera, a su vez, al constitucionalismo resultante. Revisemos algunos interrogantes: ¿El valor de la democracia es sustantivo o meramente procedimental?; ¿quiénes son los sujetos o protagonistas del proceso político democrático, los grupos o los individuos?; ¿la democracia es independiente de todo juicio moral, o, distintamente, es un modo de elegir entre distintos valores morales, siendo consecuentemente un medio idóneo para resolver conflictos morales?; ¿la democracia tiene principalmente un sesgo negativo, es decir, que su fin es principalmente el de evitar la tiranía; o tiende, más bien, a ser una condición positiva vinculada a la promoción de la felicidad de las personas?; ¿la democracia es una forma de gobierno o, acaso, un estilo de vida?; ¿podríamos decir que caracteriza a la democracia su virtualidad para modificar las preferencias de las personas, o, distintamente, que debería caracterizarse por impedir que éstas sean alteradas?; ¿qué prescripciones o contenidos constitucionales serían esenciales, y cuáles otros serían accidentales? Como se anticipó *ut supra*, las distintas respuestas posibles a estos interrogantes resultarán en un diferente modelo democrático y, necesariamente, afectarán la noción de constitucionalismo (cfr. NIÑO, Carlos, *La Constitución...* ob. cit., p. 18).

tiende a evitar que cualquier órgano político pretenda arrogarse la representación de todo el pueblo. Asimismo, la Constitución procura impedir, a través de distintos mecanismos, la formación de mayorías abrumadoras¹⁶.

El sistema político estadounidense fue, pues, en sus comienzos, más republicano que democrático¹⁷. En este contexto es donde se insertó la institucionalización del control de constitucionalidad en manos de los jueces. Estaban dadas las condiciones para que el razonamiento alquímico de Marshall, en "Marbury vs. Madison", le permitiera a los jueces asumir para sí ese poder sin asignación constitucional expresa que se encontraba a la deriva¹⁸, y a la Corte Suprema, como intérprete final de la Constitución, su asunción indubitable como cabeza de un verdadero poder de estado.

Ahora bien, en la actualidad y con la "revolución democrática" que se fue desarrollando en Occidente durante el siglo XX, el modelo original –predominantemente republicano– quedó anacrónico. Hoy la pregunta por el carácter contramayoritario del poder judicial es más acuciante, porque si bien le reconocemos una considerable eficacia al control de constitucionalidad llevado a cabo por los jueces con "moderación y prudencia"¹⁹, nuestra *sensibilidad democrática* del siglo XXI no parece permitirnos aceptar acríticamente que el monopolio de tamaña facultad –dejar sin efecto los actos del Estado– se encuentre en manos de funcionarios que no han sido elegidos por el pueblo. ¿Es posible encontrar una salida a esta encrucijada? De ello me ocuparé enseguida.

2.2 El argumento de la legitimidad democrática de la Constitución

Un argumento que puede esgrimirse es el de sostener que el control judicial de constitucionalidad es compatible con una legitimidad democrática, en razón de que cuando los jueces ponen en vigor la Constitución descalificando una ley o un decreto no están oponiéndose a la voluntad mayoritaria, sino que –contrariamente

16 BEARD, Charles. *Una interpretación económica de la Constitución*. Arayú, Buenos Aires, 1953, cap. VI.

17 El régimen representativo que instauraron los "Padres Fundadores" no fue, ni pretendió ser, una modalidad de la democracia sino una forma de gobierno esencialmente diferente y, además, preferible, en la cual una *élite* gobernante –los representantes– debían aportar a la acción de gobierno su juicio maduro y prudente (inmunizado de las "pasiones desordenadas" y de las "ilusiones efímeras" que caracterizan –en este orden de ideas– al accionar popular), el cual sería más ajustado a la consecución del bien público que la opinión que el pueblo mismo pudiese formular de manera directa. Esta concepción, que significó un avance prodigioso en la evolución de los sistemas políticos, tenía como presupuestos un principio elitista (por el cual algunas personas se encuentran capacitadas para decidir imparcialmente en nombre de todos los demás) y un principio pluralista (ninguna facción o grupo debe imponerse sobre los demás, asegurándose un equilibrio entre las corporaciones presentes). Cfr. MANIN, Bernard, "Los principios del gobierno representativo", en *Sociedad*, Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, N° 6, 1996, pp. 13-38. Este orden de ideas es desarrollado más ampliamente por este autor en *The Principles of Representative Government*, Syndicate of the Press of the University of Cambridge, 1997).

18 Adviértase que, como se adelantó en las notas 6 y 7, tanto en la Constitución estadounidense como en la argentina de 1853/60 –que sigue siendo la base del texto actual– el control de constitucionalidad no aparece reconocido expresamente como una facultad de los jueces, sino que sendas cortes supremas fueron quienes en su carácter de intérprete final de la Constitución reconocieron dicha facultad como implícitamente consagrada en favor de los tribunales.

19 CARRIÓ, Genaro, ob. cit., p. 1054.

te- están honrando la soberanía popular expresada en esa misma Constitución. Es decir, lo que están haciendo es darle eficacia a una voluntad mayoritaria (la del Constituyente) de nivel superior a la del legislador ordinario o el administrador.

Este argumento asocia hasta la identificación la Constitución histórica con la expresión más alta de la soberanía popular, que es su voluntad manifestada en la Asamblea Constituyente. La consecuencia de esta identificación sería que el control judicial de constitucionalidad se desprende lógicamente de la legitimidad democrática.

En un plano teórico el argumento es, a primera vista, plausible. Sin embargo, en numerosos supuestos reales, es decir, cuando intentamos aplicarlo a constituciones concretas, podría recibir como refutación que muchas de ellas no tienen credenciales democráticas demasiado fuertes. Por ejemplo, los procesos constituyentes de Estados Unidos (Filadelfia, 1787) y Argentina (Santa Fe, 1853) no han sido sancionados por un procedimiento democrático genuino, que resultasen aceptables en la actualidad. Piénsese, por ejemplo, que solamente hombres blancos y ricos participaron en la votación (exclusión de las mujeres, de algunas minorías, formas de elección de los delegados objetables, etc.). Llevando un poco las cosas al extremo, como la antigua democracia ateniense no sería aceptada por nuestra actual sensibilidad política (han pasado por nuestra cultura el cristianismo y el liberalismo, ni más ni menos), de modo que nadie toleraría hoy la entrega total de los individuos a la *Polis*, ni que sólo participase un ínfimo número de personas en la Asamblea (los ciudadanos en sentido estricto), o que se nieguen la dignidad y la libertad con instituciones tales como la esclavitud, tampoco se aceptarían desde el punto de vista democrático varios aspectos de los procesos constituyentes de muchas constituciones históricas aún vigentes.

En el caso argentino, sin embargo, la última reforma de la Constitución data de 1994. El Congreso, el órgano representativo y deliberativo por antonomasia, a la hora de asumir su rol de control preconstituyente no consideró necesario realizar ninguna modificación en lo referente al control de constitucionalidad judicial que, como vimos, es –en la Constitución histórica– una facultad implícita del Poder Judicial (tal y como por vía pretoriana lo había decidido la Corte Suprema siguiendo a su similar estadounidense). Además, y sin perjuicio de la razón recién señalada, cuando en el artículo 43 de la Constitución argentina (incorporado por la reforma de 1994) se admite que los jueces pueden ejercer control de constitucionalidad en el marco de los juicios de amparo, no cabe duda de que se está efectuando un reconocimiento explícito, si bien parcial, de la titularidad judicial de dicha facultad.

En consecuencia, puede sostenerse válidamente, a mi criterio, que nuestro sistema de control de constitucionalidad consagrado por la práctica constitucional ha sido convalidado o ratificado democráticamente al menos en forma tácita por el proceso constituyente de 1994, el cual fue, aún con deficiencias “menores” (v. gr., la utilización de la “lista sábana” para la elección de los constituyentes; las votaciones en bloque por sí o por no; y otras imperfecciones) un proceso indudablemente democrático. De modo que, si bien podría decirse que la vigencia democrática de la Constitución se diluye con

el correr del tiempo, dado que no puede expresar en forma permanente un consenso acerca de cómo el pueblo resolverá conflictos sociales actuales, me parece que es muy difícilmente discutible que la convalidación tácita de 1994 se encuentre plenamente vigente. Pienso que, dada esta circunstancia del derecho constitucional argentino, el argumento de la legitimidad democrática de la Constitución, que viene a contrariar la objeción contramayoritaria, puede ser considerado un argumento fuerte, aunque pueda endilgársele el tener un carácter más bien formal.

2.3 El argumento de la falta de alternativa institucional (de *lege data*) al ejercicio de control de constitucionalidad por los jueces

Un planteo que puede hacerse en oposición a la *objeción contramayoritaria* podría ser el siguiente: Si los jueces no cuentan con legitimidad democrática suficiente, ¿quién debería ejercer el control de constitucionalidad en su lugar? En definitiva, ¿cuál de los otros dos poderes estatales debiera subrogar al Judicial en el cumplimiento de esta función?

