

# LA FILOSOFIA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

**Carlos S. Nino**

Centro de Estudios Institucionales  
Argentina

1. La idea de este artículo es compartir algunas reflexiones acerca de los fundamentos que dan sustento a los distintos sistemas de control constitucional: un mecanismo difuso, *a posteriori*, para casos concretos y a pedido de partes, como el argentino y el norteamericano, un sistema como el francés: abstracto, preventivo, por un órgano cuasi-político que depende, por su designación, de los órganos políticos o un sistema mixto como el alemán.

Me gustaría empezar citando algunos pocos párrafos del famoso voto de Marshall en *Marbury vs. Madison*<sup>1</sup> porque me parece que allí están explicitados con una claridad prístina, los presupuestos que se deben tomar en cuenta para la elección de uno u otro sistema de control de constitucionalidad. Marshall decía: «...hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley Suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si, en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza».

«Si una ley contraria a la Constitución es nula ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez o bien en otras palabras no siendo ley constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Sin lugar a dudas la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley; si dos leyes entran en conflicto entre sí el Tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad, del mismo modo, cuando

<sup>1</sup> *Marbury vs. Madison*, 1 Cranck 137, 2. L. cj. 60 (183).

una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables al caso de modo que la Corte debe decidir conforme a la ley desechando la Constitución o conforme a la Constitución desechando la ley. La Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar Justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.»

Fíjense ustedes que Marshall presenta un argumento que aparenta tener absoluta claridad —esto lo voy a llamar «la lógica de Marshall»—. Ahora bien, ¿cuál es la lógica de Marshall? La idea es la siguiente: es obvio que los jueces deben aplicar la ley, pero ¿cómo se determina qué es la ley? En definitiva, está determinado por la Constitución, por las normas de competencia que establece la Constitución; normas que, como diría Kelsen, se refieren a un cierto órgano, a un cierto procedimiento y, a veces, a un cierto contenido. Cuando la ley o la supuesta ley no satisface estas condiciones en realidad no es una ley y los jueces, por consiguiente, están tan poco justificados para aplicarla como a una norma cualquiera que hubiera dictado un usurpador. En consecuencia, si la Constitución es el parámetro final para decidir qué es la ley, los jueces no pueden estar justificados en ningún caso para aplicar una ley inconstitucional. Según esta lógica de Marshall, un sistema como el original francés, que ha sufrido algunas modificaciones que no son del todo relevantes para esta cuestión, al vedar a los jueces la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley conduce a que la Constitución deje de ser un parámetro acerca de qué es una ley válida. Marshall se refiere a los intentos que pretenden establecer un límite en esta materia, como «intentos absurdos de limitar lo ilimitable», porque lo que perdería validez u obligatoriedad en estos casos es la Constitución misma, que se convertiría en una especie de juguete vistoso. Esta lógica de Marshall es el argumento fundamental del control judicial de constitucionalidad que se ha difundido en EE.UU. y que en Argentina ha sido absorbida a través del caso Sojo<sup>2</sup> y de toda la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia.

Ahora nos debemos hacer las siguientes preguntas: ¿Es tan lógica la lógica de Marshall? ¿Es tan claro el argumento que expone? ¿Es tan absurdo el intento de una Constitución como la francesa que no es aplicada directamente por los jueces ordinarios? Si reflexionamos sobre algunos aspectos de lo que está ocurriendo aquí nos daremos cuenta de que la lógica de Marshall no es tan clara como parece a primera vista. Debemos hacer una simple consideración: ¿Es verdad que una ley que no satisface las condiciones establecidas en la Constitución en cuanto al órgano que debe dictarla, el procedimiento, y a veces su contenido es una norma que está en las mismas condiciones que la dictada por un usurpador; que, en definitiva, no forma parte, como diría Kelsen del sistema jurídico de que se trata y que no debe ser considerada vinculante

<sup>2</sup> Eduardo Sojo, t. 32, pp. 125-145 (1887).

