

*Cuadernos y debates. Fundamentos y alcances del control judicial de la constitucionalidad. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 204 pp.*

El diseño institucional de un Estado democrático conlleva, inevitablemente, la determinación de las funciones que estarán a cargo de cada una de sus estructuras constitutivas. La manera en que se atribuyan competencias y se definan las relaciones entre éstas, tiene evidentes efectos en cuanto al logro de los fines de la democracia (cualesquiera que éstos sean). En este diseño estatal, el control judicial de la constitucionalidad juega un papel primordial, pues los medios y condiciones bajo los cuales se lleva a cabo develan presupuestos sobre los motivos y fines del concepto de democracia que inspirara al Estado en cuestión, además de incidir en la eficacia del mismo. La relevancia de este control versa en torno a un problema específico: su ejercicio es fundamentalmente antidemocrático o ademocrático, según la manera en que se le fundamente e instituya. Así, frente a esta figura de control se erigen fuertes objeciones como la dificultad contramayoritaria, la dudosa legitimidad democrática de los miembros del órgano encargado de ejercerlo y la difícil determinación de los límites dentro de los cuales debe practicarse.

Con motivo de las críticas a las que ha sido sujeto el control judicial de constitucionalidad, el Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires realizó una investigación sobre los fundamentos y consecuencias del mencionado control, en la que participaron Bruce Ackerman, Carlos F. Rosenkrantz, Carlos F. Balbín, Gabriel Bouzat, Carlos S. Nino, Genaro R. Carrió y Roberto Gargarella. A lo largo de seis ensayos, los autores exponen y discuten problemas teóricos sobre la fundamentación de la democracia y del control de constitucionalidad, analizan las insuficiencias de este control y muestran una perspectiva de las relaciones entre derechos, distribución de competencias en el Estado y procesos democráticos.

En el primer ensayo, Ackerman y Rosenkrantz exponen la relación que existe entre determinadas teorías constitucionales y las características que el control judicial de constitucionalidad adopta en cada una de ellas, con el fin de determinar cuál es el modelo más conveniente para la Argentina de la década de los noventa. Para ello, explican en qué consisten el dualismo, el monismo y el fundamentalismo constitucional y cómo, debido a la relación entre conceptos como representación, democracia y derechos en cada uno de ellos, se alteran las condiciones y supuestos bajo los cuales se ejerce el control de constitucionalidad. La reflexión se enmarca en un ejercicio comparativo entre las implicaciones de cada una de las teorías y concluye en una apología del dualismo constitucional que, a decir de los autores, es el modelo que logra conciliar con mayor éxito los conceptos de democracia y derechos. Es notable que para el desarrollo de este argumento, Ackerman y Rosenkrantz toman como presupuesto axiológico —y en esa medida metodológico— el que los procesos democráticos juegan un papel de suma importancia en la determinación de los derechos que deben regir a un Estado. Es por ello que consideran al dualismo constitucional como un camino para darle legitimidad al marco jurídico y estabilidad al sistema democrático pues, en dicho modelo, el poder judicial sólo tiene permitido ejercer el control de constitucionalidad en defensa de la democracia y de los derechos que ésta entraña.

En el trabajo titulado *El control de los actos políticos*, de Carlos F. Balbín, se expone una breve reseña histórica que hace manifiesta las dificultades para definir el concepto de acto político, así como su justificación y límites. Una vez expuesta la historia, Balbín recurre a una serie de argumentos históricos y a favor de la democracia para resolver el problema de la definición de dichos actos, para lo cual propone el método de la enumeración legal. No obstante este método podría resultar insuficiente para contemplar la totalidad de los actos políticos que podrían realizarse en un Estado, el autor lo defiende en aras de la seguridad jurídica. Posteriormente se aboca a construir una justificación de la existencia de este tipo de actos, que son esencialmente discrecionales y aparentemente violatorios de garantías individuales, sosteniendo que cumplen con el fin de hacer más eficiente la administración pública, mantener la solidez del Estado y reconocer el principio democrático de representación de las mayorías. Esta “zona de reserva” constituida por los actos políticos debe estar sujeta a controles, pues un exceso de discrecionalidad podría representar una violación a ciertas garantías constitucionales. Sin embargo, los controles sólo pueden llevarse a cabo en la medida en que ayudan a compatibilizar tres valores indispensables