En este orden de ideas, me parece necesario decir que, si bien es cierto que la Constitución no atribuye a los jueces en forma expresa esta facultad, no es menos cierto que tampoco se le asigna ésta al Congreso ni al Poder Ejecutivo. En consecuencia, y si la existencia de control de constitucionalidad tiene carácter necesario²⁰ a fin de garantizar la supremacía constitucional y los principios y valores que este acuerdo social encarna, tal vez los objetores de la *judicial review* debieran abocarse a demostrar que dicha facultad de control se encuentra entre los poderes implícitos de los otros poderes estatales, hipótesis que no ha sido sostenida por ninguna formulación doctrinal conocida.

Además, introduciéndonos un poco más en la cuestión, ¿cuál sería el *estándar* conforme al cual debería evaluarse la democraticidad de un órgano? ¿Es, acaso, la

20 Decimos que el control de constitucionalidad (no forzosamente el judicial) tiene un carácter necesario ya en la primera forja de la democracia constitucional, y como postulado decimonónico del liberalismo político, aparece –paralelamente al principio de soberanía popular– la convicción de que para conseguir limitar el poder del Estado, propendiendo con ello al aseguramiento de las libertades individuales, era necesario recurrir a unas doctrinas justificatorias que deviniesen en instrumentos idóneos para la consecución de dicho fin. Esas doctrinas fueron básicamente el propugnar “el gobierno de las leyes y no de los hombres” y la “división o separación de los poderes”. A su vez, para poder concretarse en el orden de la realidad, dichas doctrinas necesitaron de una herramienta que permitiese el establecimiento de tales límites, competencias y separaciones. Esa herramienta fue la *Constitución* entendida como ley de leyes, como norma suprema y rígida, que enunciase las reglas de juego político de la comunidad. Como consecuencia de la razón de ser de la *Constitución* fue necesario crear procedimientos destinados a controlar la legalidad constitucional de los actos de los poderes constituidos, procedimientos que deberían posibilitar la fulminación de los actos o normas que fuesen contrarios a las normas y principios constitucionales. Este razonamiento condujo necesariamente a la convicción de que era menester dotar a los sistemas constitucionales de una función orientada a garantizar la supremacía de la Constitución. Como conclusión del punto anterior cabe afirmar que la función de control de constitucionalidad es de existencia necesaria en una democracia constitucional. Ello es, asimismo, una derivación lógica del principio de supremacía constitucional, y todos los principios y valores que esa supremacía tiende a asegurar, fundamentalmente los relativos a la protección de las libertades individuales. Además, de no aceptarse la *necesidad* de que exista una función de control de constitucionalidad, se estaría admitiendo que las leyes y actos públicos en general son perfectos, y que una vez sancionados adquieren una validez constitucional invulnerable, lo cual enervaría el precitado principio de supremacía. De lo aquí dicho debe concluirse que la función de control de constitucionalidad es de existencia necesaria en cualquier sistema jurídico político.

que posee el Congreso? (al menos por hipótesis reconozcámosle *democraticidad* plena a nuestro Parlamento, dejando de lado la crisis de representación política que han generado la "partidocracia", las distorsiones generadas por los sistemas electorales utilizados en la Argentina para las elecciones legislativas, la disfuncionalidades representativas connaturales al federalismo, la globalización económica y política, y los crecientes fenómenos de corrupción). Indudablemente, al menos en un plano teórico, ninguno de los poderes constituidos por la Ley Fundamental puede alcanzar tal grado de legitimidad democrática, porque el Congreso posee base representativa, es colegiado, es deliberativo, y acoge prácticamente a todas las corrientes y agrupaciones políticas que representan alguna entidad electoral significativa. Entonces, ¿cuánto menos democrático que el Congreso puede ser el órgano que ejerza el control de constitucionalidad?

Por supuesto, que debe descartarse de plano que sea el propio Congreso el encargado de dicho control. Primero, porque la Constitución claramente no ha querido sentar el principio de la *omnipotencia parlamentaria*. Y, segundo, porque en un sistema de pesos y contrapesos como el nuestro, 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*²¹.

En conclusión, no hay *alternativa institucional* al ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, este argumento alcanza a responder sólo parcialmente la cuestión. Ello es así dado que con él llegamos a la conclusión de que el control debe ser ejercitado por el Poder Judicial, pero nada nos dice acerca de cómo y bajo qué presupuestos. Un defensor de la objeción contramayoritaria podría sostener que bajo otras alternativas el Poder Judicial podría ganar la legitimidad de la que en nuestro modelo carece. Por ejemplo, se puede afirmar que en un modelo más cercano al vigente en Europa continental, con un tribunal constitucional especializado, que acogiera cierta representatividad política (v. gr., periodicidad del cargo, elección popular de todos o algunos de sus miembros, etc.) podría superarse la objeción.

Opino que la sola adopción del sistema europeo²² resolvería, tal vez, el problema de la asignación constitucional de la función (que ya no sería tal en el derecho argentino), pero ello no alcanzaría a ofrecer soluciones sobre el fondo de la cuestión del déficit democrático. Un tipo de reformas más radical (que incluyese algún grado de participación popular en la formación o funcionamiento de los tribunales al momento de efectuar una declaración de inconstitucionalidad) sí es susceptible de

21 FISHER, LOUIS, *Constitutional Dialogues, Interpretation as Political Process*, Princeton University Press, New Jersey, 1988, p. 62, citado por BIANCHI, Alberto, *La legitimidad...*, ob. cit., cap. III, c).

22 Esta es la propuesta que en nuestra doctrina efectúa Néstor P. SAGÜES (ver: "Reflexiones sobre las variables de éxito y fracaso de un tribunal constitucional" en *E.D.*, diario del 06.11.01, pp. 1-3). En torno a los tribunales o cortes constitucionales y el tema aquí en análisis hay que decir que en los países que siguen esta modalidad (especialmente en Europa continental y en un número creciente de estados latinoamericanos) la discusión sobre el carácter *contramayoritario* del poder judicial no aparece, puesto que la titularidad y alcances del control están previstos expresamente en la Constitución. El Reino Unido es un caso excepcional puesto que, como vimos en el capítulo 1, en virtud de la doctrina de la soberanía del Parlamento, no existe control de constitucionalidad judicial.

resolver la cuestión. En la parte final de este capítulo volveremos sobre esta cuestión al analizar propuestas concretas que podrían ayudar a disolver la objeción de fondo.

2.4 El argumento de la protección de los derechos individuales

Entre las funciones esenciales de los tribunales judiciales se encuentra el 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, la tutela judicial efectiva.

Esta función es una derivación directa del control de constitucionalidad. En nuestro país tiene particular relevancia el papel de la Corte Suprema nacional, como *tribunal de las garantías constitucionales*, siendo, además, el *intérprete final de la Constitución*, lo cual le confiere a nuestro máximo tribunal un *status* especial dada su jerarquía y dado el efecto expansivo de sus pronunciamientos.

La justificación del ejercicio de control de constitucionalidad, por los jueces, en razón de su función de custodios de los derechos individuales es una manifestación de la tradición republicana, que ve a los jueces como a una garantía de los individuos y de las minorías frente al poder de las mayorías que puedan devenir en opresoras.

Tal vez, pueda decirse que en realidad la protección de los derechos individuales no constituye un argumento autónomo, puesto que, en verdad, puede ser considerado como una implicancia del proceso político democrático que debe incluir elementos republicanos como factores equilibrantes del poder de las mayorías.

2.5 La ampliación del objeto del control de constitucionalidad: la tutela judicial del proceso político democrático como factor de legitimidad de los jueces

El derecho constitucional estadounidense, además de reconocer a los jueces la facultad de ejercer control de constitucionalidad sobre los actos y omisiones estatales que afecten ilegítimamente los derechos de las personas, ha ampliado el objeto de dicho control al proceso político democrático. Se ha señalado con acierto que esta expansión del control judicial se ha constituido en un intento más por legitimar el control de constitucionalidad²³.

La cuestión ha sido profundamente estudiada por varios autores estadounidenses, y especialmente por John Hart ELY, a quien seguiré parcialmente en mi razonamiento²⁴.

23 BIANCHI, Alberto B., ob. cit., p. 109.

24 ELY, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980.

Veamos: El procedimiento democrático es resultado de reglas, que, a su vez, tratan de asegurar la eficacia de determinadas precondiciones de la democracia (sufragio universal, igualdad en las condiciones en que tiene lugar la participación; libertad de expresión, sobre todo política; evitar las mayorías congeladas y las manipulaciones de los sistemas electorales; etc.). El grado de cumplimiento de estas condiciones refleja la calidad de la democracia de una determinada sociedad. La finalidad de las reglas del proceso democrático es justamente tratar de asegurar el mayor grado de cumplimiento de esas condiciones, de modo que las decisiones políticas que se adopten, básicamente a través de leyes, conduzcan a la concreción de principios morales, que permitan la plenitud de las personas.

