

ESBOZO DE TEORÍA CONTRAMAYORITARIA: CONSIDERACIONES DE LA *COUNTERMAJORITARIAN DIFFICULTY*¹

MAURO ARTURO RIVERA LEÓN

*Asistente de Investigación
Universidad de Sonora*

SUMARIO.

- I. Introducción
- II. Contra-mayoría: Algunas características
- III. Distinciones contra-mayoritarias.
- IV. Democracia, pluralismo y vigencia del argumento contramayoritario
- V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no pretende ser un tratado monográfico acerca del fondo del argumento contramayoritario o adherirse sustancialmente al debate moderno de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, sino proponer esencialmente la consideración de rasgos y categorías del argumento contramayoritario que han sido ignoradas por la doctrina y cuyo estudio pueden brindarnos una perspectiva diversa del mismo. Por tanto es el objeto de este artículo brindar una perspectiva, que juzgamos novedosa, para el estudio de un tema altamente controversial en la doctrina jurídica constitucional. El argumento contramayoritario se nos presentó como un tema de estudio al observar, a nuestro juicio, la carencia de una categorización precisa que permitiese estudiar desde diversas

1 Deseo agradecer al Dr. Carlos Ruiz Miguel, a la Dra. Milagros Otero Parga y al Dr. Raúl Guillén López, cuyos comentarios y revisiones fueron de gran ayuda para este trabajo. Al Dr. Diego Valadés y al Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, un efusivo reconocimiento por traer a mi atención a este tema. Finalmente un agradecimiento especial a la Universidad de Sonora bajo cuyos apoyos se desarrolló la investigación que desembocó en el presente artículo.

perspectivas la jurisdicción constitucional en su fenomenología democrática, tomando en cuenta el tipo y naturaleza de la mayoría vulnerada, objetivo que se pretende emprender en este artículo.

Este trabajo se encuentra estructurado de la siguiente manera: En (I) se presenta la introducción del trabajo. En (II) se ofrece una breve introducción al argumento contramayoritario y se analizan las características invocadas en la contramayoría. En (III) se introduce a la discusión diferentes categorías de decisiones contramayoritarias, a saber distinguiendo el órgano emisor de la decisión (contramayoría de naturaleza jurisdiccional, administrativa y legislativa) así como la mayoría presumiblemente violentada (contramayoría formal, material y concurrente) y se argumenta la importancia de considerar estas distinciones. En (IV) se realizan consideraciones de la fortaleza del argumento contramayoritario a la luz de los conceptos de democracia, pluralismo y se revisa la vigencia del argumento contramayoritario argumentando un desplazamiento de grado, por parte de este argumento inicialmente sustancial y, finalmente, en (V) se presentan algunas breves conclusiones.

II. CONTRAMAYORÍA: ALGUNAS CARACTERÍSTICAS

a) Breve introducción al argumento contramayoritario

El argumento contramayoritario es una imputación antidemocrática hecha al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en manos de un poder judicial no electo y constituye una objeción incrustada en el centro de nuestro pensamiento jurídico-democrático. Por argumento contramayoritario, se entiende en el presente trabajo, el señalamiento de la carencia de legitimidad democrática de un órgano jurisdiccional —en contraste con uno legislativo— para realizar un control de constitucionalidad. Este señalamiento antidemocrático comienza su gestación a partir de la conocida decisión *Marbury vs Madison*² en donde el *Chief Justice* John Marshall consagra judicialmente la práctica del *Judicial Review* y el principio de supremacía constitucional. En las propias palabras de Marshall nace el *Judicial Review*³:

«So, if a law [e.g., a statute or treaty] be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is *superior* to any

2 Sobre esta decisión existen numerosos estudios, entre ellos véase CIENFUEGOS, D. (coord.), *Marbury contra Madison: Una decisión histórica para la justicia constitucional*, Editorial Laguna, México, 2005.

