

**XXVIII CONGRESO NACIONAL DE
DERECHO PROCESAL**

JUJUY 2015

COMISION 3

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

TEMA:

CRISIS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

AUTOR:

LUIS ERNESTO KAMADA

PALACIO DE TRIBUNALES-SEGUNDO PISO

ARGAÑARAZ ESQUINA INDEPENDENCIA

SAN SALVADOR DE JUJUY

TEL. 0388-4231888 INT. 175

e-mail: lkamada@justiciajujuy.gov.ar

SINTESIS DE LA PROPUESTA:

La crisis del control de constitucionalidad se afianza en el cuestionamiento de la legitimidad democrática de los jueces. Por ello, se brindan argumentos tendientes a justificar constitucional y epistemológicamente dicha legitimidad.

LA VOLUNTAD POPULAR VS. CONTROL CONSTITUCIONAL O ¿EL ETERNO CONFLICTO ENTRE HEROES (MAYORITARIOS) Y VILLANOS (CONTRAMAYORITARIOS)?

1. Un fenómeno plagado de paradojas.

El punto crítico en materia de control de constitucionalidad de las leyes consiste en el cuestionamiento de la legitimidad de los jueces para ejecutar esa tarea, en tanto se trata de funcionarios no elegidos por el voto popular directo, contando, sin embargo, con la facultad de dejar sin efecto las decisiones adoptadas por las mayorías parlamentarias en su carácter de representantes del pueblo.

La Constitución nace como una paradoja porque, de igual manera que surge como exigencia para contener en poder absoluto del rey, es un mecanismo de contención del poder de las mayorías¹. Frente a ello se erige otra paradoja: los magistrados tienen el deber constitucional y legal de, una vez producida la contienda judicial² que involucra la inteligencia y aplicación de una norma legal emitida por el Poder Legisferante en la órbita de su competencia, ponderar su constitucionalidad, debiendo reprocharla en caso de entrar en conflicto con la Carta Magna³. Cabe indicar que se trata de la confrontación de dos legitimidades de distinta jerarquía: la constitucional y la legal⁴. Este es el nudo de la crisis a examinar.

2. La democracia: distintas perspectivas.

Desde un primer punto de vista, se predica el alto valor epistemológico de las elecciones efectuadas por medio de este mecanismo⁵, al igual que se resalta el valor ético que significa para cada uno de los ciudadanos votantes

¹ Streck, Lenio Luiz, *Verdad y consenso*, p. 15, ed. B de F, Buenos Aires, 2012; id., Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, p. 408, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

² Lo cierto es que, producido el planteo judicial, los jueces no pueden abstenerse de emitir pronunciamiento, toda vez que ello estaba ya prohibido expresamente por la manda contenida en el art. 15 del Código Civil de Vélez Sarsfield, la que es reproducida, con el matiz de la exigencia de que la decisión que se adopte sea debidamente fundada, en el art. 3º del nuevo Código Civil y Comercial.

³ Por todos, CSJN, "Rodríguez Pereyra", 27/11/2012, LL, 30/11/2012, 5.

⁴ Rosanvallon, Pierre, *La legitimidad democrática*, p. 185, ed. Manantial, Buenos Aires, 2009. Afirma Rosanvallon que "el poder constituyente es aquí la más fiel expresión del ideal democrático, pues únicamente él es un poder radicalmente creador, al ser originario, pura expresión de una voluntad que surge, poder absolutamente desnudo, al que nada condiciona".

⁵ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, p. 96, ed. Astrea, Buenos Aires, 1989. Dice este autor que "... el valor epistemológico de la decisión tomada mediante un procedimiento mayoritario no se basa en el hecho de ser más imparcial y por consiguiente más correcta que la que perdió la contienda —aunque en muchos casos haya razones para pensar que así es— sino en el hecho de que es probablemente más imparcial y por consiguiente más correcta que la decisión que hubiera tomado un individuo o una minoría fuera del proceso democrático". La cuestión también provoca repercusiones de importancia en la disquisición entre validez y eficacia de una norma legal y que involucra, al decir de Robert Alexy -*El concepto y la validez del derecho*, p. 87 y siguientes, ed. Gedisa, Barcelona, 1994-, tres dimensiones, a saber, la sociológica, la ética y la jurídica. Para ello, H.L. Hart, en *El concepto de derecho*, p. 129, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, señala que con la eficacia se quiere aludir al hecho de que exige cierta conducta es más frecuentemente obedecida que desobedecida, en tanto que la validez implica que se satisfacen todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento y, por lo tanto, es una regla del sistema, reconociéndose las dificultades que se encuentran —como lo afirma Hart, op. cit., p. 184- para acceder a esta regla de reconocimiento, en su calidad de "criterio último usado por los tribunales al identificar reglas válidas de derecho".