para la existencia de un Estado de derecho: los derechos de los administrados, el principio de división de poderes y el control del poder. Con respecto al cumplimiento del primero, Balbín propone que el particular puede recurrir por vía judicial un acto de aplicación cuando lo daña en su patrimonio o en sus derechos, mas no un acto político salvo en el caso de violación de procedimientos. Por lo que respecta al cumplimiento del principio de división de poderes, indica que cada poder estatal debe tener una zona libre del control judicial de sus actos. Y finalmente afirma que el control del poder se realiza a través de medios políticos, jurídicos y, en última instancia, por el cuerpo electoral. Una vez analizadas las características y límites del acto político, el autor concluye que el control sobre dichos actos debe ser ejercido principalmente por los poderes políticos de origen popular y, en caso de duda sobre la naturaleza del acto, por el poder judicial.

Después de dos exposiciones, una de carácter teórico y otra relativamente práctico, Gabriel Bouzat da inicio a un ensayo sobre la manera en que los factores históricos incidieron en la construcción de dos sistemas distintos de control de constitucionalidad: el francés y el estadounidense. El objetivo del autor es analizar las causas que determinaron que ambos países establecieran sistemas tan distintos, no obstante la adopción común de una constitución escrita como norma suprema. Para lograr su fin, analiza elementos históricos que afectaron la consolidación de las dos tradiciones constitucionales, comenzando por el "grado de estatidad" (*sic*) de cada país, la influencia que recibieron del *common law* y del derecho romano y las concepciones sobre la democracia que subyacen en sus respectivas Constituciones, entre otros. Su metodología se fundamenta en mostrar las características y particularidades de la tradición judicial de cada sistema y la manera en que en ésta se interpreta al derecho. Para comenzar con su reflexión, Bouzat expone un panorama general de las principales características de cada uno de los sistemas. Así, señala que mientras Francia dispone de un control de constitucionalidad centralizado, exigible por pocas autoridades, de carácter particularmente político y con efectos *erga omnes*, Estados Unidos ha instituido un sistema descentralizado (o difuso), exigible por cualquier ciudadano, de tipo esencialmente judicial y con efectos sólo para el caso concreto. El autor sostiene que estas diferencias se dieron —en relación con los elementos históricos antes señalados—, en primer lugar, debido al origen de la tradición estatal y jurídica de ambos, que fue determinada por sus correspondientes circunstancias históricas y geográficas: Francia tuvo que adoptar un modelo estatal con un alto nivel de burocratización y centralización, respaldado por un derecho co-

dificado nacido de la tradición de la Roma tardía; Estados Unidos, en cambio, imitó el modelo británico, más característico por su descentralización, bajo nivel de burocratización y una tradición jurídica originada en el derecho romano pretoriano. Una vez hecha esta comparación, se enfoca en analizar el origen de las tradiciones constitucional-democráticas de cada uno de los países en cuestión —la francesa, fundada en Rousseau; la estadounidense, inspirada en *The Federalist*—, y puntualiza las diferencias que dichos orígenes tienen en la conformación de los sistemas de control de constitucionalidad. Su conclusión propone a los siguientes factores como determinantes de las diferencias anteriormente analizadas: el grado de despersonalización y centralización de la autoridad; el grado de vinculación entre poder político y creación de derecho; la forma en que se recibió el derecho romano; y las distintas concepciones sobre la democracia.