Aquí es donde aparece la pregunta acerca de quién debe asegurar que las reglas del proceso democrático sean cumplidas adecuadamente. Es evidente que esa misión no puede encomendarse al proceso democrático mismo, ni a un órgano que –en cierto sentido– lo encarne (v. gr., el Congreso), ya que una de las reglas esenciales del control consiste en que controlante y controlado no sean la misma persona u órgano²⁵.

Una respuesta a tal cuestionamiento es la que concibe al poder judicial como a una suerte de árbitro del proceso democrático. La misión o el objetivo fundamental de este árbitro es velar por el cumplimiento de las reglas de procedimiento que garantizan la discusión y el respeto por la decisión democráticamente adoptada. Los jueces, desde este punto de vista, son, hasta cierto punto, *outsiders* del sistema político que deben controlar la regular aplicación de las reglas y procedimientos constitucionales²⁶.

Debe destacarse que, desde esta óptica, el ámbito de actuación de los tribunales queda limitado a la revisión de los procedimientos y no de las decisiones relativas a valores, ya que los órganos democráticos son los que tienen aptitud y legitimación para expedirse sobre estas cuestiones. ELY tiene la idea de que la propia Constitución impone una división del trabajo entre legisladores y jueces: los políticos se encargan de determinar los valores, mientras los jueces se ocupan de los procedimientos (para eso están mejor preparados que los políticos)²⁷.

El juez viene a actuar como un árbitro en una competencia deportiva: no debe intervenir para indicar que alguno de los equipos debe jugar de tal o cual manera ni, mucho menos, participar en el juego, sino simplemente limitarse a actuar cuan-

25 Cfr. BIANCHI, Alberto B., ob. cit., p. 106, siguiendo, a su vez, a VANOSI, Jorge R., "Las perspectivas del Estado democrático, democracia constitucional, pluralismo y control", en *Revista del Instituto de Derecho Político y Constitucional*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UBA, N° 1, pp. 87-105, especialmente p. 94.

26 Lo dicho guarda consonancia con la doctrina que afirma que, a la hora de aplicar el control de constitucionalidad, a los jueces les corresponde cumplir una función moderadora del sistema político. "(La) funcionalidad del régimen político está ligada al equilibrio de sus poderes, de modo de buscar entre ellos la cooperación y el no bloqueo, amén de evitar la expansión de uno en perjuicio del otro, y con ese objetivo es conveniente la existencia de un órgano cuya misión sea velar por el correcto funcionamiento de la separación de poderes, aunque permaneciendo al margen de ellos. Este *pouvoir neutre* –como lo denomina Benjamin CONSTANT– en las repúblicas modernas coincide frecuentemente con el órgano al que se le ha encomendado el control de constitucionalidad (VIGO, Rodolfo, ob. cit., pp. 133-134). En el mismo sentido, VANOSI, Jorge, *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 85; y SANTIAGO (h), Alfonso, ob. cit., cap. III.

27 ELY, John Hart, ob. cit., caps. III y IV.

do alguno de los dos equipos pretende obtener ventajas abusivas (este enfoque puede compararse al que en materia económica se denomina *orientación antitrust*). En la relación "justicia-política" ocurre lo mismo, de modo que los jueces no deben intervenir para la determinación acerca de cómo debe funcionar el mercado político o cuáles deben ser sus resultados, sino que solamente deben velar para que dicho mercado no funcione inadecuadamente. En este orden de ideas es como se dice que las ideas de ELY están orientadas a un "reforzamiento representativo"²⁸.

Esta línea de pensamiento sólo puede ser concebida necesariamente dentro de una teoría de la democracia que otorgue prioridad enfáticamente al principio mayoritario. Es la mayoría, a través de sus representantes, quien debe decidir el modo como se responderá a las cuestiones valorativas que se planteen, y no un grupo ilustrado de jueces. Asimismo, ante la posibilidad de que esta regla no se cumpla en la realidad²⁹, se debe procurar mejorarla y no, contrariamente, abandonarla, relativizarla o, directamente, reemplazarla por algún tipo de regla minoritaria³⁰. Esta afirmación se ve refrendada por las dos tareas principales que, en la concepción de ELY, aparecen reservadas a los jueces: "limpiar los canales del campo político y evitar la discriminación contra las minorías".

2.6 El argumento de la "representación simbólica" (Gauchet): los jueces y su nuevo rol en el sistema representativo

En este punto seguiremos el desarrollo sostenido por Marcel GAUCHET en una obra de hace algunos años³¹, que si bien expresa ideas inspiradas en la historia y la

28 Ely, John Hart, ob. cit., caps. IV.

29 La falibilidad de la regla mayoritaria está dada por el carácter autointeresado de los representantes y del riesgo, considerable, de que como representantes de la mayoría deparen un trato impropio a ciertas minorías en situación de indefensión.

30 La postura de la mayoría de la Corte Suprema argentina en el célebre caso "Peralta" (1990) puede ilustrar la relativización o abandono de la regla mayoritaria. En aquel trascendente fallo la Corte convalidó la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dictase decretos de necesidad y urgencia, prácticamente equivalentes a las leyes del Congreso, ante situaciones de grave riesgo social. Entre los argumentos esgrimidos se sostiene que ante una situación de emergencia pública (en el caso una crisis económico-financiera estatal, que condujo al gobierno a retener una parte de los depósitos bancarios de los particulares) se justificaba que el Poder Ejecutivo ejerciese funciones legislativas. Daba por supuesta la lentitud y baja eficacia del Congreso, quien para impugnar este tipo de norma reglamentaria debía hacerlo mediante ley expresa. Es decir, que sobre este último punto la Corte instituyó la aprobación tácita del Congreso respecto a los decretos de necesidad y urgencia, los cuales no necesitaban ratificación legislativa para mantener su vigencia jurídica, sino que, al contrario, para ser erradicados debían ser derogados por el Poder Legislativo. Toda esta "doctrina pretoriana" carecía de todo sustento en la letra de la Constitución y echaba mano al derecho de emergencia y al estado de necesidad. Respecto al punto que interesa aquí destacar, el Congreso aparece, según la visión de la mayoría del tribunal, como un estorbo que debe ser removido para poder decidir con el dinamismo y la celeridad que parecen exigir las circunstancias. Sin embargo, y como agudamente señala Gargarella, podría pensarse que la recurrencia de crisis que la Corte se ocupa de convalidar se originan más bien en políticas erróneas y no consensuadas que en las "demoras" que produce la búsqueda de consenso (cfr. GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, p. 242). Y esto sin pretender con lo dicho irresponsabilizar al Congreso por su mora y falta de eficacia, casi habituales en la Argentina. El planteo apunta a interrogarnos acerca de qué hubiese ocurrido si en vez de que la Corte asumiese, con frecuencia cada vez mayor, un rol permisivo frente al Poder Ejecutivo, hubiese denunciado sus abusos y extralimitaciones. Tal vez entonces los poderes políticos habrían aprendido la lección.

31 GAUCHET, Marcel, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, les peuple et la représentation. 1789-1799*, Paris, 1995.

actualidad de Francia –aplicables las que nos interesan aquí sin demasiado esfuerzo a los estados occidentales europeos contemporáneos–, opino que con ciertas limitaciones resultan aplicables a una sociedad como la nuestra. Este autor afirma que en el último cuarto de siglo se ha reavivado en la población la preocupación por las libertades individuales. El Estado garantizador pasa a primer plano sobre el Estado gestor y planificador, apareciendo, paralelamente al desarrollo de este proceso, dos figuras que han pasado a ocupar un primer rango: la prensa y los jueces. Ese dúo de poder informal “tiene por misión completar el sistema representativo”, y ello se aprecia, en el caso de los jueces, por la defensa de la individualidad, de la personalidad ante los abusos de los poderes públicos. Así, la acción judicial (particularmente la de los jueces que actúan en el ámbito del Derecho Público) se transforma en una pieza central del sistema representativo (en el sentido *simbólico* del término), pues es el factor clave que nos permite “governarnos a nosotros mismos a través de otros hombres que nos gobiernan”. “Así, los jueces son los guardianes del principio de composición del cuerpo social. Tienen por función mantenerlo inalterado, esto es, preservar las condiciones que hacen su poder soberano, igual a sí mismo en todos los instantes del tiempo... Si el juez se le opone al Pueblo, es con el fin de evitarle ponerse en contradicción consigo mismo”.