el compromiso asumido con su elección⁶. Otra interpretación posible es la que afirma que las decisiones adoptadas por la mayoría buscarán obtener el máximo de felicidad –o satisfacción- asequible para el mayor número posible de ciudadanos⁷. De otro lado, la mirada instrumental de la democracia enfatiza el mecanismo de toma de decisiones, que debe seguir un procedimiento predeterminado en orden a garantizar que los pronunciamientos finales sean emitidos sólo una vez escuchados todos los interesados en el asunto debatido. Agotada esta instancia, sólo cabe controlar que el método elegido para la exteriorización de la voluntad observe dichas garantías y que se tenga el mayor número de votantes.

Linares propone agrupar las posibilidades interpretativas de la democracia en sustantivas y procedimentales, subdivididas, a su vez, en variantes radicales y débiles. Son éstas últimas las que generan la mayor adhesión doctrinaria y jurisprudencial porque compatibilizan de modo armonioso los dos aspectos en pugna, sin perjuicio de remarcar la importancia de alguno de ellos⁸. Esta distinción influye sobre las decisiones judiciales al ponderar la constitucionalidad de las leyes pues, según sea la posición adoptada, prevalecerá el control del cumplimiento de las formas democráticas o la satisfacción de sus contenidos axiológicos.

Pero la democracia también requiere ser protegida para evitar que su utilización sirva de pretexto para vulnerarla, al permitirle acceder al Poder a quienes no participan de los valores que ella predica y que sólo buscan alcanzarlo para suprimir a las minorías y a sus derechos, valiéndose de la sola legitimidad numérica⁹.

⁶ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, p. 333 y siguientes, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

⁷ Rawls, John, *La teoría de la Justicia*, p. 34, ed. Fondo de Cultura Económica, México, DF, 2010, identifica a esta idea como "utilitarismo clásico", conforme al cual "cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es, por tanto, justa". Esta misma noción se transmite en el ámbito de las decisiones judiciales a lo que Owen Fiss en *El derecho como razón pública*, p. 252, ed. Marcial Pons, denomina "el derecho como eficiencia", concepción derivada de la escuela de Análisis Económico del Derecho, alumbrada a partir de las ideas de Roscoe Pound y receptada por Richard Posner, con arreglo a la cual se "afirma que el derecho es eficiente o, de modo más particular, que los jueces, al definir o perfilar derechos, han tendido a crear reglas que maximizan la satisfacción total de preferencias".

⁸ Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2008.

⁹ Pazé, Valentina, *En nombre del pueblo. El problema democrático*, p. 95 y siguientes, ed. Marcial Pons, colección "Cátedra de Cultura Jurídica", Madrid, 2013. Recuerda esta autora lo sucedido en la Alemania de posguerra, al señalar, citando al parlamentario cristiano social Josef Schwalber, que "la Constitución de Weimar había sido tan democrática que 'había concedido a los enemigos del Estado los mismos, o incluso mayores, derechos que a los partidarios de la Constitución. Esa Constitución fue tan liberal que ofreció a los enemigos de la libertad y de la democracia la base para destruirlas ambas por vías legales". Más adelante, en la misma obra, op. cit., p. 98, describe esta autora con mayor detalle la paradoja democrática: "... cabe preguntarse si es legítimo intentar proteger las instituciones democráticas restringiendo algunas libertades fundamentales (...) De un lado, la censura preventiva de ideologías y partidos parece implicar una desnaturalización de la democracia, que debería dejar plena libertad a los ciudadanos para elegir la formación política que prefieran, dando por descontada la posibilidad de que, a posteriori se impongan sanciones en el caso de que los representantes electos actúen de forma contraria a la