Uno de los trabajos más complejos y mejor logrados del libro en cuestión es el realizado por Carlos S. Nino, que dedica sus líneas a explicar *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*. A través de un extenso ejercicio de fundamentación filosófica, Nino busca una solución a la dificultad contra-mayoritaria que presenta el control de constitucionalidad de actos realizados por órganos democráticos. Comienza su labor con el análisis de la estructura lógica del argumento planteado por Marshall en el caso “Marbury vs. Madison”, que sentó un precedente para justificar el control judicial de constitucionalidad de las leyes emitidas por el Congreso. A grandes rasgos, el argumento del famoso juez consistía en que la intervención judicial en la evaluación de la constitucionalidad de leyes estaba justificada, pues no se deberían aplicar leyes que no respetaran lo establecido en la Constitución. Si las leyes inconstitucionales fuesen aplicadas —afirmaba Marshall— significaría reconocer que el Congreso puede modificar en cualquier momento a la Constitución a través de un instrumento normativo inferior, la ley. Sin embargo, Nino rechaza este argumento porque, *de facto*, pueden existir normas que no cumplan con los requisitos constitucionales y, no obstante, ser eficaces. En segundo lugar, el autor evalúa la justificación del control de constitucionalidad brindado por la filosofía del derecho, que está fundada principalmente en la naturaleza del razonamiento y del lenguaje jurídicos. Esta postura sostiene que el juez realiza, en todo momento, un control de dicha naturaleza, pues el hecho de aplicar una norma implica la aceptación tácita de su constitucionalidad. Además, el reconocer que todas las normas deben ser interpretadas por el juez en función de sus criterios morales subjetivos, convierte a la aplicación de normas en una actividad estrictamente dependiente de éste, haciendo

imposible que no se lleve a cabo un control de constitucionalidad de las normas aplicadas. Una vez planteadas las posturas a favor del control judicial de constitucionalidad de leyes, Nino expone un argumento contrario que desconoce totalmente la justificación de este control: el argumento de la democracia y su confiabilidad epistémica. Tras una larga disertación sobre los fundamentos epistemológicos de una construcción válida de principios morales intersubjetivos, Nino adopta el llamado “constructivismo epistémico”, que funciona como justificante epistémico de la democracia. Este argumento trae, como consecuencia, la solución al problema del “nihilismo jurídico” y de indeterminación interpretativa, pero no logra superar la dificultad contra-mayoritaria, rechazando así el control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, como resultado de este ejercicio dialéctico, el autor propone varias excepciones a este último argumento, concluyendo que el control en cuestión está justificado en tres supuestos: cuando se busca la protección de los procedimientos democráticos; cuando se ejerce sobre una ley que es producto de un ideal de vida personal de los legisladores; cuando el juez apela a una cierta práctica constitucional de la cual depende la eficacia en la aplicación de las leyes. Por último, Nino hace una serie de propuestas de diseño institucional, cuyo fin es hacer más eficaz el control constitucional que ejerce el Poder Judicial.

El quinto ensayo es una apología de la *judicial review* argentina frente a “una objeción muy concreta”. En éste, Genaro R. Carrió lleva a cabo, además, un análisis comparativo de los distintos métodos alternativos de control de constitucionalidad, con el objeto de resaltar las ventajas que la *judicial review* presenta frente a ellos. El autor comienza definiendo a este método de control como una “técnica dirigida a salvaguardar la supremacía de la ley fundamental y de las restantes normas federales concordantes con ella”, para después determinar sus características y condiciones de aplicación. Una vez esclarecido el concepto que nos ocupa, Carrió plantea la objeción específica contra la cual llevará a cabo su defensa: “¿cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un cuerpo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos?”, ¿cómo aceptar que estas decisiones judiciales prevalezcan sobre las del Congreso? La respuesta a estas cuestiones versa principalmente sobre las condiciones en que el juez lleva a cabo el control judicial, en particular sobre variables como

las características del proceso y la información que recibe el juez para tomar su decisión. Sin embargo, por lo que respecta a la designación y duración de los jueces, el autor realiza la defensa en capítulos posteriores y más con motivo de hacer recomendaciones que como una manera de detractar las objeciones expuestas. Por lo que respecta al análisis comparativo, Carrió se enfoca en las diferencias entre los métodos de control de constitucionalidad centralizados y difusos. Concluye que la *judicial review* es más conveniente que los otros sistemas porque ha funcionado bien hasta el momento y no se sabe cómo podrían funcionar los métodos alternativos. Finalmente hace una serie de propuestas para el mejoramiento de la *judicial review*, entre las que se encuentran la intervención del Congreso en la designación de jueces y el establecimiento de un control democrático sobre la actuación judicial.

