

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

Agradecimientos	6
Presentación, por CASS SUNSTEIN	7
Introducción	11
1. La falta de legitimidad democrática de la justicia: fundamentos históricos	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
2. El carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones «conservadoras»	48
Conservadurismo y elitismo	48
Apéndice al capítulo 2	59
Interpretación de las leyes y control judicial	59
Conclusión	79
3. El carácter contramayoritario del poder judicial: soluciones «populistas»	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
4. Soluciones «intermedias» para el problema del control de las leyes	105
Introducción	105
Críticas a las soluciones «intermedias»	114
5. La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes (I)	120
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
6. La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes (II)	148
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
7. Reformas institucionales para la reforma del control de constitucionalidad	173
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.	El control de las leyes en la práctica. Evaluación de la jurisprudencia reciente en España y en Estados Unidos. JUSTICIA CRÍTICA RESPECTO DEL GOBIERNO	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.	La justicia dependiente de la política. El caso argentino. JUSTICIA DEPENDIENTE RESPECTO DEL GOBIERNO	228
	Introducción	228
1.	La dependencia del poder judicial argentino en los poderes políticos	228
2.	El control judicial en la práctica	237
	CONCLUSIONES. Síntesis de los fundamentos y pautas del modelo de control constitucional propuesto	262
	Bibliografía	266