de la misma manera que cualquier otro intento de prescribir lo que se tiene competencia para prescribir? Creo que la respuesta obvia es una respuesta negativa. Esto no es verdad porque aun en nuestro sistema y aun en el sistema norteamericano, una ley inconstitucional tiene una serie de efectos vinculantes y de obligatoriedad. Por ejemplo, no existe *a priori* la facultad de los ciudadanos o de los órganos políticos administrativos de desconocerla; la inconstitucionalidad se declara en el caso concreto, no se declara en abstracto. Por otro lado, según la jurisprudencia dominante de la misma Corte Suprema, la inconstitucionalidad no se declara de oficio sino que debe declararse a pedido de parte interesada. Entonces, esto quiere decir que una ley inconstitucional, no obstante serlo, tiene una serie de efectos vinculantes, tiene un *status* especial que hace que no sea tan clara esta lógica de Marshall aun para el mismo sistema norteamericano.

Con respecto a la justificación de acciones y decisiones, he defendido en varias ocasiones la tesis de que la validez de las normas jurídicas no es en sí misma una validez jurídica, no es una validez que el propio derecho genera, que las normas jurídicas no son en sí mismas razones para justificar acciones y decisiones y que detrás de las normas jurídicas hay consideraciones de tipo valorativo, moral en sentido amplio si ustedes quieren. Si uno da este paso, luego advierte lo siguiente (que es relevante para este tema del control de la constitucionalidad): esta validez de las normas jurídicas se transmite de una norma a otra de dos formas distintas y no por una sola vía. Primero, se transmite a través de normas de competencia; hay una transferencia de poder que una norma hace autorizando a otro órgano a dictar ciertas normas jurídicas bajo determinadas condiciones. Pero también hay algunas otras normas tácitas ya que sin ellas no se explicaría el fenómeno del que hablé antes según el cual existen normas que han sido dictadas sin cumplir con las condiciones anteriores y sin embargo son obligatorias bajo ciertas condiciones para cierta gente en determinadas circunstancias. Por supuesto no me refiero a que cualquier norma dictada en cualquier condición, por ejemplo una ley que yo pretenda dictar en este momento, tiene que tener una cierta apariencia de legalidad, una especie de *colour of law*, como decía Constantineu cuando hablaba de las normas *de facto* (porque en definitiva las leyes inconstitucionales son normas *de facto*, son normas que no cumplen con las condiciones establecidas para su propia creación). Entonces, tenemos estas normas de obligatoriedad que establecen que cuando una norma tiene una cierta apariencia de legalidad en determinadas circunstancias es obligatoria para la gente en general, para los jueces, etc., excepto en tales y tales circunstancias, y estas circunstancias pueden variar. Esto es lo que diferencia al sistema norteamericano y argentino del francés y continental europeo en general, con las variaciones que son del caso.

En consecuencia, insisto en observar que la lógica de Marshall en *Marbury vs. Madison* no es tal. Y no es un intento absurdo el que se hace a través de una Constitución que no establece órganos independientes de la Asamblea o del Congreso, porque aun en nuestro sistema nosotros

tenemos normas de obligatoriedad, leyes dictadas bajo condiciones diferentes a las previstas en la misma Constitución y que, cuando tienen cierta apariencia, son obligatorias salvo que en cada caso concreto y a pedido de parte un juez la declare inconstitucional, en cuyo caso deja de ser obligatoria en ese caso. Otros sistemas tienen normas de obligatoriedad diferentes respecto de las condiciones bajo las cuales las normas que tienen apariencia de legalidad dejan de ser vinculantes y son diferentes los órganos encargados de hacerlo. Entonces el primer paso de este razonamiento que quiero proponerles a ustedes es el siguiente: no hay nada en la lógica de tener una Constitución por encima de las leyes que obligue a tener el control judicial de constitucionalidad de tipo norteamericano y argentino, no hay nada en la lógica de lo que determina cuándo una norma es válida, que determine que solamente los jueces y siempre los jueces están autorizados a dejar de lado una ley en favor de la Constitución. Las normas que establecen la obligatoriedad de leyes inconstitucionales pueden tener condiciones diferentes acerca de cómo esa obligatoriedad se puede cancelar. Entonces la primera conclusión a la que quiero llegar, es que el sistema de control de constitucionalidad que queramos elegir y que podamos adoptar no depende de una cuestión de lógica, no depende de tener una Constitución operativa, sino de otro tipo de consideraciones.