2.7 El control judicial de constitucionalidad como promotor del equilibrio entre poderes

Ya HAMILTON señalaba, en el número 78 de *El Federalista*, que los jueces no tienen “ni la espada ni la bolsa”³², y que en ese sentido se trataba del más débil de los poderes del Estado. Sus decisiones, incluso han de apoyarse en definitiva “en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos”. En este contexto, los jueces están llamados a cumplir primordialmente una función de control, particularmente cuando los poderes políticos (que deben encarnar fundamentalmente la eficacia de la acción de gobierno) se exceden de sus marcos de actuación establecidos en la Constitución, sea en desmedro de los derechos de las personas, sea en las facultades de otro órgano o poder estatal. Inclusive algunos autores sostienen, avanzando aún más en esta dirección, que la Corte Suprema debe cumplir el rol de moderador del proceso político³³. Ello es así, puesto que la funcionalidad del régimen político está ligada al equilibrio de sus poderes, de modo de buscar entre ellos la cooperación y no el bloqueo, amén de evitar la expansión de uno en perjuicio del otro. Con ese objetivo conviene que exista un órgano cuya misión sea velar por el correcto funcionamiento de la separación de poderes, aunque permaneciendo al margen de ellos. Este *pouvoir neutre* –como lo denomina Benjamin CONSTANT– en las repúblicas modernas coincide frecuentemente con el órgano al que se le ha encomendado el control de constitucionalidad³⁴.

32 MADISON, HAMILTON, JAY, *The Federalist Papers*, Nueva York, Doubleday, 1966, cap. 78.

33 SANTIAGO (h), Alfonso, “Los modelos institucionales de Corte Suprema”, en SANTIAGO (h), Alfonso y ÁLVAREZ, Fernando, *Función Política de la Corte Suprema* (obra en homenaje a Julio Oyhanarte), Ábaco, 2000.

34 VIGO, Rodolfo, *Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 133-134). En el mismo sentido, VANOSSI, Jorge, *Teoría Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 85; y SANTIAGO (h), Alfonso, ob. cit., cap. III.

2.8 El argumento de que la facultad de control de constitucionalidad judicial es un poder limitado

Este argumento puede considerarse separado en los siguientes puntos:

- a. *Los jueces ejercen control de constitucionalidad en el marco de un caso judicial (primer límite al control judicial)*. Una de las limitaciones dentro de las cuales se ejerce el control de constitucionalidad en nuestro país es la consistente en el hecho de que los jueces solamente pueden emitir juicios de inconstitucionalidad de actos o normas emanados de los poderes públicos, no en cualquier oportunidad, sino en el marco de un "caso judicial". Además, los jueces –a efectos de resolver correctamente el caso– deben respetar y hacer respetar las reglas de la supremacía constitucional.
- b. *Los efectos limitados del control (segundo límite al control judicial)*. Como sabemos, el ejercicio de control de constitucionalidad, en un sistema judicial difuso como el nuestro, no implica la derogación de la norma. El efecto se limita a la prescindencia de la norma para la solución del caso en que se ha planteado la cuestión, de modo que la misma debe ser resuelta como si la norma no existiera. El control difuso no juzga la constitucionalidad de la norma en abstracto, sino que enjuicia su aplicación al caso concreto. En otras palabras, no juzga lo legislado por el Congreso, sino lo disvalioso que puede resultar aplicar esa decisión legislativa a un caso particular. Desde esta perspectiva, el argumento contramayoritario pierde mucha fuerza, puesto que no se produce un enfrentamiento entre un Congreso, representante del pueblo por antonomasia, cuestionado por un magistrado sin legitimidad democrática, sino que un juez, que goza de inmunidad y responsabilidad funcionales, ha decidido no aplicar a un determinado caso singular una norma, inaplicabilidad cuyo efecto se agota en el caso resuelto, sin producir efectos *erga omnes*.
- c. *La autorrestricción (self-restraint) judicial*. Doctrina de la "incompatibilidad inconciliable" (tercer límite al control judicial)³⁵. La doctrina de la autorrestricción tiene sus orígenes en los Estados Unidos (Thayer, Holmes Brandeis, Frankfurter) con fundamentos en la división de poderes, el respeto a la autoridad republicana del Congreso y del Presidente, y en la llamada doctrina de la deferencia hacia los actos de dichos poderes. Como consecuencia de esta doctrina, los jueces deben dejar en cabeza de los poderes políticos la solución de los conflictos constitucionales, salvo que se verifique en el caso una clara violación de un derecho fundamental. Dicha doctrina ha tenido mucho predicamento en la Argentina, y en consonancia con la misma, nuestra Corte Suprema pergeñó la doctrina de la "incompatibilidad inconciliable", por la cual una norma o acto de los poderes públicos solamente debe ser declarada inconstitucio-

35 Estas tres primeras limitaciones se encuentran muy bien tratadas en BIANCHI, Alberto B., en "La legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad (apuntes en relación a los magistrados judiciales y los tribunales administrativos)", publicado en la *Revista del Foro de Abogados de San Juan*, a quien he seguido en esta parte del desarrollo.

nal cuando las disposiciones de una y otra resulten absolutamente incompatibles con la Constitución, verificándose, pues, una oposición insuperable entre dichos normas o actos y la Ley Fundamental (cfr. "Avegno c. Provincia de Buenos Aires" -1874-; "Sojo" -1887-; Banco Hipotecario c. Pcia. De Córdoba" -1909-; "Pcia. de Buenos Aires c. Lacour" -1944-; "Félix Antonio Degó" -1958-; "Cine Callao" -1960-; "Monges c. UBA" -1996). También se ha dicho que para fundar cualquier agravio constitucional se requiere la clara demostración de que la norma impugnada contraría la Constitución. Así, nuestro máximo tribunal ha venido sosteniendo que la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio del ordenamiento jurídico. Consideramos a estas doctrinas un tercer elemento limitativo o atemperador del control judicial de constitucionalidad.

- d. *La remoción de los jueces (por "juicio político" o impeachment)*. Esta limitación es en verdad un remedio que se pone en juego en los casos extremos cuando los poderes políticos del Estado consideran que la composición humana de un tribunal ha incurrido en responsabilidad por "mal desempeño", aunque ello no suponga la comisión de delitos (arts. 53 y 115 CN). El *impeachment* puede ser una solución peligrosa, particularmente cuando es utilizada sobre miembros de la Corte Suprema, ya que puede implicar la búsqueda de la conquista total del poder por mayorías accidentales en el Congreso. Con todo, no cabe duda de que es un mecanismo directo de control -extremo, por cierto- de los representantes del pueblo sobre el Poder Judicial.

2.9 El argumento de la estructura del razonamiento práctico su vinculación con la distinción romanista entre *autoridad* y *potestad*

- a. *Un argumento que se puede utilizar para legitimar el control judicial de constitucionalidad puede fundarse en la estructura del razonamiento práctico justificatorio*. El "razonamiento práctico justificatorio"³⁶ parte de proposiciones normativas que resulten aceptables por sus propios méritos y con prescindencia de que hayan sido emitidas por determinada autoridad. Cuando el contenido de esas proposiciones es apropiado, ellas constituyen juicios o principios morales, y éstos, a la vez que son el punto de inicio del razonamiento justificatorio, integran muchas veces los contenidos constitucionales. Así, tanto un ideal de constitucionalismo vinculado con los derechos como con la participación democrática pueden conformar principios legitimantes de determinadas autoridades, y pueden integrar la Constitución normativa. Precisamente esta Constitución es la que puede servir de premisa mayor de un razonamiento justificatorio de la decisión judicial.

Esto conduce a sostener que el control judicial de constitucionalidad es inevitable, ya que los jueces no pueden justificar sus decisiones en el aspecto fáctico de

36 Ver: Nino, Carlos S., *Fundamentos...*, ob. cit., cap. I, ap. B.

la sanción de la ley (como lo hizo nuestra Corte Suprema al crear su doctrina sobre las normas *de facto*³⁷ –sin incurrir en un salto espurio entre ser y deber ser³⁸), sino que necesariamente deben fundamentar tales decisiones en principios morales– que son aceptados por sus méritos intrínsecos –tales como los que integran la constitución en sentido normativo–. La conclusión de este razonamiento es obvia: toda decisión judicial implica el ejercicio del control de constitucionalidad.

Este argumento legitima el control judicial desde un punto de vista lógico, habida cuenta del tipo de razonamiento que los jueces deben desarrollar para justificar sus decisiones. Este control, de gran amplitud, les permite ponderar valorativamente la práctica jurídico-institucional vigente, además de legitimar, si fuera necesario, el trascender una ley para determinar si su aplicación, en el caso concreto, satisface o no las condiciones para la continuidad de tal práctica.

- b. *Esta necesidad lógica del ejercicio del control de constitucionalidad como inherente en el ejercicio de la propia actividad jurisdiccional, mantiene una sugestiva relación con la distinción que los romanistas efectúan entre autoridad y potestad.* En efecto, Álvaro D'ORS³⁹ enseña que mientras la *autoritas* es el saber socialmente reconocido, la *potestas* es el poder socialmente reconocido. El juez a través de su razonamiento no está en sentido último haciendo ejercicio de un "poder", sino de un "saber" que se le ha reconocido. A lo sumo, puede pensarse que si el juez tiene poder –que lo tiene– éste se legitima por su "saber". De allí que los magistrados judiciales se mantengan en el cargo mientras no demuestren indoneidad, porque precisamente su *ciencia* es su fuente de legitimación. Es decir, la potestad y la autoridad, en los sentidos apuntados, responden a ámbitos distintos y a fuentes de legitimidad también diferentes. El gobernante no gobierna en virtud de su conocimiento o sabiduría, sino porque se le reconoce un poder legitimado –en los sistemas democráticos– en la elección popular o en el consenso. En cambio, el juez (al igual que el profesor universitario) no es elegido popularmente, sino que es designado por su *saber*.