3. El Poder busca evitar el control.

Asegura Bidart Campos que “el poder del estado es un poder sobre hombres, un mando de uno o pocos individuos sobre muchos individuos, que distingue al grupo gobernante de la comunidad gobernada, en la irreductible realidad dicotómica del mando y la obediencia”, puntualizando que “el poder es siempre una capacidad o competencia que denota energía y fuerza políticas”. A ellas se refiere el Derecho Constitucional del poder, entendiendo que “el ejercicio del poder no se repliega ni clausura dentro del gobierno, sino que se expande y proyecta hacia la sociedad. En suma, “todo el régimen político pende del poder (...) porque el accionamiento es el que imprime al régimen su estructura real y su modo efectivo de vigencia sociológica. Los individuos titulares o portadores del poder –gobernantes o repartidores poderosos- cumplen conductas que, en el orden de la realidad, implantan el conjunto de vigencias sociológicas que componen e integran la constitución material del estado, o el régimen”¹⁰. En virtud de su naturaleza, finalidad y valores que persigue consagrar el poder, es natural que su ejercicio tienda a la expansión y a evitar los límites que se le pudieran llegar a imponer, incluyendo su control. Es por tal razón que el constituyente impuso reglas estrictas para su contrapeso, traducidas tanto en su distribución equitativa como en la supervisión recíproca de los órganos estatales. El Poder busca legitimarse por su origen para evitar ser controlado, dando por supuesto que todas sus decisiones, por haberle sido confiadas por el voto popular mayoritario, son correctas y ajustadas a las necesidades de aquellos hacia quienes van dirigidas. Pero el Poder no puede ser ejercido sin ajustarse a los límites que le impone la Constitución que lo crea y le fija sus atribuciones. Ello requiere instaurar distintas instancias de control del ejercicio del Poder para verificar si su actuación se adecua a las disposiciones que establece la manda constitucional pues, en caso de no ser así, la consecuencia forzosa debe ser la enervación de la decisión adoptada. El Poder regla conductas ajenas mediante el dictado de

Constitución. De otro lado, el riesgo de que bajo el paraguas garantista del Estado democrático de derecho crezcan y cobren fuerza movimientos orientados a la subversión de las reglas democráticas es real”.

¹⁰ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. II, *El derecho constitucional del poder*, ps. 7 y 8, ed. EDIAR, Buenos Aires, 1992.

normas generales y con arreglo a mecanismos preestablecidos¹¹. Este objetivo tiene motivaciones axiológicas y orientaciones teleológicas inspiradas –explícitamente– en alcanzar el bien común, para lo cual se requiere una acumulación de poder suficiente no sólo para tomar decisiones sino también para ejecutarlas, por lo que, implícitamente, el Poder está obligado a incrementar su peso que, a su vez, se asienta en el mayor número de decisores directos que legitimen su accionar. Ello remite al problema del significado de la democracia y la legitimidad de sus pronunciamientos, ubicándose en la disyuntiva entre lo que Dworkin llama “mayoritarismo” y “asociacionismo”¹². Es válida para la primera la imposición del mayor número en tanto que para la segunda lo será un concepto más complejo como lo es interpretar a la sociedad como un conjunto de asociados en el que se debe privilegiar la participación igualitaria y la argumentación. En ambos casos el Poder sólo se legitima invocando el mayor número final, para lo cual, a su vez, debe aumentar su cuota de incidencia social.

El mecanismo empleado para adoptar una decisión legislativa no merece reproche pero, una vez emitida es ésta la que debe pasar por el tamiz de constitucionalidad. Es que el criterio cuantitativo, aunque legitimante, no puede imponer su peso desoyendo a aquéllas.

4. La razón de ser del control judicial de constitucionalidad.

El control de las decisiones legislativas ha atravesado un cambio de paradigmas, desde el Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional¹³. En el primero, bastaba para tener por correcta la norma legislativa el que fuera emitida por la autoridad competente, siguiendo las formas establecidas al respecto; el legislador es omnipotente y la labor de los jueces está subordinada a la ley. En cambio, en el segundo modelo, la

¹¹ Recuerda al respecto Manuel Atienza en *El sentido del derecho*, p. 176, ed. Ariel, Barcelona, 2012, que la visión marxista del poder postulaba que el Derecho cumple “1) una función de dominación, pues es el medio del que se sirve el Estado para asegurar el poder de una determinada clase; el Derecho resuelve conflictos y distribuye, en cierto sentido, el poder, pero lo hace desigualmente, en interés de la clase dominante, y 2) una función ideológica, pues lo anterior no lo efectúa de una manera abierta, sino encubierta...”.

¹² Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, p. 463, ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014. Agrupa este autor a ambas miradas bajo el rótulo genérico de “modelos de autogobierno”. Luego de recordar que el concepto de democracia es interpretativo pues “la gente discrepa acerca de lo que ella es”, señala que para la perspectiva mayoritarista “la gente se autogobierna cuando el poder político fundamental está en manos de la mayor cantidad, y no de un grupo más pequeño dentro de ese número”; en tanto que la asociativa “sostiene que el autogobierno significa gobierno no de la mayoría en ejercicio de autoridad sobre todo el mundo, sino del pueblo en su conjunto en carácter de socios”, en el que cada uno “acepta la obligación permanente no solo de obedecer la ley de la comunidad, sino de tratar que esa ley sea coherente con su comprensión de buena fe acerca de lo que exige la dignidad de todos los ciudadanos”.