3 Se ofrece una traducción libre: «De tal suerte que si una norma (por ejemplo un estatuto o tratado) se encuentra en oposición con la constitución, si tanto la norma como la constitución son aplicables al caso concreto, de tal suerte que la Corte debe decidir el caso o conforme a la ley ignorando la constitución, o conforme a la constitución ignorando a la ley, la corte debe determinar cual de estas reglas en conflicto rigen el caso. Esta es la misma esencia del deber judicial. Entonces, si las Cortes deben deferencia a la Constitución y la constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, entonces la Constitución y no tal acto ordinario, debe de regir el caso en el cual ambas son aplicables.»

ordinary act of the Legislature, *the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.*⁴»

Sin embargo el ejercicio del *Judicial Review* era problemático⁵. La voluntad de un puñado de *justices*, no electos directamente, podía vulnerar o anular la voluntad de toda una nación expresada a través de sus legítimos representantes⁶.

Para 1962, fecha en la cual Bickel publicó su obra *The least dangerous branch*, la Suprema Corte había producido suficientes decisiones controversiales y polémicas para llamar la atención de académicos, juristas, miembros del poder judicial y de la sociedad en general. Entre otras, algunas de estas decisiones fueron *Marbury vs Madison*⁷, *Dread Scott vs Standford*⁸, las decisiones contra Roosevelt que invalidaban legislación del *New Deal*⁹ (y,

4 5 U.S. at 177-78. Las itálicas son nuestras.

5 De alguna manera el argumento de Marshall suponía inicialmente la función de un juez constitucional en el *Judicial Review* como la de un legislador negativo. La lógica de Marshall implicaba que si la constitución era la norma suprema del ordenamiento jurídico y una norma de menor jerarquía se le oponía, no había dudas de que la constitución debería prevalecer. Sin embargo, este argumento que se nos antoja sencillo, se torna complicado cuando la contradicción con la norma constitucional no es clara. Si, por ejemplo, la constitución sostiene que la pena de muerte se encuentra prohibida, una norma que establezca la pena de muerte evidentemente será inconstitucional. Pero si la constitución utiliza términos amplios y vagos como justicia, igualdad, derechos inherentes de la persona, integridad y dignidad humana, puede que la contradicción entre una norma y la constitución sea dado un criterio interpretativo, lo cual da a los jueces un espacio decisorio-interpretativo y hasta cierto punto arbitrario que Bickel denunciara con claridad.

6 Ya Hamilton había vislumbrado esta particularidad cuando sostenía en los *Federalist Papers* (LXXVIII) que los jueces debían resguardar la constitución como una ley fundamental: «...*the constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people, to the intention of their agents*». Véase HAMILTON, A., Jay, J. y MADISON, J., *The Federalist Papers*, ed. Carey George, Liberty Fund, Indianapolis, Indianapolis, 2001, p. 404. Sin embargo, bien podía cuestionarse si la voluntad del *pueblo* se encontraba consagrada en el texto constitucional norteamericano.

7 5 US. (1 Cranch) 137 (1803). Esta decisión constituye la más importante decisión tomada por una corte en todo el continente americano.

8 60 U.S. (19 How) 393(1856). Un decisión con consecuencias políticas sumamente importantes que contribuyó de forma indubitable a la detonación de la Guerra Civil estadounidense. La crítica a esta decisión fue intensa —broadly todo en el norte— y por supuesto fue desatada parcialmente en términos contramayoritarios. Incluso si ignoramos el hecho de la deficiencia argumentativa de la corte (que sostuvo que ningún negro o descendiente de negros era ciudadano y que por tanto no tenía derechos constitucionales), esta decisión sólo fue respaldada por una parte restringida de la población estadounidense y era por tanto materialmente contramayoritaria. Véase WEINBERG, L., «Dread Scott and the Crisis of 1860», *Chicago Kent Law Review*, EU, vol. 82, núm.1, 2007, pp. 97-139, que básicamente analiza la contribución de *Dread Scott vs Standford* a la Guerra civil. De igual manera véase FINKLEMAN, P., «Teaching Slavery in Constitutional Law», *Akron Law Review*, EU, vol. 34, núm. 1, 2000, pp. 261-282; Finkleman (262) llama a *Dread Scott vs Standford* «*the most politically divisive decision of the Supreme Court in our history*». Finalmente NELSON, W., Op. Cit., nota 14, p. 70 donde se afirma que *Dread Scott vs Standford* fue la primera gran decisión (después de *Marbury vs Madison*) en la cual la corte invalidó política legislativa que había sido votada por una mayoría nacional sustancial y a la cual muchos electores aún presentaban adhesión.