A mi juicio, lo dicho tiene un significado político profundo, puesto que llevado hasta sus últimas consecuencias pone en crisis la enseñanza varias veces secular de Montesquieu –de inspiración *hobbessiana*, y moderna por donde se la mire– de que solamente el poder frena al poder. Puesto que el principio romano hubiese

37 Pienso que ésta ha sido uno de los errores más lamentables de la Corte Suprema a lo largo de su historia. La convalidación "automática" de la legislación *de facto* no fue sino el corolario de un penoso camino de claudicaciones que inició nuestro máximo tribunal en 1930, cuando legitimó complacientemente al gobierno revolucionario, cuando debió asumir su rol de custodio de la Constitución en su faz de tutela del proceso político democrático. Como acertadamente sostiene Oteiza, si bien es verdad que la Corte no tenía el poder para reponer a las autoridades *de iure* en sus cargos, no es menos cierto que de haber resuelto no legalizar el quebrantamiento del Estado de Derecho hubiera puesto en serios aprietos al gobierno provisional. Al aceptar a la autoridad ilegítima la Corte entró en flagrante contradicción con su rol de guardián de la Constitución y del sistema político-jurídico consagrada por esta (OTEIZA, Eduardo, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, Librería Editora Platense, La Plata, 1994).

38 NIÑO, Carlos S., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 681.

39 D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1991, parág. 8).

aceptado una limitación de éste en manos de la autoridad. Sin embargo, las constituciones se encargan de resaltar al judicial como a un poder estatal, porque están imbuidos de las doctrinas políticas de la modernidad. ¿La lógica de estas doctrinas nos lleva al planteo de *quis custodiat custodes*? Desde el principio de autoridad puede responderse que el custodio no tiene por qué ser custodiado, puesto que de lo contrario se terminaría en un proceso infinito de nombramientos de custodios que, a su vez, también deben ser custodiados. Antes bien, hay que buscar límites externos a su propia actividad, distintos de la propia custodia interna. Uno de ellos es, indudablemente, la confianza. Algo parecido sucede con el poder. Este último no puede ser frenado con poder, sino que es necesario buscar una limitación externa a él que realmente pueda cumplir una función de control (porque el poder también se "capta" con poder). Y en este punto es donde la autoridad judicial puede cumplir una función esencial como límite extrínseco de los poderes Legislativo y Ejecutivo, en la medida en que se comporte como autoridad y no como poder.

3. ORIENTACIONES Y PROPUESTAS QUE PRETENDEN SUPERAR LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

En el derecho comparado y en la doctrina de los autores pueden encontrarse algunas orientaciones y propuestas concretas que tienden a mejorar el grado de democraticidad de las decisiones judiciales que declaran inconstitucionales normas estatales. Examinaré a continuación algunas alternativas.

a. **La utilización de las formas "semidirectas" de democracia para revocar una decisión judicial de inconstitucionalidad o bien como referéndum derogatorio**

Cuando la decisión de un tribunal declarando la inconstitucionalidad de una norma (legal o reglamentaria) genere un conflicto de poderes (del Poder Judicial con el Congreso o con el Ejecutivo), podría recurrirse a las formas semidirectas de democracia que complementen el ejercicio del control de constitucionalidad de los jueces. Se estaría institucionalizando una "democratización" en el signo estrictamente "liberal o republicano" que ha caracterizado esta función de control en los sistemas judicialistas, sean "difusos" como el argentino y el estadounidense, sean "concentrados", como el europeo continental. En concreto, se podría llevar esto a cabo mediante, básicamente, dos modalidades:

- Como una suerte de revocatorio o *recall*: sería el supuesto en el cual el pronunciamiento popular recayese sobre la decisión judicial de inconstitucionalidad, es decir, que se somete al consenso el acto judicial;
- Instaurar un *referéndum* abrogatorio: es decir, que mediante el voto se pudiese dejar sin efecto la norma que ha sido declarada inconstitucional.

Desde un punto de vista formal, no sería tan complicado hacer funcionar algún sistema de características similares a los reseñados, que las formas semidirectas (que excepcionan el principio representativo) han sido incorporadas en nuestra Constitución por la reforma de 1994. Es cierto, que no obstante esta constitucio- nalización formal, estas formas están lejos de haber sido incorporadas a la consti- tución material o sociológica, habida cuenta de que su implementación ha sido excepcionalísima en nuestra historia constitucional contemporánea. En relación a esto, además es cierto que un cambio como el descrito *supra* exigiría un cambio cultural y político significativo.

Pienso que una propuesta de estas características tendría que estar sujeta a ciertas condiciones, de modo que la supuesta solución no sea fuente de nuevos y más graves problemas que los que pretende superar. Así, opino que sólo la Corte Supre- ma podría someter una cuestión a controles populares como los propuestos, y siempre y cuando se crease a tal efecto una acción directa de inconstitucionalidad que debe tener por objeto ejercer un control de legitimidad sobre un acto normati- vo (ley o reglamento), y ello sin perjuicio de seguir manteniendo la vía del control judicial difuso, que pueda contemplar las peculiaridades del caso concreto (puesto que una norma que en abstracto es constitucional, podría no serlo en algunos de sus múltiples supuestos de aplicación), puesto que, de lo contrario, una mayor legitimidad democrática podría implicar en algunos supuestos una menor protec- ción jurisdiccional para los justiciables).

El remedio parece particularmente útil para resolver los supuestos de "aporía po- lítica"⁴⁰, puesto que la inacción del Congreso o del Ejecutivo podría ser resuelta por la participación popular a través de estas formas semidirectas (piénsese, por ejem- plo, en la cuestión del divorcio vincular en la Argentina, el cual fue incorporado a nuestro derecho por un fallo de la Corte -"Sejean"⁴¹ (1986)- ante la inacción del

40 En los últimos años viene produciéndose en la Argentina un llamativo proceso que puede describirse como un cierto retroceso de los poderes políticos, al momento de tomar las decisiones necesarias para conducir la marcha de los asuntos de la nación. Son tiempos en los cuales es frecuente atravesar por lo que denomino "aporías políticas", cuya noción aplicable vinculada al tema en estudio refiere a la inacción del Poder Ejecutivo o del Congreso en la toma de las decisiones que les competen, siendo subrogados en esa función por los jueces -y dado su enclave institucional, especialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, integrantes de un poder estatal que, como regla, no pareciera tener encomendada la función gubernativa, al menos en el sentido mentado.

41 En "Sejean", fallado el 27 de noviembre de 1986, la Corte Suprema declaró inconstitucional a la ya secular ley de matrimonio civil. En lo esencial, el argumento giraba en torno al derecho constitucional a casarse (art. 33, Constitución nacional), el cual no podía agotarse -según sostuvo el Tribunal- en un único ejercicio, tal y como lo proponía la ley de matrimonio a los divorciados (se trataba, en rigor, de una mera *separación personal*, en la que subsistían algunos deberes conyugales, tal como el de fidelidad), al no permitir un divorcio que disolviese el vínculo conyugal, y que, por tanto, devolviese a los que pasasen por ese trance la aptitud para contraer nuevas nupcias. La Corte, pues, resolvió el caso declarando inconstitucional dicha limitación impuesta por la ley civil, por restringir irrazonablemente el derecho a casarse, que fue comprendido como un derecho constitucional incluido en la cláusula de derechos implícitos (art. 33, Constitución argentina). Al resolver el caso, la Corte puso punto final a una cuestión, que había generado un amplio debate en el seno de la ciudadanía, pero que no había podido ser resuelta -en ningún sentido- por un Congreso maniatado por su propia morosidad. A poco de conocerse la decisión del máximo tribunal, el Congreso sancionó la ley de divorcio vincular, siguiendo el mo- jón establecido por la Corte. La *aporía política* se produjo ante la irresolución del Legislativo, y fue suplida -indebi- damente, a mi criterio- por la decisión de la Corte, que tuvo como uno de sus efectos movilizar el proceso político.

Congreso que sancionó la ley con posterioridad a la sentencia de la Corte). De haberse planteado uno de los remedios participativos, hasta es probable que no se hubiese declarado inconstitucional la centenaria ley de matrimonio civil (aunque pareciera que la sanción de una ley de divorcio hubiese sido de todas maneras inevitable). En estos casos, donde lo que está en juego es claramente un criterio político-legislativo, me parece claro que es difícil legitimar que la última palabra pueda tenerla un tribunal y no un órgano de representación política, o directamente la ciudadanía a través de una forma participativa.

