

Acerca de la legitimidad y los límites del control judicial de constitucionalidad*

Por Leandro A. Ardoy

1. Introducción

Es tradición en el hombre, desde tiempos pretéritos, la preocupación por la limitación del poder. Es decir, poner límites, de una u otra forma tan solo a la posibilidad de abuso por parte de quien tiene en sus manos, la facultad de tomar decisiones que impacten más allá de su propia persona. La evolución de la Escuela Clásica del derecho natural tiene directa relación con este punto. Así, en un primer momento buscó limitar el poder absoluto del soberano apelando a su bondad. En una segunda instancia, protegiendo una serie de derechos, particularmente el derecho de propiedad, pero una versión amplísima, comprensiva por ejemplo del derecho a la vida. Y finalmente, buscó limitar el poder mediante la división del mismo¹.

Esta última posición, que no es otra cosa que la teoría de la división de poderes formulada por Montesquieu, tuvo una marcada influencia en el nacimiento del constitucionalismo, aunque con formulaciones diferenciadas que respondieron a su vez a visiones disímiles acerca del origen de los derechos.

En este sentido dice Zagrebelsky que en los Estados Unidos de América, cuya Constitución tiene una profunda ascendencia en la nuestra, los derechos tienen un origen pre-estatal, subjetivo y jurisdiccional; mientras que en Europa, y más específicamente en Francia, el origen de los derechos es estatal, objetivo y legislativo².

Ahora bien, se podría lograr un consenso más que importante si a lo que se le pretende poner límites es a un Estado autocrático, o a determinados sectores concentrados de poder no estatal. Pero parece bastante más complicada esta empresa si los límites pretendemos colocárselos a una mayoría de voluntades, es decir, al propio pueblo. Aun poniéndonos de acuerdo con este punto, quedan varios otros por resolver, y no menos, sino quizás, más importantes aun, esto es quien pone esos límites.

Este es precisamente el problema que enfrenta el control judicial de constitucionalidad, esta tensión entre la idea de democracia y lo que ella representa, entre nuestra capacidad de autogobernarnos, para decidir colectivamente, y la idea de

* Extraído de la ponencia presentada al V Encuentro Nacional de Jóvenes Procesalistas, La Plata, 10 y 11 de octubre de 2008. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 158 y siguientes. Claro que esta idea de limitación del poder sirvió (y sirve) para poner coto a las decisiones de mayorías que avallasen derechos individuales.

² Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 6ª ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 58. Para este autor, los americanos consideraban que los derechos formaban parte del patrimonio de las personas independientemente de lo que pudiese decir, primero el Parlamento inglés, y luego, algún legislador omnipotente. Mientras que en las concepciones europeas la fuerza del Parlamento proviene directamente de la soberanía (sin interesarle mayormente cuál es el origen de esa soberanía –divino o de la Nación-pueblo–).

Constitución, representativa de derechos, de esferas de protección contra el propio Estado y los demás particulares³. Podemos darle una vuelta de tuerca más, como si ya no hubiese suficientes, y ver que el control judicial enfrenta además la falta, como en nuestra Constitución histórica, de normas que así lo establezcan, y de pautas que lo perfilen. Pero a su vez, esta carencia de pautas y contornos acarrea otro problema, cual es el límite en el ejercicio de poner límites. Vale decir que, so pretexto de proteger un determinado derecho, el Poder Judicial no termine en realidad coartando nuestra libertad. Porque de algo podemos estar seguros, la tentación por ir un poco más lejos siempre va a estar en los gobernantes. Y es por ello que debemos estudiar el control judicial. Porque no podemos creer que ellos mismos, nuestros gobernantes, sean quienes se controlen a sí mismos. Sostiene con meridiana claridad Zaffaroni cuando dice que “*la pretensión de que el control sea ‘auto-control’ es un mesianismo contrario a la condición humana y a la competitividad intrínseca a la naturaleza de la actividad política*”⁴.

2. Por qué no un control judicial

Claro que la idea de control judicial no es pacífica, y no sólo tiene legítimos (y sólidos) contradictores, sino que hasta cierto punto muchos de sus planteos no pueden ser contestados en puros términos racionales-argumentativos, sino que hay que optar, tomar una decisión y elegir qué riesgo correr⁵.