9 Franklin Delano Roosevelt fue el trigésimo segundo presidente de los Estados Unidos (1933-1945) y trató de contrarrestar la gran depresión americana con una serie de políticas denominadas «*New Deal*». La corte invalidó sistemáticamente toda la legislación del *New Deal* al declararla inconstitucional, lo cual derivó en una confrontación abierta entre la Corte y Roosevelt y en numerosos intentos de éste último para minar la autonomía de la Corte (principalmente el infructuoso *Court-Packing Plan* de 1937). Como resultado indirecto de estos intentos la Corte se tornó más tolerante con la legislación del *New Deal* y lentamente revirtió sus decisiones una por una. Es curioso el pensar que Roosevelt ha sido el único presidente en reelegirse más de dos ve-

por supuesto, el incidente del *Court-Packing Plan*¹⁰), *Brown vs Board of Education*¹¹ y finalmente la decisión *Baker vs Carr*¹², entre otras. La mayoría de estos casos presentaban las características necesarias para desatar una discusión en términos contramayoritarios. Eran casos polémicos, que habían despertado controversia y respecto a los cuales tanto los órganos representativos como el electorado habían manifestado cierta opinión y las decisiones de la Corte habían ido formal o materialmente en contra de estas mayorías. Es en este contexto judicial que la obra de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, reconoce en su defensa del *Judicial Review*, el carácter antidemocrático de la *countermajoritarian difficulty*, como el propio Bickel la denominara. De tal suerte, Alexander Bickel reconoció con magnífica claridad que cuando la corte ejercitaba el *Judicial Review*, ésta no lo ejercía «... *on behalf of the prevailing majority, but against it*¹³».

A partir de la obra de Bickel se da un auge impresionante en el estudio del argumento contramayoritario¹⁴ y numerosas posturas y argumentos se han esgrimido en

ces (cuatro períodos consecutivos). Para el momento en que abandonó la presidencia, Roosevelt había nombrado a ocho de los nueve ministros de la Suprema Corte. En el primer mandato de Roosevelt las imputaciones del carácter antidemocrático de la Corte eran frecuentes.

10 Véase FRIEDMAN, B., «The History of the Countermajoritarian Difficulty Part Four: Law's Politics», *University of Pennsylvania Law Review*, EU, vol. 148, núm. 4, 2000, pp. 971-1064, en lo particular véase 973-981 en donde Friedman con rigor histórico hace un análisis de la legislación del *New Deal*, el *Court-Packing Plan* y los enfrentamientos entre Roosevelt y la Suprema Corte y las razones por las cuales el *Court-Packing Plan* falló en cierto sentido.

11 347 U.S. 483 (1954). Esta decisión ha sido considerada decisiva de la Corte Warren. Para un estudio a fondo véase DELGADO, R. y STEFANIC, J., «The Racial Double Helix: Watson, Crick and Brown vs Board of Education», *Howard Law Journal*, EU, vol. 47, 2004, pp. 476-498, en donde se argumenta la importancia de la decisión y se compara (476) a ésta con el descubrimiento del ADN. Para un relato político de la toma de la decisión y la contribución respectiva de los ministros Vinson (que moriría antes de la decisión), Frankfurter y el propio Warren, véase TUSHNET, M. y LEZIN, K., «What Really Happened in Brown v. Board of Education», *Columbia Law Review*, EU, Vol. 91, núm. 8, 1991, pp. 1867-1931. A pesar de qué la decisión en sí misma es progresista, la discusión fue acalorada, ministros como Burton todavía pensaban en términos raciales, categorizando, por ejemplo, a los mexicanos como «*the mexican problem... because the mexicans were more retarded...*» (p. 1908).

12 369 U.S. 186 (1962). Decisión que calificó de justiciables (cumplimiento de los *justiciability requirements*) los casos de reacomodo distrital electoral (*reapportionment*).