¹³ Vigo, Rodolfo Luis, *Fuentes del derecho. En el estado de derecho y el neoconstitucionalismo*, LL, 2012-A, 1012 y Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, p.33 y siguientes, ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

soberanía reside en la Constitución y una ley, para ser válida, debe observar requisitos formales y sustanciales, con subordinación a la Carta Magna¹⁴.

Ante los pronunciamientos emitidos por los representantes parlamentarios de las mayorías, se erige otra instancia de control, esta vez confiada a funcionarios que no son elegidos por el voto popular y directo, sino que su designación sigue un procedimiento distinto, caracterizado por la dinámica del juego político de las mayorías y minorías parlamentarias y mixturado con evaluaciones académicas que persiguen asegurar una mayor neutralidad del postulante seleccionado. Así, debe discernirse la razón por la cual un Juez, elegido conforme a estas reglas, puede contradecir la voluntad de la mayoría parlamentaria cuando verifica en la norma dictada una contradicción con las directivas constitucionales o convencionales. Una primera respuesta reside en el carácter necesario que tiene el Poder Judicial, en tanto reconoce su génesis en la Carta Magna, la que, a su vez, le asigna esta misma función de contralor que le es inherente e indisponible¹⁵. También debe atenderse a las deficiencias que puede padecer la decisión mayoritaria, colisionando con la Constitución cuando las aspiraciones coyunturales de aquélla no satisfagan los estándares contenidos en ésta, atento al protagonismo que tienen los partidos políticos a la hora de exteriorizar la voluntad popular, en su calidad de mediatizadores de la decisión de que se trate¹⁶.

La crisis se produce entre la decisión del legislador y la del constituyente, debiendo prevalecer ésta última por ser de jerarquía superior y porque esta crisis revela la confrontación entre una Constitución permanente y una ley

¹⁴ Sobre este proceso, véase, Pazé, Valentina, op. cit., p. 99, citando a Luigi Ferrajoli.

¹⁵ El art. 3 del nuevo Código Civil y Comercial reproduce el deber que tienen los jueces de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción, reproduciendo el mandato del antiguo art. 15 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

¹⁶ Advierte Pierre Rosanvallon, op. cit., p. 184, la estigmatización que sufren los partidos políticos: "se los acusa de corromper estructuralmente la voluntad general al tender con insidia a sesgar su modo de formación espontánea, juzgado como el único auténtico". Con mayor crudeza crítica, refiere Bruce Ackerman, *La Constitución viviente*, p. 45, ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, que "los movimientos partidistas siempre se encuentran en una carrera contra el tiempo. Las motivaciones idealistas se desdibujan una vez que algunos problemas se resuelven, otros desaparecen y aparecen nuevos problemas que desafían la ideología del movimiento. El poder comienza a corromper a los políticos del movimiento, y el partido sirve cada más como un imán para oportunistas a quienes no les importan nada los ideales originarios. Inexorablemente, el gran movimiento popular para el cambio constitucional cae en el olvido". Va más allá todavía este autor al señalar –op. cit., p. 105– que el reproche de inconstitucionalidad emitido por un Tribunal no autoriza a calificar de antidemocrática su actuación pues se pregunta si "¿se han ganado los políticos de hoy día la clase especial de autoridad que los anteriores portavoces del pueblo se ganaron tras una década o más de debate público intenso, respuestas institucionales y decisiones conscientes del pueblo norteamericano expresadas en las urnas? Hablando de manera general, la respuesta es un obvio 'no'".

Más todavía, Robert Cover, en *Derecho, narración y violencia*, p. 40, ed. ed. Gedisa y Yale School Law, colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Barcelona, 2002, afirma que "cuando observamos prospectivamente un producto legislativo propuesto, vemos competencia entre facciones; cuando nos ocupamos de la tarea judicial de interpretación judicial, vemos planes racionales. Racionalizar el análisis jurídico, con su compromiso con la reforma, es un tipo de compromiso ad hoc entre dos perspectivas. Pero el compromiso es inestable, según Unger, porque está en una intersección de visiones irreconciliables. No hay un espacio lógico en el que se pueda fundamentar el compromiso entre razón y voluntad".