Por último, Roberto Gargarella brinda una interesante reflexión sobre *La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos*. En primer lugar, en este trabajo se presenta una comparación entre las posturas que sostenían los federalistas y los antifederalistas, sobre todo respecto al concepto de democracia y el papel que debería jugar el Poder Judicial en ésta. Así, mientras los primeros defendían una postura aristocrática, en la que sólo unos pocos podían determinar “las primeras verdades morales” bajo las cuales se regiría el país, los segundos postulaban que dichas verdades podían ser dilucidadas por el común de la ciudadanía. Como consecuencia de estas concepciones, los federalistas creían en el control judicial de constitucionalidad de leyes, con el fin de limitar la actuación del Poder Legislativo, y los antifederalistas proponían la creación de un *bill of rights* que sería el referente para que el Poder Judicial controlara la actuación del Legislativo. Sin embargo, esta última postura plantea un problema fundamental: “Si sostenemos que la sociedad debe organizarse a partir de cláusulas claramente democráticas, por qué no poner bajo la discusión mayoritaria, la selección de aquellos derechos fundamentales?” (*sic*). En otras palabras, los opositores del federalismo debían conciliar su postura democrática respecto a la determinación de los derechos fundamentales y su intención de generar una *bill of rights* a través de un proceso no estrictamente democrático, pues su función sería proteger a los ciudadanos de los excesos del Legislativo. Gargarella propone tres posibles soluciones al problema de si la democracia y la determinación de derechos fundamentales son compatibles. La primera consiste en sostener la preeminencia del concepto de democracia, pero presuponiendo ciertos derechos implícitos en dicho concepto. La segunda consiste en determinar los derechos a partir de una discusión abierta, respetando a la vez al concepto de demo-

cracia. La tercera parte de la idea de derechos para justificar al régimen democrático. Cualquiera que sea la postura que se adopte, tendrá incidencia directa sobre el papel que jugará el Poder Judicial en el Estado en cuestión. Después de un análisis de las implicaciones, conveniencias y deficiencias de las tres tesis planteadas, el autor hace una síntesis de las ideas aportadas por todas ellas, que son las de la importancia de la discusión colectiva con apoyo institucional (la Corte o el Congreso) para la determinación de derechos y la necesidad de profundizar más en conceptos como autonomía y autorrealización. Después de evaluar todo lo expuesto, el autor concluye que “lo atractivo de un sistema democrático proviene del hecho de que satisface, como ningún otro sistema político, una aspiración común como la de autogobierno” y que “la idea de que tenemos ciertos derechos... proviene del valor que le damos a la posibilidad de nuestro autogobierno”.

La notable lucidez de todos los ensayos contenidos en este libro hace de su lectura un motivo de amplia reflexión, tanto sobre la teoría como sobre la práctica. Sus páginas transcurren en una concatenación de provocaciones para el razonamiento y, no obstante los años que tiene ya su edición, sus planteamientos siguen vigentes como herramientas críticas para el entendimiento de los procesos democráticos del mundo actual. Un concepto de democracia en crisis, un profundo cuestionamiento de los fundamentos del diseño estatal y, sobre todo, la necesidad de replantear el papel del Poder Judicial en el balance de las estructuras del Estado, son razones y cimientos lo suficientemente fértiles para retomar discusiones que todavía no encuentran solución final. A esto contribuye, sin duda alguna, la investigación realizada por el *Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*.

Arturo CASTILLO LOZA