2. Para contestar cuál es este otro tipo de consideraciones quiero brevemente hacer referencia muy rápida a dos temas que son de gran preocupación y de gran discusión, para luego terminar dando la respuesta que yo creo correcta sobre cuál es el sistema de control de constitucionalidad preferible. El primer tema al que quiero referirme es el de las cuestiones políticas. Ustedes saben que este tema ha sido y es extremadamente controvertido en la Argentina desde que la cuestión fue introducida en el caso Cullen<sup>3</sup>. En definitiva, ¿qué es una cuestión política? ¿Es posible distinguir lo político y lo jurídico o son dos caras de la misma moneda? El dictado de toda norma jurídica, salvo normas como las leyes de tránsito que resuelven simples problemas de coordinación social, implica una decisión política y la mayor parte de las decisiones políticas vinculantes tienen su expresión en normas jurídicas.

Entonces, ¿cuál es este criterio de distinción entre cuestiones políticas y cuestiones jurídicas que nuestra Corte Suprema, a diferencia de la Corte Suprema norteamericana ha llevado lejos? Tal vez existe una intuición subyacente al tema de las cuestiones políticas y que, quizás, podría ser captada por una distinción que ha hecho hace algunos años el profesor Ronald Dworkin<sup>4</sup>. Dworkin distingue dos tipos de razones o de argumentos que se dan en el ámbito jurídico, por un lado, los argumentos fundados en los derechos individuales: el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, etc. Por otro lado, los argumentos basados en lo que él llama objetivos sociales colectivos, como por ejemplo un argumento basado en la defensa, en la seguridad pública, en la

<sup>3</sup> Joaquín M. Cullen vs. Baldomero Llerena F., t. 53, pp. 420-475 (1883).

<sup>4</sup> Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977.

necesidad de aumento o no de la población, etc. ¿Cuál es la diferencia entre argumentos basados en derechos y los argumentos basados en políticas o en objetivos sociales colectivos?

La diferencia que hace Dworkin está fundada en la distinción entre derechos y políticas u objetivos colectivos y es la idea de que los derechos son individualizables y distributivos, se distribuyen igualitariamente entre diversos individuos, mientras que las políticas u objetivos colectivos son de tipo agregativo, toman en cuenta los intereses de los individuos considerados en forma agregada y no distribuidos igualitariamente entre esos individuos. Yo suelo ilustrar esta posible diferencia con un ejemplo que no da Dworkin pero que me parece que sirve para entender rápidamente esta distinción. Supongan ustedes que se considere valioso en algún sentido admitir cierto control de la natalidad. Esto puede admitirse por razones distintas: como un derecho o como un objeto colectivo valioso. Puede admitirse como un objetivo colectivo valioso si como ocurre en algunos países como en India, se hace una difusión del control de la natalidad por razones que tienen que ver con la necesidad de disminuir o controlar el crecimiento de la población en general y de esa manera favorecer la prosperidad o el bienestar de la población en general. Esto implica que, si se considera cumplido este objetivo colectivo se podría interrumpir la distribución de anticonceptivos o la difusión de conocimientos en materia de control de la natalidad sin que nadie se sienta afectado porque se está buscando un beneficio de la sociedad en conjunto, que una vez logrado, y a lo mejor superado el umbral en el que empieza a ser un perjuicio en vez de un beneficio, se puede interrumpir. En cambio, si el acceso al control de la natalidad se debiera a un derecho, al reconocimiento de un derecho de cada individuo, no se puede actuar de igual manera; si se reconoce el derecho al control de la natalidad de la persona A en las mismas condiciones hay que reconocérselo a la persona B y esto implica una distribución igualitaria del beneficio en cuestión. Ahora bien, Dworkin recurre a esta distinción para hacer una división entre el ámbito del poder político y el ámbito del Poder Judicial, sobre todo en materia de control de constitucionalidad. La idea de Dworkin es que la competencia de los jueces se limita a los derechos individuales mientras que los objetivos sociales colectivos, las políticas en ese sentido de objetivos agregativos de la sociedad, son exclusivas del poder político. Eso, tal vez, nos podría servir para dar una reinterpretación más inteligible y más plausible de la vieja distinción entre cuestiones políticas y cuestiones judiciales. Sin embargo, no es tan fácil, por varias razones: la primera, muy obvia, es que seguramente, hay muchísimos casos en los cuales vamos a tener dudas a cerca de si estamos ante un derecho individual o frente a un objetivo colectivo. Pero, además, no podemos limitar la intervención de los órganos políticos en materia de reglamentación de los derechos individuales; o sea, que esta división de poderes no funciona para los dos lados porque, en definitiva, mucha de la labor que desarrollan los órganos políticos consiste en reglamentar, precisar y proteger, a través de leyes y decretos, los derechos individuales. Por otro lado, todo depende del alcance que