13 BICKEL A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2da ed., Bobbs-Merrill, 1962, pp.16-17.

14 Entre los muchos estudios que podríamos citar véase FRIEDMAN, B., «The History of the Countermajoritarian Difficulty Part Four: Law's Politics», *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, vol. 148, núm. 4, 2000 pp. 971-1064; del mismo autor «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy», *New York University Law Review*, New York, vol. 73, núm. 2, 1998, p. 342; IDLES, A., «The American Democracy and Judicial Review», *Arizona Law Review*, Arizona, vol. 33, núm., 1991, p. 41; FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; NINO, C., «La filosofía del control judicial de la constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Argentina, núm. 4. 1989; TUSHNET, M., «Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty», *Michigan Law Review*, vol. 94, núm. 2, 1995, pp. 245-301; el también clásico estudio ELY, J., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Michigan, 1980; «The moral reading and the majoritarian premise», en HONGJU, H. y SLYE, R., *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press, New Haven and London, 1994, pp. 81-115; GARGARELLA, R., «La dificultad de defender el control judicial de las leyes», *Isonomía*, México, núm. 6, 1997, p. 64. Una enunciación que dista de ser exhaustiva pero que es bibliografía básica para acercarse al tema en comentario.

pro y en contra de la legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes.

En el presente artículo omitiremos entrar en detalle con respecto a estas argumentaciones dado que no es nuestro objetivo discutir la sustancia del argumento contramayoritario, sino ciertas cuestiones relativas a la contramayoría imputada en el mismo. Baste decir que, previamente, nos hemos pronunciado en diversas ocasiones a favor de una fundamentación conjunta de la legitimidad del *Judicial Review* y de la jurisdicción constitucional en general¹⁵.

Ahora bien, antes de comenzar con el estudio de ciertas distinciones contramayoritarias, debemos estudiar algunas de las características que hemos detectado en el argumento contramayoritario como lo son la mayoría simple en oposición a la calificada¹⁶, la particularidad en el invocante y la mayoría real en contraposición a la formal.

b) Mayoría simple en el argumento contramayoritario

Respecto a la primera característica, es necesario apuntalar que el argumento contramayoritario presupone una noción del significado del término *mayoría*; a saber, el de mayoría simple. En efecto, el argumento contramayoritario se encuentra basado en un principio mayoritario simple y sólo supone la vulneración de este tipo de mayoría, no de la mayoría absoluta o algún tipo de mayoría calificada y mucho menos de la unanimidad. En todo caso, el mayor grado de mayoría sólo robustece la argumentación de quien invoca la contramayoría, pero no la vuelve de diferente naturaleza. Es decir, la voluntad vulnerada de una mayoría simple del 34% conforma criterio decisorio exactamente igual, a efectos del calificativo contramayoritario, que el de una mayoría con un 97% que prácticamente representa unanimidad en la aceptación de una política o criterio vulnerado¹⁷. Ciertamente es que la fuerza política del argumento contramayoritario en el primero y en el se-

15 RIVERA LEÓN, M., «Jurisdicción Constitucional: ecos del argumento contramayoritario», *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 22, enero-junio, 2010, pp. 223-260. Para un estudio acerca de las características contramayoritarias en el caso mexicano, véase RIVERA LEÓN, M., «The countermajoritarian difficulty: Bickel and the Mexican case», *Mexican Law Review*, vol.3, núm.1, 2010, pp.25-48.

16 Ya Locke reconocía que parte esencial del pacto social era el sometimiento expreso a la voluntad mayoritaria. «Cuando cualquier número de gentes se hubieren consentido en concertar una comunidad o gobierno, se ballarán por ello asociados y formarán un cuerpo político, en que la mayoría tendrá el derecho de obrar y de imponerse al resto»; LOCKE, J., *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, trad. de José Carner, Fondo de Cultura Económica, México, 1941 (primera edición inglesa 1960), pp. 61. De igual forma, Locke sostiene que la voluntad mayoritaria debe mover el actuar colectivo dado que es la fuerza mayor del cuerpo. Para Locke (p.62) la aceptación del principio mayoritario es un presupuesto del consentimiento en la formación de un gobierno colectivo.