Sobre la implementación de estos mecanismos, hay algunas experiencias en algunos cantones suizos y en los Estados Unidos de América⁴².

b. Otros modos de incrementar la legitimidad democrática de los jueces

Por ejemplo, una medida concreta que reforzaría la legitimidad democrática de los jueces sería la posibilidad de que la Corte reenviara al Congreso una ley para su nuevo tratamiento, para salvar vicios formales o de fundamentación (tal como lo prevé la Constitución canadiense).

También podría ser útil que los jueces, y particularmente los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pudiesen pedir informes a las comisiones parlamentarias a fin de que justifiquen la omisión de legislar sobre ciertos temas.

Tampoco parece complicado, por otro lado, que los diputados, en su carácter de representantes del pueblo, y no solamente los senadores, que ejercen una representación territorial, tuviesen participación en la elección de los jueces, y que, además, estos últimos ejerciesen sus funciones no en forma vitalicia sino durante un período determinado de tiempo.

En otro orden de ideas, una cuestión no menor es la de lograr una administración de justicia transparente y eficaz. No olvidemos que en cierto sentido el proceso judicial es un "proceso deliberativo", en el cual las partes (el Pueblo, como justiciable) dan sus razones en busca de una solución que les sea favorable frente al juez (el Estado democrático) encargado de dar a cada uno lo suyo. Es decir, hay un debate establecido sobre bases racionales para llegar a una respuesta racional e imparcial a la controversia. En este sentido, eliminar las restricciones (v. gr., ciertas limitaciones poco razonables a la legitimación procesal, negar el control de constitucionalidad de oficio, etc.) y deficiencias (graves demoras en la tramitación de los juicios, precariedad de los recursos materiales y humanos a disposición de los jueces, falta de adecuada formación profesional de los operadores jurídicos, etc.), que perturban o impiden el funcionamiento eficaz del proceso y la materialización del valor justicia, coadyuvan indudablemente al cumplimiento del ideario republicano y democrático.

42 VANOSI, Jorge R., *Teoría Constitucional*, ob. cit., p. 138, t. II.

Las mencionadas son algunas orientaciones susceptibles de incrementar un reforzamiento de la legitimidad democrática de los jueces. Por cierto que muchas de estas soluciones acarrearán nuevos problemas, lo que requerirá sopesar cada eventual reforma con todas las implicancias que pueda generar en el sistema jurídico-político.

c. Los Decretos 222/03 y 588/03:

¿Medios que buscan democratizar la elección de los jueces?

La nítida percepción, tanto de los operadores jurídicos como de la ciudadanía en general, de la necesidad de fortalecer la legitimidad de los jueces en la Argentina ha llevado a la flamante administración del presidente Néstor Kirchner a autolimitar, por vía reglamentaria, la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en la elección de los jueces federales, tanto cuando se trate de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como cuando se trate de jueces inferiores (de cámaras de apelaciones o de 1ª instancia), mediante procedimientos que abren la posibilidad de que tanto los ciudadanos a título personal, como los distintos niveles de organizaciones profesionales y sociales en general puedan emitir opinión –a favor o en contra– de los candidatos postulados por el Poder Ejecutivo para asumir cargos judiciales.

Previamente a introducirnos en las prescripciones de fondo y forma de las normas que comenzaremos a describir y valorar (los Decretos 222/03 y 588/03), vale recordar rápidamente que en la Argentina, y ya desde la Constitución de 1853/60, los jueces son elegidos por el Presidente (Poder Ejecutivo) con el acuerdo del Senado. La reforma constitucional de 1994 ha introducido algunos matices en relación al texto de la Constitución histórica, estableciendo diferentes procedimientos según se trate de la designación de jueces que integrarán la Corte Suprema o de jueces inferiores. Así, respecto a los primeros, la Constitución reformada mantiene en lo esencial el procedimiento tradicional, sólo que ha agravado la mayoría necesaria para el acuerdo, que ha pasado de ser una mayoría absoluta (la mitad más uno) al voto de las dos terceras partes de los senadores presentes (obviamente, una vez ya logrado el *quórum* para sesionar). En cuanto al nombramiento de los magistrados inferiores, las modificaciones han sido de mayor entidad, puesto que se requiere la elevación al Senado por parte del Poder Ejecutivo de una terna que, a su vez, debe surgir de un concurso público de antecedentes llevado a cabo por el Consejo de la Magistratura (a la sazón, también creación de la reforma de 1994).

Ahora bien, en cuanto a las recientes normas de autorrestricción del Poder Ejecutivo mediante la participación popular, la primera que cabe considerar, atendiendo a la cronología de los hechos, es el Decreto 222/03 (dictado el 19/06/2003), reglamentario del inciso 4 del artículo 99⁴³ de la Constitución nacional, que es el que

43 Establece el primer párrafo del inciso 4 del artículo 99 que es el Presidente de la Nación quien "Nombrará los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presente, en sesión pública, convocada al efecto.

establece la facultad del Presidente para nombrar a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el previo acuerdo del Senado.

El Decreto 222/03 deja sentada su tésis en su artículo 2° y en la primera parte de sus *considerandos*. Así, se establece que la “finalidad última de los procedimientos adoptados” es la “preselección de candidatos para la cobertura de vacantes en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un marco de prudencial respeto al buen nombre y honor de los propuestos, la correcta valoración de sus aptitudes morales, su idoneidad técnica y jurídica, su trayectoria y su compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos que lo hagan merecedor de tan importante función”.

La finalidad de la norma debe completarse con el párrafo segundo de los *considerandos* del decreto, en los que se afirma la pertinencia de que el Poder Ejecutivo Nacional reglamente los parámetros que se deben tener en cuenta para la “mejor selección del candidato propuesto, de modo que su designación contribuya de modo cierto en un aporte a un efectivo mejoramiento del servicio de justicia, cuya garantía debe el Estado proveer a los ciudadanos, al fortalecimiento del sistema democrático y al incremento de la calidad institucional”. Conviene tener presente, al considerar la norma, que la misma fue dictada en medio de una grave crisis institucional del Poder Judicial, con un presidente del tribunal –Julio Nazareno– renunciante ante la inminencia del juicio político que ya se le había comenzado a instruir, y bajo la amenaza de iniciar idéntico proceso de remoción a otros miembros de la Corte, lo cual se concretaría inmediatamente en el caso de Eduardo Moliné O’Connor, hasta entonces vicepresidente del Alto Tribunal. Vale también recordar que la Corte Suprema también había sido puesta en jaque mediante amenazas de juicio político –finalmente desistida esta iniciativa por la Cámara de Diputados, que juega el rol acusador en el mismo– durante casi todo 2002, lo que motivó la renuncia, aduciendo “cansancio moral”, del juez Gustavo Bossert (tal vez, el menos cuestionado de los magistrados de la Corte) que llevó al nombramiento, por parte del Presidente de transición, Eduardo Duhalde, de Juan Carlos Maqueda, presidente provisional del Senado hasta ese momento.

Luego de atender, aunque más no sea módicamente, al particular momento que atravesaba la Corte al tiempo del dictado del Decreto 222/03, volvamos al texto del mismo.

Del artículo 2° se desprenden, además de la finalidad de la norma, cuáles son los principales recaudos que podríamos denominar como “absolutos”, porque atienden a las cualidades de los candidatos en sí mismos considerados, con que debe cumplir cualquiera que pueda aspirar a integrar el máximo tribunal (además de ser abogados y cumplir con los requisitos para ser senador, establecidos en la propia Constitución): integridad moral, idoneidad técnica, su trayectoria y compromiso con los derechos humanos y los valores democráticos.

En el artículo 3° se establecen algunos recaudos que pueden, a su vez, considerarse “relativos”, puesto que deben valorarse entre los distintos candidatos de acuerdo

con la composición del Tribunal en cada momento dado. Así, la incorporación de nuevos miembros debe permitir reflejar las diversidades de género, especialidad profesional y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal (*cfr.* párrafo tercero de los *considerandos* del decreto).

A partir del artículo 4º, el Decreto 222/03 establece cuál será el procedimiento que regirá la participación ciudadana ante la postulación, por parte del Poder Ejecutivo, de uno o varios candidatos. Así, se prescribe que una vez producida la vacancia en la Corte Suprema, y en un plazo que no deberá exceder de los treinta días, se publicarán en el *Boletín Oficial* y en por lo menos dos periódicos de circulación nacional, durante tres días, el nombre y los antecedentes curriculares de la(s) persona(s) que se encuentre(n) en consideración para la cobertura de la vacancia. Asimismo, y simultáneamente con la publicación, dichos datos se difundirán en la página oficial de la red informática del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. El (los) candidato(s) deberá(n) presentar una declaración jurada de bienes, que alcanza a los bienes conyugales y a los de los hijos menores de edad, de conformidad a lo establecido en la Ley de Ética de la Función Pública, número 25.188, y su reglamentación. Además, deberán incluir una nómina de las asociaciones y civiles y sociedades comerciales que hayan integrado, en los últimos ocho años, los estudios de abogados a los que pertenecieron o pertenecen, la nómina de clientes o contratistas de, al menos, los últimos ocho años, actividades de su cónyuge, de sus ascendientes y descendientes en primer grado, todo ello con la finalidad expresa de permitir la evaluación objetiva de la existencia de incompatibilidades o conflictos de intereses (art. 5º).