coyuntural¹⁷. Este desfase entre el proyecto constitucional y el legislativo debe ser zanjado por una tercera autoridad estatal que reside en el Poder Judicial como depositario del rol de guardián último de la Carta Magna¹⁸. A su vez, el control judicial de constitucionalidad admite dos miradas diferentes: “como un modo de restringir el poder de las mayorías al darles a las minorías la facultad de impedir o demorar un cambio legislativo, o como una violación al principio *una persona, un voto* (es decir, igual libertad política) al darles a los miembros de una corte o tribunal constitucional un voto supercalificado para resolver cuestiones constitucionales”¹⁹. La razón para esta interferencia en la práctica democrática consiste en que “los redactores de la Constitución dieron por sentado que tales restricciones podían ser justificadas apelando a los derechos morales que tienen los individuos contra la mayoría²⁰, y de los que se puede decir que están reconocidos y protegidos por las estipulaciones constitucionales, sean éstas ‘vagas’ o precisas”²¹.

5. Cuatro argumentos en contra de la opinión de Waldron.

Dice Waldron que “si una apelación a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar un desacuerdo sobre las condiciones de la democracia incurre en una petición de principio, entonces una apelación a la legitimidad del control judicial de constitucionalidad (...) para zanjar dicho desacuerdo incurre probablemente en petición de principio”; que “el hecho de que una apelación a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar un desacuerdo acerca de las condiciones de la democracia incurra en petición de principio no significa que debamos usar, sin posibilidad de elección, un procedimiento de decisión seleccionado según un test que atiende a los resultados” y, por último, que “en los casos en los que una apelación a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar un desacuerdo acerca de las condiciones de la democracia no incurre en

¹⁷ Es lo que Rosanvallón, op. cit., p. 206 y siguientes, identifica como la diferencia que media entre el pueblo-sufragio y el pueblo-principio, en lo que el primero “siempre es abordado por un principio de inmediatez, mientras que el pueblo-principio de inscribe en el largo plazo. Por eso se identifica naturalmente con la idea de nación”.

¹⁸ El Poder Judicial expresa, según Rosanvallón, op. cit., p. 206, la legitimidad de reflexividad.

¹⁹ Spector, Horacio, *Un sistema democrático de control constitucional*, publicado en “Por una justicia dialógica”, AAVV, Roberto Gargarella (comp.), p. 193, ed. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014.

²⁰ De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, capítulo 11, “De la omnipotencia de la mayoría en los Estados Unidos y sus efectos”, ed. Folio, Barcelona, España, 2001.

²¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, p. 212, ed. Planeta-Agostini, Buenos Aires, 1993. Anota al respecto este autor, op. cit., p. 211, que “la Constitución, y particularmente el ‘Bill of rights’, está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común”.

petición de principio, no hay ninguna razón para menospreciar la decisión mayoritaria sobre la base del *nemo iudex in sua causa*²². Es que “siempre se produce un menoscabo para la democracia cuando una concepción sobre las condiciones de la democracia se impone mediante una institución no democrática, incluso cuando la concepción es correcta y su imposición mejora la democracia”; que “no hay ninguna razón para pensar que el control judicial de constitucionalidad mejora la calidad del debate político participativo en una sociedad” y que “sigue estando abierta la cuestión de si el control judicial de constitucionalidad ha hecho más justos a los Estados Unidos (o haría más justa a cualquier sociedad) de lo que serían sin esta práctica”²³.

Sin embargo, la postulación enunciada puede ser respondida en base a cuatro argumentos que juzgo relevantes.

El primero de ellos consiste en reconocer que no resulta lógicamente posible confiar la revisión constitucional de un pronunciamiento legislativo mayoritario a esas mismas mayorías que lo emitieron, pues resulta difícil que quienes dictaron la norma le encuentren algún defecto digno de reproche y corrección²⁴. El segundo se basa en tener en cuenta que el sistema republicano de gobierno exige de los magistrados judiciales un pronunciamiento fundado, requerimiento que no siempre se demanda de los demás poderes del Estado y, sobre todo, del Legislativo en el que, ante la irreconciliable confrontación de argumentos, se impone el número. No es éste el caso del Poder Judicial, en tanto integrante de un capítulo especial del sistema democrático cual es el reflexivo, caracterizado por la valoración fundada de las razones contrapuestas, la selección de aquélla que mejor soluciona la controversia y, sobre todo, por la imperiosa enunciación expresa

²² Responde Waldron, op. cit., p. 402, a esta objeción diciendo que “los que invocan el principio de *nemo iudex in sua causa* en este contexto afirman que éste requiere que la decisión última sobre los derechos no sea dejada en manos del pueblo, y que deba trasladarse en cambio a una institución independiente e imparcial como la Corte Suprema de los Estados Unidos”. Pero ello se explica pues si una ley es aprobada por una mayoría parlamentaria, representativa, a su vez, de una mayoría de ciudadanos, sería sumamente difícil que ésta advirtiera los defectos de constitucionalidad que la norma pudiera contener, por lo que es recomendable que la revisión sea confiada a un tercero, independiente e imparcial, como lo es el Poder Judicial, a través de los jueces que lo integran. Desde luego que Waldron no comparte esta idea.