17 Los sistemas simplemente mayoritarios tienen un defecto común. Que al ser la mayoría simple el criterio decisorio, son incapaces de mostrar matices de acuerdo al grado de consenso mayoritario que se alcanza. La decisión mayoritaria conforma criterio decisorio de la misma forma si la mayoría es simple de un 23% como si lo es de un 97%. No existe una diferencia considerable pues la decisión de la mayoría prevalece (sobre un 77 por ciento en el primer caso y sobre un 3% en el segundo). Sin embargo podemos notar que un matiz es necesario de acuerdo al consenso mayoritario alcanzado. Para una exploración de este argumento véase: GREENWOOD, D., «Beyond the Counter-Majoritarian Difficulty: Judicial Decision-Making in a Polynomic World», *Rutgers Law Review*, Vol. 53, p. 781, 2001, pp. 801-804.

gundo caso son completamente distintas. En nuestra opinión, el segundo caso es notable por su consenso, pero ello hará que el argumento gane o pierda fuerza política y no que sustancialmente se convierta en uno diferente.

c) *Particularidad del invocante*

Debemos señalar que la contramayoría es particular de quien la invoca. Con ello tratamos de hacer el señalamiento de que dentro de un país con diversos territorios, provincias o entidades federativas, pueden existir decisiones contramayoritarias en cada uno de ellos sin que la contramayoría sea general, pues los términos discutidos son inherentes al territorio específico en donde se vulnera la voluntad mayoritaria en cuestión. Un ejemplo sencillo de esta posibilidad se presentó en la crucial decisión de la Corte norteamericana *Dread Scott vs Stanford*¹⁸. La decisión de la Suprema Corte estadounidense ha sido tachada como contramayoritaria por un elevado sector de la doctrina, calificativo con el que concordamos. Sin embargo, los estados sureños, que habían promulgado normas regulando la esclavitud, tenían presumiblemente un apoyo mayoritario —dentro de su territorio específico— en la regulación y por tanto podrían objetar que la decisión de la corte atentaba en contra de una firme mayoría interna. En este ejemplo, encontramos pues la posibilidad de que se presenten dos mayorías en disputa en una misma decisión. Por una parte la decisión *Dread Scott* fue contramayoritaria a un nivel nacional en los Estados Unidos aún cuando con respecto a los respectivos estados sureños fuese mayoritaria. A la inversa, la decisión *Dread Scott* pudo haber sido mayoritaria a un nivel nacional si la decisión hubiese sido garantizar la libertad del demandante y contramayoritaria sólo con respecto a un estado.

El juego de las contramayorías nacionales y estatales o generales y particulares se da con frecuencia en ordenamientos jurídicos donde los territorios (contrastados con la nación o el estado federal) gozan de un cierto grado de autonomía y logran la formulación del comparativo *nosotros-ellos* con respecto a los demás integrantes del estado. En países con federaciones que se han centralizado (o no logran un adecuado comparativo *nosotros-ellos* en determinada materia) esto ocurre con poca frecuencia ya que el grado de autonomía de las entidades federativas es mucho menor —y nulo con frecuencia— lo que convierte a este federalismo nominativo en un lugar poco propicio para el surgimiento de contramayorías en la relación federación-estados.

Un ejemplo de la particularidad del invocante se ha dado recientemente en España con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su estudio por el Tribunal Constitucional español¹⁹. Empero, debemos ser cuidadosos con este tipo de contramayorías particulares, ya que éstas sólo se

18 60 U.S. (19 How) 393(1856).

19 En estos momentos no deseo adentrarme al debate sobre este tema complejo. Baste decir que independientemente de la opinión mayoritaria española, la crítica acerca de la probable resolución del Tribunal Constitucional ha sido varias veces planteada en términos contramayoritarios por parte de Cataluña (con la consiguiente característica de la *particularidad del invocante*) y el estudio de la crítica a la decisión tomada se ha presentado en términos similares a los del argumento contramayoritario en su versión clásica. El propio discurso mayoritario ha sido empleado numerosas ocasiones por el presidente catalán José Montilla, anunciando una *re-*

presentan cuando la decisión misma incide directamente en el territorio que alude la contramayoría. A este tenor, argumentamos que el adjetivo contramayoritario es inaplicable en casos particulares, en situaciones donde no existe una afectación decisoria directa²⁰.