Los recaudos mencionados parecen razonables, con la sola excepción de la exigencia de denunciar la nómina de clientes cuando se desarrollase la actividad de abogado, puesto que la publicación de tal información podría afectar indebidamente, a mi modo de ver, el secreto profesional.

La invitación a realizar declaraciones formulando observaciones o adhesiones a la candidatura en cuestión es amplísima, pues está dirigida a las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), colegios y asociaciones profesionales, entidades académicas y de derechos humanos, y a la ciudadanía en general (*cfr.* art. 6º). Todos los interesados deberán formular por escrito, de modo fundado y documentado, y dentro del plazo de quince (15) días a contar desde la última publicación en el *Boletín Oficial*, las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto de los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto de su propia objetividad en relación a los propuestos. La norma específica, sobreabundantemente a mi criterio, que no serán consideradas las objeciones irrelevantes desde la perspectiva de la finalidad del procedimiento (establecida en el art. 2º), o que se funden en cualquier tipo de discriminación. Las mencionadas serían, pues, objeciones inadmisibles.

Por último, el Poder Ejecutivo recabará de la autoridad tributaria, preservando el secreto fiscal, un informe relativo al cumplimiento de sus obligaciones tributarias de las personas eventualmente propuestas, reservándose en todo momento, así-

mismo, una suerte de facultad instructoria, dado que puede solicitar todos los informes u opiniones que considere menester a fin de realizar su valoración definitiva (art. 7°).

En general, la opinión de los especialistas como la de los legos ha sido favorable a los lineamientos de autorrestricción propuestos en el Decreto 222/03. Comparto esta opinión favorable, puesto que estos procedimientos inauguran un canal de participación popular en la elección de los jueces del más Alto Tribunal nacional, que son –por tanto– integrantes de la cabeza de un poder de Estado. Esta instancia inédita en nuestra historia institucional puede ser una herramienta sin dudas útil a fin de dotar de mayor idoneidad y sobre todo transparencia a la Corte. Claro está que, como todo medio, también puede ser mal empleado por el Poder Ejecutivo y convertirse en una etapa intermedia de poco provecho y hasta perversa entre la postulación y la elección, si el gobierno resulta impermeable a toda clase de objeciones por tener la decisión tomada de antemano, desvirtuando el mecanismo de autolimitación.

Parece recomendable, por otro lado, que el Poder Ejecutivo no proponga solamente un candidato para completar cada vacante, sino que en cada caso eleve una terna a la consideración popular. Esto tiende a evitar, según mi opinión, una polarización de opiniones en favor y en contra de un candidato, que de otro modo podría desnaturalizar también el proceso haciendo una suerte de juicio público del mismo más allá de las finalidades de la selección en sí misma. A su vez, pareciera que un procedimiento con un solo candidato otorga al gobierno un mayor margen de discrecionalidad y, en su caso, mayor oportunidad de manipulación pues, salvo casos de rechazo casi unánime, siempre la decisión gubernamental estará refrendada “suficientemente” por un número considerable de ONG y otras entidades que apoyarán de modo casi automático los designios del gobernante de turno. Es decir, no habrá autolimitación sino blanqueo de una situación querida de antemano por el gobierno.

En suma, con sus más y sus menos, el Decreto 222/03 y su sistema de autolimitación de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, abriendo un canal de participación popular, es un acontecimiento auspicioso en el derrotero institucional argentino, dado que propone una instancia de control popular de la elección de los magistrados que integrarán la cabeza de un poder del Estado, cual es el *status* de los jueces de la Corte Suprema Nacional.

Poco después de dictarse el Decreto 222/03, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto 588/03 –que entró en vigencia el 13 de agosto de 2003– estableciendo un mecanismo que prácticamente reproduce los términos del que rige la participación ciudadana en la elección de los jueces de la Corte, pero para nombrar, en este caso, a los jueces inferiores (1ª y 2ª instancias).

Esta norma viene a reforzar la saludable opción por otorgar a los ciudadanos una mayor participación en la integración de la administración de justicia, fortaleciendo la legitimidad democrática de los jueces y limitando las facultades de los pode-

res de gobierno. La historia nos enseña, y en particular la historia reciente, que cuando los jueces fueron designados a espaldas de la ciudadanía los resultados tendieron a ser insatisfactorios. Sin embargo, esta primera aproximación a la norma, pese a su valiosa inspiración, nos lleva a formular dos objeciones a la misma. La primera atiende estrictamente a la oportunidad de su implementación. En esta inteligencia, el Consejo de la Magistratura⁴⁴ –que lleva a cabo los concursos públicos de los que saldrá la terna de preseleccionados, de la cual a su vez el Poder Ejecutivo ungirá a uno de los postulados– se encuentra muy retrasado en su tarea de cubrir vacantes preexistentes en la justicia federal del interior y en la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires. Para hacernos una idea, baste consignar que a la fecha de la entrada en vigor del Decreto 588 ya había catorce ternas elevadas por el Consejo al Ejecutivo a fin de completar los cargos pendientes de nombramiento. Además, tenía abierto otros sesenta y tres concursos judiciales más, que se encontraban en ejecución. Indudablemente, aplicar a estas situación preexistente un mecanismo de participación popular con sus propios plazos y modalidades podría demorar aún más –mucho más– el cubrir las vacancias pendientes (piénsese que el procedimiento de selección, desde la apertura a concurso hasta la elevación de la terna, sin el agregado que establece el Decreto 588, insume no menos de nueve meses).

La segunda objeción que puede recibir la norma ya involucra cuestiones más de fondo y hasta puede suscitar alguna duda sobre su legitimidad. En efecto, la Constitución reformada en 1994 ya prevé un mecanismo tendiente a limitar la discrecionalidad del Presidente y del Senado en la elección de los magistrados inferiores. El Consejo de la Magistratura preselecciona y eleva una terna vinculante al Ejecutivo. Por cierto que en este mecanismo constitucional ya existe una instancia para que los candidatos sean impugnados, de modo que lo que se está haciendo es duplicar los controles, con merma evidente de la ya poca eficacia demostrada por el Consejo desde su creación. Además, alguien podría preguntarse hasta qué punto el Presidente legítimamente –y en virtud del principio de “corrección funcional”– puede modificar por vía reglamentaria un procedimiento especial previsto expresamente en la Constitución y en la que interviene un órgano que debiera ser del todo independiente, como es el Consejo de la Magistratura.

Por mi parte, pienso que el Decreto 588/03 no puede ser objetado en su constitucionalidad, puesto que con él se abre una instancia de participación ciudadana que es posterior a la intervención del Consejo; es decir, cuando la cuestión ya ha quedado librada a la decisión del Poder Ejecutivo, que deberá conseguir el acuerdo del Senado para perfeccionar el nombramiento. Es justo reconocer que su aparición en el mundo jurídico puede considerarse inoportuna, por el atraso preexistente en cuanto al nombramiento de jueces –e incluso de fiscales–. Sin embargo, y escogiendo ver el vaso medio lleno puede pensarse, distintamente, que el gobierno prefiere pagar cierto costo de ineficiencia en el corto plazo, pero tener una administración de justicia más transparente respecto a la cual la comunidad no le pueda reprochar

⁴⁴ Previsto en la Constitución argentina en el artículo 114, en cuyo apartado “1” se le atribuye la atribución de “Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores”.

en el futuro el haberla designado a dedo, ante la vacuidad que transmite el Consejo y la cuasi invariable complacencia del Senado, adherente al gobierno actual. Si a este planteo se suma el hecho de que en la Argentina los jueces son elegidos una vez y para siempre, dado que permanecen en sus cargos mientras dure su buena conducta, tal vez merezca la pena abrirle un crédito al Ejecutivo para que la toda la ciudadanía pueda participar también en la elección de los jueces inferiores.

Como siempre, el tiempo dará su veredicto respecto a la sinceridad de las razones del Poder Ejecutivo y al éxito de su apuesta.

4. CONCLUSIONES

Intentaré, de manera sintética, dar forma a las principales conclusiones de este ensayo:

- En primer lugar considero que el hecho de aceptar la discusión en torno a la *objeción contramayoritaria* implica asumir desde el comienzo que los tribunales judiciales, especialmente al ejercer la potestad de control de constitucionalidad están actuando, además de en una dimensión jurídica, en una dimensión política. De otro modo, si los jueces no tuviesen una función política, la pregunta por la legitimidad democrática del Poder Judicial carecería de sentido.

Precisamente, el significado político del control de constitucionalidad está dado por ser un freno o limitación al ejercicio del poder (político) ejercido por los órganos a los que la ley y la Constitución les han confiado llevar adelante la función gubernativa.

