

## Panel Nº 6: El Estado Democrático frente a la objeción democrática ¿Es posible articular ambas nociones?<sup>1</sup>

Alberto **DALLA VÍA**, Raúl Gustavo **FERREYRA**, Néstor P. **SAGÜES**

Directora de Panel: Marcela **BASTERRA**

### I. Bases teóricas para el debate

A diferencia de lo que aconteció en el siglo XIX y principios del siglo XX, donde la centralidad del Estado estaba enfocada en la organización del poder, desde la mitad del siglo XX hasta la actualidad, el sistema de derechos ha pasado a configurar el núcleo estructural de los Estados modernos.

Este cambio de objetivos puede ser explicado en el hecho de que el poder estatal no es observado en los ordenamientos democráticos contemporáneos con el mismo temor o sospecha que suscitaba en el pasado, probablemente debido al fuerte apoyo a un modelo de expansión progresiva de los derechos operado en las últimas décadas.<sup>2</sup>

Este viraje no solo se verifica en los Estados constitucionales de derecho anclados a una constitución rígida con fuerza normativa,<sup>3</sup> sino también en los Estados legislativos donde prevalece la soberanía parlamentaria.

La centralidad, irradiación y fuerza normativa de los derechos, sumado a su textura lexical abierta e indeterminada hacen necesario designar el órgano y/o el procedimiento que ostente la “última palabra” al momento de una respuesta concreta a las distintas situaciones que el desarrollo y aplicación de esos derechos involucran.

La última palabra comprende, de esa forma, una decisión final que es adoptada por un órgano estatal sobre el alcance de los derechos sin posibilidades de que otro órgano pueda brindar una respuesta institucional pronta y efectiva que modifique dicha decisión para una generalidad de casos futuros.<sup>4</sup>

Los intentos por establecer la última palabra en la interpretación y aplicación de los derechos han recorrido un camino caracterizado por posiciones antagónicas e irreconciliables, que en muchos casos impidieron aclarar los mínimos presupuestos teóricos, normativos y procesales que pudieran dar una consistencia más lógica a la disputa entablada, y a la vez, posibilitar un entramado menos complejo en el intento de priorizar la mayor racionalidad posible en pos de la eficacia de los derechos.

---

<sup>1</sup> Estas bases teóricas han sido desarrolladas por Andrés Gil Domínguez con la colaboración de María Elena Lumiento.

<sup>2</sup> Comaducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en AA.VV, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 95.

<sup>3</sup> O bien en los Estados constitucionales y convencionales de derecho que se conforman a partir de una regla de reconocimiento que comparte o expande la supremacía constitucional con instrumentos internacionales sobre derechos humanos

<sup>4</sup> Rodríguez Alcalá, Diego Moreno, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 15.

En la búsqueda por establecer quién titulariza la última palabra en la interpretación y concreción de los derechos, una corriente interpretativa de la división de poderes sumamente influyente –la norteamericana– reconoció históricamente ese papel al Poder Judicial.

Sin embargo, las objeciones no tardaron en llegar. El Poder Judicial es calificado como “contramayoritario” y, por ende, se controvierte su valor epistémico para monopolizar la interpretación constitucional.<sup>5</sup> Los jueces no son elegidos directamente por el pueblo ni responden por sus decisiones ante él a través del debate colectivo. Su legitimidad es indirecta (por cuanto son elegidos por autoridades democráticas) y se diluye con el correr del tiempo (especialmente en aquellos sistemas en donde ostentan los cargos de forma vitalicia y el consenso colectivo puede haber cambiado considerablemente desde el momento en que tuvo alguna incidencia en su designación).<sup>6</sup> A lo anterior se suma que, debido a la rigidez de la Constitución, el Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de una reforma constitucional) la decisión del juez de declarar inconstitucional la ley, pues la Constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento que es considerablemente gravoso.

En la actualidad la objeción contramayoritaria se ha ampliado y transformado en una “objeción democrática”. Este reparo tiene en su base que el sistema político se ha ido reformando a lo largo del tiempo para procurar convertirse en una institución más sensible a la voluntad popular.

La objeción democrática presupone un modelo orgánico formalista en donde la última palabra intenta ser definida por el origen del órgano al cual se le otorga la facultad de ejercer esa capacidad decisoria (el Parlamento o el Poder Judicial), sin que el “cómo” y el “qué” producen esos órganos en materia de interpretación y concreción de derechos sea un aspecto decisivo en sí mismo.

Tal como afirma Dworkin, existen numerosos funcionarios que no son elegidos por el pueblo que ostentan un gran poder –como por ejemplo un Secretario de Estado, de Defensa o del Tesoro– y que pueden causar más daño en una semana que cualquier juez en toda su carrera. Y, si bien los presidentes son elegidos por el pueblo, ellos

---

<sup>5</sup> Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 233. El autor describe a las distintas corrientes y variables que se ocupan de la objeción democrática de la siguiente manera: a) aquéllas que sostienen que los órganos judiciales deben restringirse a declarar inconstitucionales las normas emitidas por legislaturas elegidas democráticamente que lo sean con suma claridad (Bork); b) aquéllas que limitan el control de constitucionalidad a la protección de los valores básicos de la democracia, al refuerzo de la representación de la minorías y a la transparencia de los procedimientos de representación (Weschler, Bickel, Ely, Choper); c) aquéllas que abogan por una teoría de derechos más sustantivas que deje lugar al activismo de los órganos jurisdiccionales (Tribe, Michelman); d) aquéllas que persiguen producir una concepción constructiva de la interpretación constitucional que fundamente las decisiones aún las más innovadoras (Dworkin); e) aquéllas que distinguen los momentos constitucionales de los momentos de política normal (Ackerman); f) aquéllas que consideran que cualquier teoría de la revisión judicial es imposible (porque los desacuerdos son tan radicales acerca de las convenciones en vigor que éstas nunca pueden alcanzar para restringir la actividad judicial) o innecesaria (porque si hay acuerdo no necesitamos control) (Tushnet).

<sup>6</sup> Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 683.

pueden ejercer sus poderes durante su mandato casi sin necesidad de tener que rendir cuentas, en el curso del cual pueden “fácilmente destruir el mundo”.

Por ello, la imputación de la falta de legitimidad democrática de los jueces como punto de cuestionamiento del control de constitucionalidad merece un debate sin prejuicios.

## **II. Interrogantes**

La objeción democrática genera a los sistemas republicanos clásicos preguntas de larga data:

**1)** *¿Por qué si vivimos en una sociedad democrática, debemos aceptar la primacía de la opinión de los jueces en lo que atañe a cuestiones constitucionalmente fundamentales?*

**2)** *¿Por qué la rama del poder menos democrática (en tanto no elegimos directamente a sus miembros, ni podemos removerlos cuando estamos en desacuerdo con ellos) puede “derrotar” a las ramas que se encuentran bajo nuestro control?*

**3)** *¿Qué es lo que justifica que dicho poder judicial preserve el derecho a pronunciar la “última palabra” institucional?*

**4)** *¿Por qué han de ser los jueces, quienes decidan de forma discrecional el significado de cuestiones especialmente controvertidas, pronunciando la última palabra incluso frente al legislador?*

**5)** *¿Cómo es posible permitir que los tribunales descalifiquen las leyes parlamentarias con el argumento de que -en su opinión- violan lo dispuesto en el texto constitucional? ¿No es esto regresivo, más que progresivo, desde un punto de vista democrático?*