

**Roberto Gargarella**

**LA JUSTICIA  
FRENTE AL GOBIERNO**

***Sobre el carácter contramayoritario  
del poder judicial***

**Presentación de:  
CASS SUNSTEIN**

***Ariel***

© 1996: Roberto Gargarella

Derechos exclusivos de edición en castellano  
reservados para todo el mundo:

© 1996: Editorial Ariel, S.A.  
Barcelona

1ª edición: abril 1996

ISBN: 84-344-1145-8

Reimpresión para:  
Compañía Editora Espasa Calpe Argentina S.A. / Ariel  
Independencia 1668, Buenos Aires, Argentina

Primera reimpresión: julio de 1996

ISBN 950-9122-42-4

Hecho el depósito que indica la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| <b>Agradecimientos</b> .....  | 6  |
| <b>Presentación, por CASS SUNSTEIN</b> .....  | 7  |
| <b>Introducción</b> .....   | 11 |
| <b>1. La falta de legitimidad democrática de la justicia:<br/>fundamentos históricos</b> .....                              | 17 |
| 1. Notas de historia institucional .....  | 17 |
| 2. La filosofía dominante en los orígenes del sistema representativo .....  | 26 |
| 3. La consolidación del control judicial en Estados Unidos .....  | 38 |
| <b>2. El carácter contramayoritario del poder judicial:<br/>soluciones «conservadoras»</b> .....                            | 48 |
| Conservadurismo y elitismo .....  | 48 |
| <b>Apéndice al capítulo 2</b> .....   | 59 |
| Interpretación de las leyes y control judicial .....  | 59 |
| Conclusión .....  | 79 |
| <b>3. El carácter contramayoritario del poder judicial:<br/>soluciones «populistas»</b> .....                               | 81 |
| Radicalismo «populista» .....   | 84 |
| Populismo y control constitucional .....  | 88 |
| El poder legislativo contra el poder judicial. El caso «Trevett v. Weeden» y el comienzo de un conflicto interpoderes ..... | 89 |

|  |            |
|--|------------|
| Amenazas legislativas contra el poder judicial . . . .   | 93         |
| Francia posrevolucionaria: defensa de la supremacía de la voluntad popular . . . . .               | 94         |
| Francia posrevolucionaria: rechazo del control judicial . . . . .                                  | 97         |
| Críticas al principio «populista» en la organización del control de las leyes . . . . .            | 99         |
| Conclusiones . . . . .   | 103        |
| <br>   |            |
| <b>4. Soluciones «intermedias» para el problema del control de las leyes . . . . .</b>             | <b>105</b> |
| Introducción . . . . .   | 105        |
| Críticas a las soluciones «intermedias» . . . . .  | 114        |
| <br>   |            |
| <b>5. La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes (I) . . . . .</b>       | <b>120</b> |
| La tradición (genuinamente) radical y el control judicial de constitucionalidad . . . . .          | 126        |
| Bruce Ackerman y la función judicial . . . . .   | 132        |
| El «dualismo» constitucional . . . . .   | 136        |
| Objeciones a la visión dualista de la democracia . .   | 139        |
| La justicia y la formación de las decisiones mayoritarias. El caso del <i>New Deal</i> . . . . .   | 141        |
| <br>   |            |
| <b>6. La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes (II) . . . . .</b>      | <b>148</b> |
| John Ely y la función judicial . . . . .   | 148        |
| John Ely y la tradición (genuinamente) radical . . .   | 153        |
| Críticas a la propuesta de Ely: una cuestionable concepción de la democracia . . . . .             | 154        |
| Fundamentos y alcances de la democracia deliberativa . . . . .                                     | 157        |
| El control de constitucionalidad según Ely y según la concepción de la democracia deliberativa . . | 161        |
| <br>   |            |
| <b>7. Reformas institucionales para la reforma del control de constitucionalidad . . . . .</b>     | <b>173</b> |
| A) Sobre la técnica del reenvío y la interpretación de la ley . . . . .                            | 174        |

## ÍNDICE

279

|    |   |     |
|----|---|-----|
| B) | Defensa de las minorías y cuestiones motivacionales .....   | 177 |
| C) | Reforma política y reforma del poder judicial   | 186 |
| 8. | <b>El control de las leyes en la práctica. Evaluación de la jurisprudencia reciente en España y en Estados Unidos. JUSTICIA CRÍTICA RESPECTO DEL GOBIERNO</b> ..... | 195 |
| A) | Cuestiones de moral pública .....   | 195 |
| B) | Cuestiones de moral privada .....   | 214 |
| C) | Cuando la moral pública y la privada se entremezclan: la cuestión lingüística .....   | 221 |
| 9. | <b>La justicia dependiente de la política. El caso argentino. JUSTICIA DEPENDIENTE RESPECTO DEL GOBIERNO</b> .....  | 228 |
|    | Introducción .....  | 228 |
| 1. | La dependencia del poder judicial argentino en los poderes políticos .....  | 228 |
| 2. | El control judicial en la práctica .....  | 237 |
|    | <b>CONCLUSIONES. Síntesis de los fundamentos y pautas del modelo de control constitucional propuesto</b>  | 262 |
|    | <b>Bibliografía</b> .....   | 266 |