En este esquema, la Corte Suprema, como intérprete final de la Constitución, está llamada a cumplir un papel eminentemente político, como poder moderador y armonizador de las tensiones del sistema político. En esta inteligencia, la Corte debe gobernar, pero solamente en un sentido "negativo", es decir, ejerciendo una función de control, y nunca debiera gobernar en un sentido "positivo", generando políticas con base en interpretaciones constitucionales, labor que le compete, fundamentalmente, al Congreso, o, en su caso, al Poder Ejecutivo⁴⁵.

45 La Corte Suprema argentina ha desarrollado su función política no sólo dentro de la dimensión de control que hemos señalado, sino también a través de una participación incidental en la función gubernamental. Cuando incursiona en esta segunda dimensión, la Corte literalmente cogobierna, generando, a través de sus fallos, políticas en sentido propio. Es decir, abandona su rol pasivo, controlando la actividad de otro, para asumir un rol activo, comparable al desempeñado por los poderes Legislativo y Ejecutivo. Pienso que la actuación de la Corte en esta dimensión de política plenaria excede, en principio, las bases de su legitimidad democrática, y no debe ser admitida. En este punto, vuelve a plantearse el antiguo problema acerca de quién controla a los controles. La única solución plausible en este caso, ante la posibilidad latente de una exorbitancia de la Corte, es la aplicación del sano principio de autolimitación (*self-restraint*), puesto que recurrir a otros remedios pondría en serio riesgo la independencia de los jueces.

- En segundo lugar, de la ponderación de los nueve argumentos que he considerado para legitimar el ejercicio del control de constitucionalidad por los jueces, es preciso hacer una distinción de naturaleza entre ellos.

Por un lado, encontramos los argumentos que se encuadran dentro de la "tradición republicana". Esta tradición (argumento 1) ya emerge del propio significado político del control de constitucionalidad, que apunta, como recién señalé, a la limitación del poder de las instancias gubernativas (en nuestro sistema político, el Presidente y la mayoría legislativa), a atribuirle al Poder Judicial (y especialmente a la Corte Suprema) un rol moderador que debe propender al equilibrio entre los poderes del Estado (argumento 7), partiendo de la base de que la facultad de ejercer el control de constitucionalidad es siempre limitada (argumento 8).

Por otro lado, encontramos argumentos que implican un verdadero reconocimiento de la legitimidad democrática de los jueces, y que, por tanto, se inscriben en la "tradición democrática". Aquí es central el argumento de la tutela judicial del proceso político democrático (arg. 5), donde el ejercicio de control de constitucionalidad judicial se legitima democráticamente de modo pleno cuando éstos actúan como árbitros del proceso político democrático, que deben controlar la regular aplicación de las reglas y procedimientos constitucionales (los recientes fallos de la Corte Suprema argentina recaídos en los casos "Nobleza Piccardo"⁴⁶ y "Fayt"⁴⁷ pueden ser auspiciosos en este sentido); y cuando se abstienen de "generar políticas" a través de interpretaciones valorativas de la Constitución ("Sejean"⁴⁸), tarea que les compete a los órganos políticos, de sesgo deliberativo. En cambio, cuando el control de constitucionalidad es ejercido directamente por un agravio a un derecho personal, aparece en primer término una legitimación de raigambre republicana y libertaria fundada en la autonomía y la inviolabilidad de la persona (arg. 4), y sólo podrá adquirir una legitimación democrática en la medida en que se encuentre menoscabado en forma actual o inmediata el principio de igual participación en la discusión y en la toma de decisiones (v. gr., la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos recaída en el caso "Baker vs. Carr"⁴⁹).

46 C.S.J.N., 15.12.1998. En este caso, la Corte declaró cuestión justiciable el procedimiento de formación y sanción de las leyes -previsto en la Constitución-, al cual tradicionalmente había considerado una "cuestión política no justiciable".

47 C.S.J.N., 19.08.1999. Aquí el máximo tribunal declaró nula una cláusula de la Constitución -Incorporada por la reforma de 1994-, por ser una materia no propuesta por el Congreso en su carácter de poder preconstituyente al momento de declarar la necesidad de la reforma constitucional. El fallo, absolutamente inédito en la historia jurídica de la Argentina, también significó un fuerte repliegue de las cuestiones no justiciables.

48 C.S.J.N., 27.11.1986 (S. 32.XXI). Ver nota 42.

49 369 US. 186, 82 S. Ct. 691, 7 L. Ed. 663 (1962). En esta trascendental sentencia, la Suprema Corte de los Estados Unidos, declaró revisable judicialmente la división en circunscripciones electorales de un estado de la Unión, bajo la razón de que el diseño vigente -que ya tenía seis décadas- había quedado desactualizado en razón de los importantes cambios demográficos que habían tenido lugar en el distrito, generando palmarias subrepresentaciones o sobrerrepresentaciones según la circunscripción de la que se tratase, reafirmando el principio fundamental de representación política que reza "un hombre, un voto". Se trató de una decisión que rompió con toda la jurisprudencia anterior del máximo tribunal estadounidense respecto a la no justiciabilidad de estos asuntos. Este fallo, redactado por el juez Brennan, es uno de los arquetipos del activismo judicial que impuso a la Suprema Corte la presidencia del tribunal del *Chief Justice* Earl Warren, especialmente durante la década de 1960. Posteriormente, la Suprema Corte volvió a su doctrina de no revisibilidad de estas cuestiones.

He considerado también dentro de esta línea de fundamentación la “representación simbólica” señalada por GAUCHET (arg. 6), y el hecho de que los jueces cuando ponen en vigor la Constitución descalificando una ley o un decreto no están oponiéndose a la voluntad mayoritaria, sino que, por el contrario, están honrando la soberanía popular expresada en esa misma Constitución (arg. 2).

Por último, he considerado, además, dos argumentos de índole lógica: el de la estructura del razonamiento práctico que conduce a afirmar que en el fondo toda decisión judicial implica el ejercicio del control de constitucionalidad (arg. 9); y el de la falta de alternativa institucional en el sistema político-jurídico vigente, puesto que el Poder Judicial aparece con ventajas sustanciales respecto a los otros dos poderes del Estado para desempeñar la función de control de constitucionalidad (arg. 3).

- En tercer lugar, y ésta es una crítica al núcleo de la objeción contramayoritaria, creo que es un error pretender legitimar hasta sus últimas consecuencias toda institución de un sistema político democrático-representativo y republicano (en nuestro caso, además, federal), tomando como base criterios de legitimidad exclusivamente democrática. En efecto, si la democracia constitucional es el feliz matrimonio –aunque no exento de dificultades y tensiones– entre dos valiosos ideales (el democrático y el republicano-liberal) no parece razonable exigir a cada institución una completa justificación basada exclusivamente en alguno de los dos criterios. Por eso, lo esencial, a mi juicio, es determinar si las instituciones tienen legitimidad política, cuya naturaleza variará conforme a cada caso en análisis, siendo deseable que tenga una justificación mixta aunque con cierta preponderancia de un ideal sobre otro.

Pienso, además, que todavía –aunque con muchas correcciones– sigue estando vigente la fórmula del “gobierno mixto” que proponía Polibio y que armonizaba en sí las tres formas clásicas de gobierno. En esta línea, es indudable que los jueces representan a un elemento aristocrático en la sociedad política. En esta línea, tiene razón Álvaro d’Ors cuando distingue entre *potestas* y *autoritas*, atribuyendo a los jueces esta última. En efecto, el saber socialmente reconocido es el que legitima el actuar del juez, y no el poder socialmente reconocido (*potestad*).

- Sin perjuicio de lo anterior, pienso que debe ser una preocupación de la comunidad jurídica, en primer término, y de la ciudadanía en general, en segundo, que instituciones con una legitimidad originariamente republicana, como el Poder Judicial y su ejercicio del control de constitucionalidad, acrecienten su legitimidad democrática, en la medida en que ello no implique poner en riesgo su primera y principal inspiración. Presumo que el actual descrédito de nuestra Justicia, me refiero al quehacer de los tribunales argentinos, no depende tanto de una demanda de democratización de la institución y sus poderes, cuanto de que no está cumpliendo adecuadamente su misión republicana de servir como límite a los poderes gubernativos.

En cuanto a mejorar la democraticidad del ejercicio judicial del control de constitucionalidad, he hecho algunas propuestas en este trabajo, además de considerar la reciente normativa argentina sobre la cuestión, pues para mí tengo que el control popular de los poderes públicos, aunque en sus primeras etapas sea desordenado y parezca antifuncional, es la única garantía genuina de la preservación del sistema político que me parece al propio tiempo deseable y posible, democrático y republicano, y que logre una reconciliación profunda de los tres niveles de la acción estatal: legitimidad, juridicidad y eficacia. En efecto, la eficacia de la juridicidad depende de su legitimidad; al propio tiempo que la legitimidad, a largo plazo, depende de la eficacia de la acción estatal, pues un Estado ineficaz en la promoción y defensa de los derechos de sus ciudadanos no puede subsistir por mucho tiempo. Su lema no deberá ser el altisonante pero irresponsable *fiat justitia, pereat mundus*, sino el prudente *opus justitiae pax*.