Pero antes de llegar a ese punto, veamos por qué no deberíamos tener un Poder Judicial que controle y limite de algún modo la capacidad de decisión de los órganos políticos de nuestro sistema (legislativo fundamentalmente, pero también al ejecutivo).

En diversos trabajos⁶, Gargarella analiza los diversos fundamentos que se han expuesto en defensa del control judicial y uno a uno los va respondiendo. Así por ejemplo, el primer argumento de defensa lo proporciona Hamilton⁷, cuando afirma que en realidad al declarar inconstitucional una norma, el Poder Judicial no prevalece sobre el Legislativo, sino que lo que hace es hacer primar la voluntad del pueblo, plasmada en la Constitución por sobre lo afirmado por los representantes del mismo, declarado en la ley. Sin embargo, esta idea esconde algunos puntos bastantes importantes, como que en realidad, el concepto de “pueblo” era considerablemente estrecho al momento de la sanción de la Constitución, ya que no incluía mujeres, negros ni indios. Además, no explica por qué más de doscientos años después de la sanción de la misma, deberíamos tener que seguir usando ese *corset*.

³ Gargarella, Roberto, *Democracia y Constitución*, en Albanese, Susana y otros, “Derecho constitucional”, Bs. As., Universidad, 2004, p. 70 y siguientes.

⁴ Zaffaroni, Eugenio R., *Dimensión política de un Poder Judicial democrático*, ED, 149-860.

⁵ Por supuesto que el riesgo por el que se opte no es una elección que se toma de una vez y para siempre, sino también, como veremos, sujeta a límites, y a sus respectivos controles.

⁶ Gargarella, *Democracia y Constitución*, p. 633 y ss.; *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*, en *Isonomía* n° 6, abril 1997, p. 55 y ss.; *Los jueces frente al “coto vedado”*, en “Discusiones. Derechos y justicia constitucional”, año 1, n° 1, y *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Bs. As., Capital Intelectual, 2004, p. 68 y siguientes.

⁷ Hamilton, Alexander, *El Federalista n° 78*, en Hamilton, Alexander - Madison, James - Jay, John, “El Federalista”, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 332.

Es frecuente también leer que el control es un instrumento más que necesario para proteger fundamentalmente a las minorías que no necesariamente están representadas políticamente. Sin embargo, es un poco ingenuo creer, dice Gargarella, que uno, o un grupo de personas que no han sido electas directamente por el pueblo y que en la mayoría de los casos, no tienen ningún contacto directo con esas minorías, tiendan a protegerlas. Esta defensa no impidió que en tiempos históricos, y no tan históricos, se dictaran fallos aberrantes.

También se ha sostenido que en realidad la actividad de los jueces implica la utilización de la razón, frente al carácter pasional de la política, y además de ello, imparcialidad e independencia frente a la resolución de los problemas. Pero esto significa adoptar una clara posición elitista, por cuanto no es otra cosa que sostener que los jueces están preparados y mejor calificados para tomar mejores decisiones que el pueblo en general, y los representantes en particular. Esta posición es difícil de mantener frente a ciertos fallos como veremos más adelante. Además, la independencia judicial es ciertamente relativa. De hecho, muchas de las últimas reformas constitucionales, tanto en nuestras provincias como en el resto de los países de Latinoamérica, tuvieron como objetivo reforzar esta independencia, frente a claras muestras de su inexistencia.

Pero falta aún resolver un problema más. Cuando John Marshall da partida de nacimiento al control judicial en “Marbury vs. Madison”⁸, lo hace a partir de ciertas premisas que pueden fundadamente ponerse en duda. Allí sostiene básicamente que “o bien la Constitución es una ley de superior importancia, invariable por medios ordinarios, o bien está al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y es alterable cuando a la legislatura le place hacerlo”. Es decir, argumento no muy diferentes del que sostendría un siglo más tarde Kelsen⁹, cuando desarrollara su teoría de la pirámide jurídica. No hay aquí otra cosa que la aplicación de un silogismo, una premisa mayor constituida por la Constitución, una menor, conformada por la ley que la violenta, y una conclusión, la declaración de inconstitucionalidad de esta última. Pero en realidad, esto no es necesariamente así. Pocas veces en verdad los choques, las antinomias se dan de manera tan clara. Además, la determinación de la premisa menor es una operación intelectual, por cuanto la subsunción en una u otra categoría es discrecional, mientras que la determinación de la premisa mayor es una “construcción”, una norma expresada de manera vaga y que debe ser interpretada¹⁰. Vale decir, la aplicación de la Constitución no es una cuestión ni tan obvia, ni tan sencilla. Ejemplos de ello hay muchos. Así, nuestra Corte Suprema expresó con diferencia de escasos cinco años que la tenencia de estupefacientes para consumo personal podía ser penada y que no podía¹¹.