²³ Waldron, Jeremy, op. cit., p. 408/409, bajo el sugestivo título “*Summa contra Dworkin*”.

²⁴ Aclara Waldron, op. cit., p. 402, esta objeción diciendo que “los que invocan el principio de *nemo iudex in sua causa* en este contexto afirman que éste requiere que la decisión última sobre los derechos no sea dejada en manos del pueblo, y que deba trasladarse en cambio a una institución independiente e imparcial como la Corte Suprema de los Estados Unidos”. Ello se tomaría explicable en razón de que si una ley es aprobada por una mayoría parlamentaria, representativa, a su vez, de una mayoría de ciudadanos, sería sumamente difícil que éstos advirtieran los defectos de constitucionalidad que la norma pudiera contener, por lo que resulta recomendable que la revisión sea confiada a un tercero, independiente e imparcial, como lo es el Poder Judicial, a través de los jueces que lo integran. Desde luego que Waldron no comparte esta idea.

de las motivaciones que inspiraron la decisión final. Es esto lo que marca la diferencia en la naturaleza de la solución que se adopta en el ámbito del Poder Judicial en su función de contralor de constitucionalidad, en el que el simple número no basta, sino que priman las razones que, en todo caso, tornarán o no aceptable el decisorio. El tercer fundamento se afina en comprender que el problema no es cuantitativo, pues las mayorías son objetivamente indiscutibles, sino la afrenta constitucional que impregna la decisión mayoritaria, por lo que el eje de la discusión no debe ser desviado. El cuarto argumento remite tanto a la necesidad política que toda sociedad tiene de que alguna autoridad sea la que decida en último término sobre un conflicto determinado, para ponerle fin, como al mandato constitucional que también exige una cierta dinámica dialéctica entre los Poderes del Estado, uno de los cuales habrá de pronunciar la última palabra en el entuerto que se ventila²⁵. A fin de justificar esta posición de “supremacía judicial”, debe acudir a la legitimidad de la que puede llegar a gozar el Poder Judicial, que se debate entre la razón y la voluntad²⁶.

6. La mudanza vital frente a la inmutabilidad del texto constitucional o un problema de principios y valores.

La dificultad interpretativa de la Carta Magna reside en adecuar normas históricas a situaciones actuales²⁷, lo que exige la traducción de éstas en clave de valores y principios²⁸. La Constitución es tanto una norma jurídica de base como un proyecto político²⁹ y, como tal, no prevé todas las controversias susceptibles de producirse en un mundo dinámico y cambiante

²⁵ Resulta altamente ilustrativo para graficar este concepto Robert Cover, op. cit., p. 71, al citar las palabras del Justice Jackson, en su pronunciamiento en el precedente “Brown vs. Allen” [344 U.S. 443, 540 (1953)]: “no es que nuestra opinión sea final porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque la nuestra es la opinión final”.

²⁶ Cover, Robert, op. cit., p. 37. En estos casos, dice este autor, “si el académico apoya la expresión de la voluntad popular, es criticado por ausencia de razonabilidad. Por el contrario, el académico que busca la razón es criticado por no reconocer el consentimiento popular”.

²⁷ Recuerda Lawrence Sager, en *Juez y democracia*, p. 222, ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, que la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., al resolver el caso “Lawrence” dijo que si los que redactaron y ratificaron las cláusulas del proceso debido de las Enmiendas V y XIV hubieran conocido los componentes de la libertad en sus diversos aspectos, habrían sido mucho más específicos, pero no presumieron tener esa capacidad de percepción. Sabían que cada época puede cegarnos ante algunas verdades y que generaciones futuras pueden creer que leyes consideradas necesarias y apropiadas en el pasado sólo sirven, en realidad, para oprimir. En la medida en que la Constitución se prologa en el tiempo, los miembros de cada generación pueden invocar los principios constitucionales en su propia búsqueda de mayor libertad”.

²⁸ Son normas, aunque no enunciadas bajo la forma de ley o de costumbre, sino que son normas que tienen una estructura deóntica, ya que establecen juicios de deber ser. Siendo ello así, los principios constituyen mandatos para la realización de un valor en su nivel óptimo, gozando de distintos caracteres.