damos a los derechos individuales. Si hablamos de derechos individuales robustos, como ahora voy a aludir, van a quedar muy pocas cuestiones en las cuales los jueces no van a poder intervenir porque, con una concepción de derechos individuales robustos, el ámbito de intervención judicial de cualquier manera se ampliaría considerablemente.

Nuevamente no es muy claro el criterio en que podría basarse este posible límite que los jueces deberían tener en el control de la constitucionalidad, límite que parece tener un fuerte fundamento. Como dice alguna jurisprudencia de la Corte norteamericana, y algunos filósofos del derecho, los jueces son órganos contramayoritarios<sup>5</sup>, no designados por el procedimiento de decisión de las mayorías sino en una forma indirecta y, especialmente en el caso de cargos vitalicios, la vinculación que tienen con la voluntad de la mayoría se diluye considerablemente. La pregunta que surge es, ¿por qué estos órganos contramayoritarios van a prevalecer sobre los órganos representativos de la soberanía popular en una serie de cuestiones que tienen que ver con los derechos de los individuos?

Esto se relaciona con el último tema particular que quiero tratar antes de dar una respuesta general al problema que estoy planteando y éste es el famoso tema de la constitucionalización de los derechos sociales. Por un lado, los derechos sociales pueden verse como una extensión y prolongación natural de los derechos individuales básicos, porque estos derechos sociales, por ejemplo, el derecho a tener atención médica adecuada o a tener una vivienda digna o a tener un salario adecuado, etc., en definitiva pueden considerarse como la extensión del derecho a la vida o a la integridad corporal o a la autonomía individual, etc. Una vez que se advierte el simple hecho de que los derechos no sólo se violan por acciones —actos de agresión— sino que también se violan por omisión, —se violan por la omisión de dar a los demás la ayuda o los recursos que son necesarios para desarrollar una vida digna y autónoma—, no se puede justificar esta distinción ¿Por qué dar privilegios a la acción sobre la omisión? ¿Por qué suponer que cuando estamos pasivos y dejamos que otros sufran daños no estamos violando sus derechos individuales? Cuando entendemos esto, los derechos sociales aparecen, insisto, no en contraposición con los derechos individuales sino como la extensión y prolongación natural de esos derechos individuales.

El problema que surge es que la protección y preservación de esos derechos en muchos casos exige tomar una serie de medidas —exige, por ejemplo, disponer de recursos, crear instituciones, órganos, etc—, tomar una serie de decisiones para las cuales no basta una mera orden, tal como puede ser una orden de abstenerse de hacer algo que requieren la mayoría de los casos de derechos individuales. En el ámbito de los derechos sociales hay que tomar un papel activo y efectivamente este papel activo ha sido asumido por distintos tribunales del mundo,

<sup>5</sup> Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch; The Supreme Court and the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962.