⁸ 5 US, 1 Cranch 137, 1803. Para un análisis de esta “lógica”, véase el trabajo de Bouzat, Gabriel, *La argumentación jurídica en el control constitucional*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 2, n° 1 y 2, p. 203 a 205.

⁹ Ver Kelsen, Hans, *El control de la constitucionalidad de las leyes*, ED, 156-793 y ss., tr. de Domingo García Belaunde.

¹⁰ Troper, Michel, *El Poder Judicial y la democracia*, en Isonomía n° 18, abril 2003.

¹¹ En “Bazterrica”, declaró la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo (*Fallos*, 308:1392), mientras que pocos años más tarde, en “Montalvo”, declaró que esta conducta era punible (*Fallos*, 313:1333).

3. Por qué sí un control judicial

Nino¹² reconoce el problema de la justificación del control judicial, pero aun así insiste con él en determinados supuestos. En realidad habla de excepciones, porque el ámbito deliberativo de los órganos políticos se encuentra, desde el punto de vista epistémico de la democracia, por encima del de los jueces. Estas excepciones se aplican si la ley deja de lado los presupuestos del proceso democrático; para dejar de lado leyes fundadas en razones perfeccionistas, y si la ley cuestionada afecta negativamente una práctica jurídica moralmente aceptable¹³. Existe asimismo otra fundamentación del control judicial que proviene de diversos autores que coinciden básicamente, en la necesidad de preservar los denominados “derechos fundamentales”.

Pero volviendo a sus excepciones, Nino intenta demostrar la viabilidad de las mismas a través de algunos fallos, a los que se podrían sumar muchos más. Veamos brevemente cada uno de los supuestos.

a) *Los jueces como controladores del sistema democrático*¹⁴. Los jueces en este caso tendrían que controlar las posibilidades reales de participación ciudadana, en condiciones de igualdad, que todos tengan derecho a expresarse. Es decir, un proceso de participación donde todas las corrientes ideológicas estén representadas y se promueva la formación de mayorías simples y no de abrumadoras mayorías superiores, donde prime el consenso mayoritario y se respeten las minorías. Por ejemplo, en 1954 la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la causa “Brown vs. Board of Education I”¹⁵, dio una muestra más que importante de cómo debe ejercerse ese rol de guardián. Dicha sentencia es la que comenzó a poner fin a siglos de discriminación en contra de los negros. Con esta resolución además, se deja de lado la doctrina de “separados pero iguales”¹⁶, y las escuelas norteamericanas comienzan a ser integradas interracialmente. En “Baker vs. Carr”¹⁷ dejó de lado un ejemplo habitual de cuestión política no justiciable, y modificó el diseño de los circuitos uninominales para la elección de legisladores, con el fundamento de que, si no se respetaban ciertas pautas, la representación de los ciudadanos no era igualitaria.

b) *Los jueces como garantes de la autonomía individual*. En este supuesto se tiene en cuenta que existe una zona de reserva, que permite la libre elección de la forma de vida que cada persona elija, que aleja toda posibilidad de imposición de un modelo perfeccionista. Así, en 1986, en “Sejean”¹⁸, nuestra Corte declaró inconstitucional el art. 63 de la ley de matrimonio civil que tenía casi 100 años, en cuanto impedía el divorcio vincular. En “Portillo”¹⁹ la Corte admitió la objeción de conciencia y

¹² Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2005, p. 657 y ss.; *La Constitución en la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 258 y siguientes.

¹³ Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 292.