²⁹ Esta perspectiva, implica lo que Vigo, en *Interpretación jurídica*, p. 240, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, denomina el cambio de paradigma: “de la Constitución como programa político a su caracterización como norma jurídica”, conforme al cual, “la juridización de la Constitución y su consiguiente operatividad, implica reconocerla como el higher law y como criterio último de validez jurídica sustancial. Siendo coherentes con esta idea, hay que pensar que el Derecho Constitucional no es algo paralelo a las demás disciplinas académicas sino que está penetrando a cada una de ellas. El capítulo de los derechos humanos en ese esfuerzo por constitucionalizar al ordenamiento jurídico tiene significativas consecuencias en la teoría general del Derecho”.

como el actual³⁰. Sin embargo, lo que sí puede hacerse desde la Judicatura, sin desnaturalizar su función ni la letra o el espíritu constitucional, es interpretar esos conflictos a la luz de las nuevas perspectivas de los mismos mandatos³¹. Sin dudas que la materia se sitúa en una zona difusa que ha llevado a decir a Bianchi³² que tan peligroso para el Estado de Derecho es un Poder Judicial acorralado, temeroso o complaciente como el gobierno de los jueces que se arrojan funciones que no les competen³³. Propone Ackerman superar esta controversia sosteniendo que la tarea interpretativa del Tribunal debe nutrirse, antes que de los conceptos originales plasmados en el texto constitucional, de la reflexión sobre todos los principios afirmados por el pueblo hacia quien fue dirigida la norma fundamental “y usarlos como pesos y contrapesos a las pretensiones políticas del día”³⁴. Así, agrega, “la revisión judicial se considera un recurso crucial en la organización del diálogo entre generaciones: al abrogar una ley los jueces están forzando a los norteamericanos de hoy en día a tomarse en serio las percepciones de las generaciones que les precedieron y a pensárselo dos veces antes de modificar los principios constitucionales afirmados por anteriores nosotros, el pueblo”.

7. Salir de la crisis: una construcción de legitimidad.

Si bien es cierto que los Jueces no son elegidos por el voto popular y directo, no lo es menos que sí lo son merced a la intervención de los representantes del pueblo. Por ello la legitimación del Magistrado será el resultado de una construcción paulatina pero sostenida a lo largo del tiempo, forjada en base a la corrección constitucional de sus decisiones.

³⁰ Dice Benjamín Cardozo en *La naturaleza de la función judicial*, publicado en “Teoría General del Derecho”, p. 5, Colección Menor, dirigida por Carlos Cossio, ed. ARAYU, Buenos Aires, 1955, que “es verdad que los códigos y las leyes no hacen que el juez sea superfluo o su función superficial y mecánica. Hay siempre lagunas que llenar; dudas y ambigüedades a esclarecer. Hay injusticias y faltas que mitigar, si no se las puede evitar. A menudo se habla de la interpretación como si fuera nada más que la búsqueda y el descubrimiento de un sentido que, por oscuro y latente que sea, tuviera sin embargo una preexistencia real, determinable en la mente del legislador. Tal es, efectivamente, el proceso a veces, pero a menudo es algo más”.

³¹ Hoy, como afirma Augusto Morello en *Perfil del juez al final de la centuria*, publicado en LA LEY, 1998-C, 1246, “el operador precisa, de inmediato, preocuparse por las garantías más que por los derechos; buscar de manera expedita y directa el sistema de los remedios, de las técnicas de tutela: amparo, habeas data, acciones de certeza, control de constitucionalidad, amplitud del recurso extraordinario, procesos urgentes, etcétera”.

³² Alberto B. Bianchi, *Control de constitucionalidad*, p. 382, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1992. En realidad, y por mucho que lo deseen, los jueces no pueden convertirse –por sí y ante sí- en gobernantes pues para impedirlo están los resortes constitucionales de control que, a su respecto, funcionan con mayor eficacia que sobre los demás poderes del Estado pues son, ante todo, políticos.

³³ Juan Fernando Segovia, *La independencia del poder judicial*, publicado en “El Poder Judicial”, p. 144, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, luego de enunciar distintas conceptualizaciones de la denominación “Estado de Derecho”, opta por la que lo define como “un Estado sujeto a un derecho concebido de modo liberal racionalista, pero concretado positivamente y, por tanto, expresión de la autolimitación del poder estatal”.

³⁴ Ackerman, Bruce, op. cit., p. 105.