por ejemplo, la Corte Suprema de EE.UU. en diferentes épocas, fundamentalmente, en la época de oro del tribunal Warren que empieza en el 54 con el famoso caso *Brown vs. Board of Education* y llega hasta mediados de los setenta en que empieza a diluirse, mas no totalmente, ya que la Corte Burger tiene algunas posiciones muy activistas pero que disminuye y se limita considerablemente. El instrumento utilizado por la Corte norteamericana es conocido como la «reforma estructural», y es el usado en el famoso caso *Brown vs. Board of Education*, en el cual la Corte dispuso una serie de medidas para terminar con la discriminación racial en las escuelas y ordenó a los órganos administrativos competentes cómo debían hacerlo. La «reforma estructural» fue utilizada también en cuestiones de distritos electorales en las cuales la Corte asumió la función de realizar una redistribución de los distritos y en otros muchos casos en los que ha ordenado a organismos administrativos que tomaran una serie de medidas para preservar los derechos individuales que estaban siendo violados por acción u omisión. Esto parece ser necesario para el control de constitucionalidad una vez que se admite esta concepción amplia de los derechos individuales, estén en el texto constitucional o no como en el caso norteamericano. Pero una vez que ocurre esto nuestras dudas acerca del rol político de los jueces van creciendo y estas dudas son las que han llevado ahora a la Corte a adoptar un papel más prudente sobre su intervención, precisamente por este carácter contramayoritario que los jueces tienen.

En efecto, ¿cuál es la legitimidad que tienen para prevalecer sobre el legislador en la decisión acerca de la mejor forma de preservar derechos como a la vivienda digna, a la atención médica adecuada o a la educación sin discriminación? Si un legislador o un poder administrador con respaldo democrático mayoritario considera que las medidas que deberían tomarse son distintas ¿por qué debería prevalecer la decisión de órganos sin un origen de tipo democrático directo?

La presentación que estoy realizando nos lleva a la cuestión acerca de que, sin una determinada justificación de la democracia y de cuáles son los límites de la democracia, estos problemas a los que fui aludiendo —como qué tipo de control de constitucionalidad debemos sostener, si un control judicial o político o mixto— cuál es el alcance de las llamadas cuestiones políticas o —en la terminología de Dworkin— de los objetivos sociales colectivos vs. los derechos individuales, o el alcance de la posible constitucionalización de los derechos sociales y lo que esto implicaría respecto a una intervención activista por parte del Poder Judicial en la preservación de esos derechos no se podrían responder. Lo que subyace a todas estas cuestiones son diferentes concepciones de la democracia y creo que ése es el tema central que deberíamos discutir.

3. Solamente quiero mencionar algunas alternativas: una es la alternativa tradicional de la soberanía popular. Hay una versión rousseauniana de esta teoría de la soberanía popular que se expresa a través de la voluntad general que a su vez se plasma en la asamblea nacional, etc., y que parece llevar a un modelo de control de constitucionalidad de

tipo francés. En efecto, si la justificación de la democracia está basada en la soberanía popular, en definitiva el único órgano de expresión de esa soberanía es el Poder Legislativo —especialmente la Cámara Baja cuando se trata de un sistema bicameral— y debería restringirse al máximo la posible interferencia de los jueces, ya que no son órganos directos sino en todo caso indirectos de la soberanía en esa expresión de la voluntad popular soberana. En EE.UU., sin embargo, se ha tratado de adaptar la idea de la soberanía popular para defender el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, y eso se ha hecho y lo está haciendo actualmente el profesor Bruce Ackermann<sup>6</sup> con una visión que llama «dualista» de la democracia. Ackermann desdobra las expresiones de la soberanía popular. Sostiene que en los EE.UU. —y la historia norteamericana lo demuestra—, hay dos niveles en que se desarrolla la acción política: la política que él llama constitucional y que se expresa en el dictado de la constitución, en las enmiendas constitucionales y en las grandes decisiones que tienen nivel constitucional, y la política cotidiana, que se expresa a través del Congreso o de las legislaturas locales. Su idea es que la legitimación de los jueces para interferir con la acción legislativa deriva de ser los intérpretes de esa voluntad popular superior que se ha expresado a través de la Constitución, así, los jueces expresan la soberanía popular, de nivel superior tal cual se expresa en la Constitución prevaleciendo sobre una manifestación menor de soberanía en la legislatura.