¹⁴ Esta es la posición que defiende John H. Ely en *Democracia y desconfianza*, tr. Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.

¹⁵ 347 US 483, 1954.

¹⁶ Esta lamentable doctrina se había plasmado en el fallo “Plessy vs. Ferguson”, 163 US 537, 1896. Esto sucedió pese a que la enmienda XIV se había sancionado luego de la Guerra Civil con el objeto de asegurar la igualdad de todos los hombres.

¹⁷ 369 US 186, 1962.

¹⁸ *Fallos*, 308:2268.

¹⁹ *Fallos*, 312:496.

permitió que una persona que profesaba la fe católica no hiciera el servicio militar. El accionante sostuvo que dicho ejercicio iba contra sus convicciones religiosas, específicamente contra uno de los mandamientos, “no matarás”.

c) *Los jueces como garantes de la continuidad de la práctica constitucional.* Por cuanto deben respetar y garantizar la continuidad de una determinada práctica y las lógicas expectativas en el seguimiento de esa línea, y el sentido con el que se puede interpretar una norma. Un ejemplo de este caso son los indultos de Menem, quien al momento de dictarlos poseía indudablemente legitimidad democrática, ya que recientemente había sido elegido presidente. Sin embargo, sus facultades de indultar chocan contra la prohibición de arrogarse el conocimiento de causas judiciales pendientes, además de no tener en cuenta la necesidad del informe del tribunal que dictó la pena.

d) *La protección de los derechos fundamentales.* Gil Domínguez²⁰, Ferrajoli²¹, Moreso²², Bovero²³, entre otros, destacan como cuarto motivo, la necesidad de tutelar los derechos fundamentales, los derechos que definen al hombre como tal y hacen a su esencia, sean estos individuales o colectivos. Todos ellos coinciden en la existencia de ciertos derechos que no pueden ser afectados por las mayorías. Bovero por ejemplo señala con toda claridad que “*las materias reguladas por normas constitucionales, y sobre todo las que confieren derechos fundamentales, no es algo disponible por los órganos democráticos. Por lo tanto, y justamente por ello, las varias clases de derechos fundamentales no son (definibles oportunamente como) correspondientes a articulaciones internas de la democracia, sino son, más bien, límites externos a la misma*”²⁴. Vale decir, sin derechos fundamentales, y alguien que los tutele, la realización de la democracia se vuelve sumamente compleja, cuando no, directamente imposible.

4. El problema de la práctica

Pero el problema que se nos presenta es que no siempre los jueces defienden los derechos que tendrían que defender, es decir, ni tutelan la autonomía de las personas, ni se constituyen en árbitros del proceso democrático, ni protegen derechos fundamentales. No siguen ni las excepciones de Nino, ni quienes defienden la tarea de los jueces en la medida de que ellos tutelen ciertos derechos especialmente garantidos.

²⁰ Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Bs. As., Ediar, 2005, p. 89 y siguientes.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2006, p. 103 y ss.; *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*, en *Isonomía* n° 16, abril de 2002; *Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización*, LL, 2005-F-1199 y siguientes.

²² Moreso, José J., *Derechos y justicia procesal imperfecta*, p. 15 y ss. y *Sobre el alcance del precompromiso*, p. 95 y ss., ambos artículos en “Discusiones”, año 1, n° 1, “Derechos y justicia constitucional”.

²³ Bovero, Michelangelo, *Democracia y derechos fundamentales*, en *Isonomía* n° 16, abril de 2002. En este artículo Bovero aclara alguna de las diferencias que tiene con Ferrajoli, ya que para él, mucho de lo “sustancial” que tiene el concepto de Ferrajoli, en realidad habría que colocarlo en la órbita del constitucionalismo.

²⁴ Bovero, *Democracia y derechos fundamentales*, p. 32.

Así, en 1856, en la causa “Dred Scott vs. Stanford”, la Corte de los Estados Unidos sostuvo que los negros no eran personas, y que como tales no podían estar frente a los tribunales. Afirmó que eran seres inferiores y que de ninguna manera habían sido tenidos en cuenta al momento de la sanción de la Constitución.