También concurre a nutrir esta legitimidad el convencimiento de que el concepto de supremacía judicial no es tal si no va acompañada de idéntico convencimiento social acerca de la jerarquía y la calidad de los pronunciamientos emitidos.

8. Ponencia final:

1º) Debe reconocerse el doble significado de la democracia: procedimental y sustancial, representado este último como axiológico, teleológico y epistémico.

2º) El Poder debe ser controlado mediante su distribución equilibrada y por la posibilidad cierta del examen de sus decisiones.

3º) Debe ratificarse la jerarquía suprema que tiene la Constitución para los jueces, para el Poder Ejecutivo y para los legisladores³⁵.

4º) Debe reconocerse que el Poder Judicial es la manifestación de la democracia reflexiva pues tiene que fundamentar todas sus decisiones y ostenta carácter necesario como instancia de control de las decisiones de los otros poderes del Estado, tiene origen constitucional, quedando sometido al control de los otros departamentos del Estado³⁶.

LUIS ERNESTO KAMADA

SAN SALVADOR DE JUJUY, MAYO DE 2015

³⁵ Recuerda Kramer, op. cit., p. 137, las palabras del juez de la Corte de los EEUU, Paterson al expedirse en la causa "Vanhome's Lese v. Dorrance" (U.S. 304, 308-309, 1795): "Considero que es una posición clara; que si una ley del legislativo pone en cuestión un principio constitucional, la primera debe ceder, y ser rechazada con fundamento en su incompatibilidad. Entiendo que se trata de una posición igualmente clara y saludable, que en tal caso será el deber de la Corte respetar la Constitución, y declarar la ley nula e inválida. La Constitución es el fundamento de la autoridad legislativa; ella reside en los cimientos de toda ley, y es una regla y un comando que debe guiar tanto a los Legisladores como a los jueces. Es un principio importante, que, en la discusión de cuestiones de este tipo, jamás debe perderse de vista, que en este país, el Poder Judicial no es un subordinado, sino un poder coordinado del gobierno". Por su parte, añade Paul Kahn en *El análisis cultural del derecho*, p.24, ed. Gedisa y Yale School Law, colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, Barcelona, 2001, que cuando "la Corte Suprema declara una ley inconstitucional, yuxtapone la voluntad permanente del pueblo soberano, expresado en el acto de ratificación constitucional, con la mera voluntad popular de una mayoría legislativa pasajera".

³⁶ Sostiene Rosanvallon, op. cit., p. 208, que "los parlamentos y las cortes constitucionales pueden ser pensados como partícipes conjuntos de una organización pluralista de las temporalidades de la expresión democrática, organizada en sí misma indisociable de su propia historia". Afirma este autor, op. cit., p. 209, que "el marco constitucional tiene como función dejar abierto futuro, no fijar una relación de fuerza entre una mayoría y una minoría. La limitación constitucional del poder de las mayorías deriva de un principio de igualdad de todos los ciudadanos ante el futuro. Negar esa limitación equivaldría, en efecto, a ocultar su naturaleza y adornarlo con las virtudes de la unanimidad. Las cortes constitucionales se encuentran por eso en la primera fila de los grandes testigos de la ficción democrática. Tienen como tarea recordar permanentemente la falla original sobre la que se apoyan los regímenes surgidos del sufragio universal. Lejos de ser lisa y llanamente sabios moderadores, los miembros que las componen deben más bien ser considerados como vigilantes activos. De esa manera, pueden ser los garantes del mantenimiento del proceso democrático en el tiempo. En ese caso, la reflexividad se encuentra identificada, pues, con una empresa de lucidez, con un recuerdo de las realidades".

Néstor Pedro Sagüés, en *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, p. 43, ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, afirma que "en definitiva, y como es habitual oír decir en los Estados Unidos, 'la Corte Suprema es una convención constituyente en sesión permanente'. Naturalmente, esto es más acentuado si en un país hay un Tribunal Constitucional, en lo que a éste hace. Y ello importa, por supuesto, contar con un innegable poder político". Sobre la misma idea de los efectos que persigue persistencia institucional de la judicatura, indica Kahn, op. cit., p. 26, que la Corte "es un maestro en un continuo seminario nacional sobre cómo gobernar según la constitución. El rol de los jueces es una continuidad del de los Fundadores, los jueces tienen que combinar los roles de educadores y redactores, convenciendo a la gente de que invierta su voluntad en los productos de la razón". No obstante ello, finaliza diciendo el mismo autor, "el trabajo de la Corte es siempre expresar la razón, pero se puede mantener en sus razones sólo si éstas ganan el consentimiento popular".