Debo decir que soy muy escéptico respecto de esta distinción de Ackermann porque realmente creo que toda esta idea de soberanía popular y de la voluntad del pueblo sufre de una enorme vaguedad y ambigüedad. He tratado en otro lado de desglosar la idea de soberanía popular<sup>7</sup>, que deviene de distintos conceptos de pueblo y una vez que uno distingue esos diferentes conceptos de pueblo se puede mostrar que ninguno de ellos es realmente plausible. Esta es una crítica general que tendría que hacer a la concepción de la soberanía popular pero, fuera de esta crítica general, tampoco creo que esté justificado hablar de una expresión superior y otra inferior de esa soberanía popular. Todo esto enfrenta una enorme dificultad cuando uno se pregunta si debe prevalecer un pueblo que vivió hace doscientos años o la población que vive actualmente y que tiene una expresión más viva y directa a través de la legislación. No resulta muy claro que se justifique la acción de los jueces como expresión de esa voluntad popular superior expresada a través de la Constitución. Creo que realmente esta es una vía sin salida.

He tratado de defender<sup>8</sup> una concepción diferente de la democracia según la cual la democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que

<sup>6</sup> Bruce ACKERMANN, *Private Property and the Constitution*, Yale Univ. Press, 1971.

<sup>7</sup> Carlos S. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1989.

<sup>8</sup> *Ibidem*, cap. IX.



tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos. Esto es así, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuales son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos. Por ello el proceso democrático tiene una tendencia hacia una mayor imparcialidad comparado con otros procedimientos posibles y esto implica —dado que la imparcialidad, según creo, es definitiva de una decisión moralmente correcta en materia de moral pública— que la democracia, los procedimientos democráticos tengan valor epistemológico para conocer cuales son las decisiones moralmente correctas. Por eso hay una legitimación mayor de los órganos que surgen directamente de este proceso de discusión y de decisión mayoritaria para la toma de decisiones fundamentales.

De esta misma justificación de la democracia surge una limitación a los órganos mayoritarios y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad. Lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas. La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo, si se satisfacen o no. Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no dependa de avatares, de mayorías que pueden estar afectadas por las fallas que mencioné<sup>9</sup>.

Ahora bien, esto puede tener una interpretación muy restringida o una interpretación bastante amplia. Puede tener una interpretación restringida si pensamos que el papel de los jueces debe limitarse a verificar si se dieron las condiciones procedimentales del debate y de la decisión democrática. Pero yo no creo que deba ser así, pues la validez de una decisión mayoritaria depende de muchas cosas. Depende de cuestiones tales como la existencia de una relativa igualdad en los recursos para participar en ese debate democrático, del acceso a la educación que permite a cada uno estar en igualdad de condiciones y en la ausencia de condiciones que presionen, de condiciones que amenacen, etc., de tal modo que se pueda maximizar ese valor epistemológico de la

<sup>9</sup> Para una posición similar, véase John ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard U.P., 1980.

democracia. En consecuencia, yo creo que fallos como *Brown vs. Board of Education* que trata de superar la discriminación racial en materia educativa, están absolutamente justificados bajo esta visión de la democracia porque a través de estos fallos, en última instancia se intenta poner a todo el mundo en igualdad de condiciones para que puedan participar del debate y de la decisión democrática y maximizar de esa manera el valor epistemológico de la democracia.

Si ustedes me preguntan cuál es el límite de este control judicial, yo creo que en ésta como en todas las cosas importantes no hay un límite fijo, es una cuestión de razonabilidad, es una cuestión de sentido común. Pero, hay que tener una guía para definir cuestiones como las que acabo de enunciar; la guía que yo propongo puede ser correcta o no, pero creo que lo más importante es la discusión respecto de los fundamentos, pues cuando discutimos acerca de estas alternativas en ausencia de fundamentos vamos simplemente a la deriva y nos dejamos guiar por consideraciones que no son relevantes.