A fines del siglo XIX, en el caso “Plessy vs. Ferguson”²⁵, la Corte afirmó el criterio opuesto al mencionado en “Brown”, es decir que si bien todas las personas eran iguales, negros y blancos, esto no quiere decir que tengan que estar juntas. No es violatorio del principio de igualdad que tengan que ir a escuelas y hospitales separados. Lo que no dijo es que sostuvo esto aun siendo fácilmente demostrable que las diferencias entre las escuelas y hospitales de unos y otros eran abismales.

Ya bastante más cerca en el tiempo, en el precedente “Bowers vs. Hardwick”²⁶ de 1986, la Corte del país del norte afirmó que el estatuto del Estado de Georgia que punía la práctica de la homosexualidad, aun en el interior de la casa propia, era válido. Es decir que, para esa práctica, no hay lugar a donde no pueda llegar el Estado.

El nuestro país las cosas no son muy diferentes. Un punto de partida nos puede llevar a 1930. Allí, de oficio, sin que nadie se lo pidiese, la Corte dictó una acordada²⁷ por la que, con fundamentos en la teoría de la revolución triunfante, reconocía el gobierno de facto surgido del golpe de Estado de 4 días antes. Pero la Corte no sólo reconoció los gobiernos de facto –todos los que le siguieron al mencionado–, sino que le otorgó la misma jerarquía a las normas por ellos dictadas que a las leyes emanadas por el Congreso de la Nación, cuyos miembros eran electos democráticamente²⁸.

En “C.H.A.”²⁹, fallada en 1992, se confirmó una sentencia de la Cámara Nacional Civil por la que se le negaba la personería a la asociación Comunidad Homosexual Argentina, con fundamento en que no existiría el pretendido fin de bien común, en que chocaría contra la moral media –representada por la moral cristiana–, que afecta la familia y que si bien en el estatuto dice que el fin de la asociación es terminar con la discriminación, en la realidad esto se transformaría en una defensa pública de la homosexualidad, lo que es intolerable. Es dable resaltar que entre los fallos que citan algunos de los jueces que conforman la mayoría, Boggiano en particular, se encuentran el recién mencionado de la Corte de Estados Unidos, “Bowers vs. Hardwick”. En disidencia quedan Petracchi y Fayt, quienes afirman, entre otros conceptos que, este tipo de fallos no es sino una nueva aplicación del también mencionado “Plessy vs. Ferguson”.

Esta lista podría seguirse indefinidamente con solo recordar el triste papel que jugó nuestra Corte durante el último gobierno militar. Pero también puede decirse lo

²⁵ 60 US 393, 1857.

²⁶ 487 US 186, 1986.

²⁷ Fallos, 158:290. Esta postura se repetiría con el golpe del 43, y es el origen de la doctrina de facto. Es muy interesante la obra de Oteiza, Eduardo, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, Platense, 1994, especialmente el capítulo 2, para estudiar la actuación de la Corte Suprema durante todo el período de profunda inestabilidad política en nuestro país (1930/1983).

²⁸ Esta doctrina recién cambiaría con la nueva Corte conformada luego de la vuelta de la democracia en los fallos “Aramayo” y “Dufourq”. Sin embargo, con el cambio de composición fruto a su vez del cambio de gobierno en 1989, se volvió al criterio tradicional en la causa “Godoy”.

²⁹ Fallos, 314:1531.

mismo de la anterior composición, con el agravante de que sus miembros fueron elegidos por los órganos democráticos previstos en la Constitución nacional³⁰.

5. A modo de conclusión

Luego de lo que hemos visto en el punto anterior, cabe preguntarnos si vale la pena tener el control de constitucionalidad de las leyes en manos de los jueces. Porque muchas veces los jueces han cumplido un papel más que negativo, desde su supuesto rol como árbitros del proceso democrático o como guardianes de las garantías constitucionales. Y pese a todo, la respuesta debe ser afirmativa.

Hay un dato que necesariamente nos tiene que llamar la atención. Pese a toda su tradición de supremacía del Parlamento, luego de terribles experiencias autoritarias, pero de indudable consenso popular, tanto Italia como Alemania decidieron en sus países, y siguiendo el esquema de Kelsen, consagrar Cortes constitucionales que velen nada más ni nada menos, que por la supremacía de la Constitución³¹. Y lo mismo sucede en los países de Europa del este, tras la caída del Muro de Berlín³².

Existe una propuesta diferente, que se podría situar en medio de quienes defienden y quienes atacan el control judicial. Es la postura que desarrolla Burt en *Constitución y conflicto*³³ siguiendo fundamentalmente las ideas de James Madison. Allí sostiene que lo que debe buscarse es el avenimiento de las partes, acercarlos, ejercitando la razón, y evitando en la medida de lo posible, la coerción de unos sobre otros. Esto, aun cuando signifique no dictar sentencias “definitorias” del conflicto, sino simplemente, permitir que se siga discutiendo³⁴. Pero el problema de esta posición es que no siempre las partes están en condiciones de seguir discutiendo indefinidamente, sino que necesitan de medidas radicales, y de la derrota del adversario. Piénsese sino en la situación de los negros en el sur de los Estados Unidos. Esto es lo que pone de resalto Courtis cuando se dice, frente a “Brown” que “la paradoja de la democracia republicana madisoniana cobra forma nuevamente: ¿cuál de los dos procedimientos ha reforzado la democracia en el caso?, ¿el mantenimiento por los órganos electivos del sistema de segregación racial escolar, o la decisión –debida a un órgano no electivo– de eliminar la segregación racial?³⁵

³⁰ Es lisa y llanamente lapidario, pero al mismo tiempo excelente (y definitivamente triste) el artículo de Gargarella, *Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina*, JA, 2003-IV-1175 y ss., donde analiza profundamente la actuación a lo largo de la historia de nuestra Corte.

³¹ Cappelletti, Mauro, *Proceso, ideología y sociedad*, tr. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Bs. As., Ejea, 1974, p. 453 y siguientes. Otro tanto sucedería en España, luego de la muerte de Franco, y en Portugal, tras la dictadura de Salazar.

³² Ackerman, Bruce, *El futuro de la revolución liberal*, tr. Jorge Malem, Bs. As., Ariel, 1996, p. 103 y siguientes. Allí relata el más que positivo rol (no sin algún paso atrás) que vienen cumpliendo estas Cortes en la (re)construcción de las prácticas constitucionales.

³³ Burt, Robert, *Constitución y conflicto*, Bs. As., Eudeba, 2000.

³⁴ Demás está decir que la discusión sobre la posición de Burt requiere de un espacio que excede largamente el espacio de este trabajo.

³⁵ Courtis, Christian, *Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales*, en “Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Marí”, Bs. As., Prometeo, 2003, p. 325.

Pero más allá de todo lo anterior, ¿es razonable sostener que siempre que actúa el Poder Judicial cumple un rol contramayoritario? Veamos. Cuando en 1986 la Corte dicta el fallo “Sesean”, lo que hace, además de resolver el caso concreto, es destrabar una discusión que se hallaba empantanada en el Congreso debido a las presiones de los sectores más conservadores de la sociedad que veían en el divorcio la disolución de la familia, y como consecuencia de la misma, de la propia sociedad.

Mucho más cercano, por no decir de manifiesta actualidad, es el caso de la movilidad de los haberes jubilatorios. Frente a la omisión del Congreso en resolver este problema, la Corte Suprema, en un primer momento, lo exhorta a que lo haga, debido a que su omisión era inconstitucional³⁶. Pasado un tiempo prudencial, y frente a la inacción del Congreso, la Corte resuelve finalmente el planteo concreto de Badaro³⁷. Pero esto trae como consecuencia lo que vemos hoy en día por los medios de comunicación, que finalmente la cuestión sea tratada por quien debería haberlo hecho, es decir, por los propios legisladores. Lo mismo se podría decir de los denominados “procesos estructurales”, es decir, aquellos que buscan modificaciones sustanciales de nuestras instituciones, como “Verbitsky”³⁸, o poner fin a situaciones harto complejas en materia ambiental, que requieren de esfuerzos prolongados de distintos niveles de gobierno, como el caso del Riachuelo (“Mendoza”), o el caso planteado por “Superficiarios de la Patagonia”, y que no se resuelven con una sola sentencia.

Pero aun en supuestos tradicionales, que se declare inconstitucional una norma, esto no quiere decir que sea contramayoritario, así no se trate de casos como los anteriores donde se generan nuevos espacios de discusión. Un profesor norteamericano, Robert Dahl, publicó hace muchos años un excelente artículo donde demuestra, estadísticamente, que en realidad, son muy pocos los casos en donde la opinión de la Corte norteamericana se termina imponiendo, siendo que en la mayor cantidad de oportunidades, con el correr de los años, es la propia Corte quien muta de parecer³⁹. Y, amén de todo lo anterior, sólo se conoce un momento histórico de enfrentamiento entre una Corte y los poderes políticos y la voluntad popular. Fue el enfrentamiento entre la Corte Suprema de los Estados Unidos y el programa de reformas de Roosevelt conocido como “New Deal”, y duró tan solo cuatro años (1933-1937). Y cuatro, para más de doscientos años de historia comparada, es demasiado poco.

Queda todavía un argumento por contestar y es el fracaso demostrado en la utilización de este poder por parte de los jueces para tutelar minorías y cumplir su rol de árbitro. Pero este argumento del fracaso es peligroso. Si se hicieron las cosas mal, debe buscarse que no se repitan los errores. De seguir ese argumento en materia política, tendríamos que decir que nuestros dirigentes, aun los elegidos en elecciones populares no han sabido construir una Nación económicamente libre, socialmente justa y políticamente soberana, y en definitiva la democracia no nos ha dado

³⁶ CSJN, 8/8/06, “Badaro c/Anses”.

³⁷ CSJN, 26/11/07, “Badaro c/Anses”.

³⁸ CSJN, 25/8/05.

³⁹ Dahl, Robert, *La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 8, n° 1 (publicado originariamente en 1957).

de comer, ni nos ha permitido vivir ni nos ha educado a todos. Y de esto no se sigue ni por casualidad que debamos renunciar a vivir en democracia. Al contrario, debemos mejorarla, y un paso sustancial para ello, es mejorar los mecanismos de control, y dentro de ellos, el control judicial, estableciendo de la mejor manera posible cuándo se debe utilizar, y hasta dónde pueden afectar los jueces nuestra capacidad de decidir.

Esto no significa darles a los jueces un cheque en blanco ni mucho menos. Ellos deberán demostrar y argumentar acabadamente por qué debe dejarse de lado lo que decide el Congreso. Justificando, tanto interna como externamente⁴⁰, el por qué del apartamiento de lo decidido por los órganos políticos, y demostrar en qué supuesto de los que hemos visto, que amerite esta solución, caen los hechos. Porque en definitiva, como dice Petracchi “*el juez no tiene otro medio de imposición que el derivado del reconocimiento de la autoridad argumentativa y ética de sus fallos, y del decoro de su actuación*”⁴¹.

En una genial obra de teatro de Henrik Ibsen, “Un enemigo del pueblo”, el médico del pueblo descubre que las aguas del balneario del que vive, por razones de turismo, la mayor parte del mismo, se encuentran contaminadas, y la única solución es el cierre del mismo. Sin embargo en la asamblea popular, su posición queda en franca minoría. De hecho, queda solo. Y la playa queda abierta para que se enfermen los demás, cosa que no importaba, ya que quienes la iban a usar no eran del pueblo. Esto debería hacernos reflexionar acerca de cuántos peligros corremos si pensamos que la democracia se mide solamente en términos cuantitativos, en números, en puras y simples mayorías.

6. Ponencia

Los jueces tienen la facultad, y aun el deber, de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero siempre que sea en aras de tutelar la autonomía del sujeto, de garantizar el normal desenvolvimiento del proceso democrático, de resguardar una práctica constitucional o de proteger derechos fundamentales. Y dando para ello razones y argumentaciones valederas, que exceden largamente el tradicional silogismo (premisa mayor – premisa menor – conclusión), con el fin de evitar, en la medida de lo posible, que hagan valer sus propias visiones de la vida y del derecho.

Editorial Astrea, 2008. Todos los derechos reservados.

⁴⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*, en Isonomía n° 1, octubre 1994.

⁴¹ Petracchi, Enrique S., *Control judicial en la Argentina*, LL, 1987-E-731.