d) *Mayorías reales y formales*

Finalmente, es necesario señalar que el argumento contramayoritario ha presupuesto una noción representativa de mayoría, ignorando de forma común las mayorías reales o electorales. En este orden de cosas, frecuentemente el argumento contramayoritario presupone que una decisión vulnera una voluntad mayoritaria porque vulnera la voluntad mayoritaria *legislativa*. Este presupuesto no es del todo incorrecto ya que comúnmente el poder legislativo electo de manera democrática, representa la voluntad popular. Sin embargo, en ocasiones esta representación es problemática y existe un desfase importante entre los representantes y el cuerpo popular o electoral que representan. En estos casos, sostenemos que el argumento contramayoritario debe distinguir entre la voluntad de representantes y representados. En la sección siguiente argumentaremos que la vulneración de cualquiera de estas dos voluntades genera una decisión contramayoritaria de diferente especie y naturaleza.

III. DISTINCIONES CONTRAMAYORITARIAS

Habiendo analizado que el término contramayoritario es relativo, podemos proceder a realizar ciertas distinciones que nos permitirán estudiar con mayor cuidado el argu-

acción ante la decisión de la Corte. El debate se ha acentuado aún más porque el proceso en el cual fue aprobado el estatuto de autonomía involucra un referéndum, las cortes generales y los propios parlamentarios catalanes por lo cual tiene una fuerte presunción mayoritaria. De igual manera, en el caso español, la simple mayoría — y no una mayoría calificada como en el caso mexicano— del Tribunal Constitucional puede invalidar el estatuto mismo. De hecho, incluso en caso de empate en las votaciones del Tribunal Constitucional, el simple voto de calidad del presidente determinaría la contienda. Para un magnífico y notable ejemplo de crítica contramayoritaria en este caso especial véase el artículo de Ignacio Sánchez Cuenca, Diario El País, 10-Diciembre-2009. Este artículo (aún cuando no concordemos con lo que en él se expone) es un perfecto ejemplo de crítica contramayoritaria; aborda la menor legitimidad democrática de origen del Tribunal Constitucional, su carencia de representatividad, la legitimidad democrática popular del estatuto de autonomía y resalta la pretendida arbitrariedad del argumento contramayoritario de que una decisión con implicaciones fuertes sea tomada por un poder no electo ni políticamente responsable.

20 Básicamente, en situaciones ajenas al futuro invocante, adjetivar de contra-mayoritaria una decisión que no repercute en su ámbito político, económico, social o moral es inútil. Esta opinión puede ser una opinión mayoritaria, pero la decisión será impopular, no contra-mayoritaria porque no existe una afectación directa a quien la invoca. En México, la entidad federativa Veracruz no puede sostener que la invalidación de un artículo de la Constitución del estado de Chihuahua es contra-mayoritaria en Veracruz (a menos que exista una afectación consecuente de tal anulación), a pesar de que exista un evidente apoyo mayoritario del pueblo sonoreense para el precepto relativo anulado. La razón es que la decisión no le es directamente adversa a su legitimidad para la toma de una decisión y por tanto al no haber afectación directa no existe contra-mayoría. En caso contrario, toda decisión impopular en algún territorio ajeno al invocante podría considerarse contra-mayoritaria. La contra-mayoría debe tomarse en relación directa a los ciudadanos legitimados en la toma de decisión calificada.

mento contramayoritario en términos democráticos. Primeramente intentaremos elucidar las diferencias producidas por los distintos actores que toma una decisión contramayoritaria. Argumentaremos que la institucionalidad es un requisito importante de la contramayoría, por lo menos del tipo que ha sido teóricamente estudiada. De forma seguida, expondremos nuestro concepto de contramayoría de naturaleza administrativa, contramayoría jurisdiccional y contramayoría legislativa. Finalmente basándonos en la afectación realizada por la decisión introduciremos a la discusión los conceptos de contramayoría formal, contramayoría material y contramayoría concurrente²¹.

a) Contramayoría e institucionalidad

Previamente hemos adelantado que dentro de la discusión contramayoritaria se presupone cierta institucionalidad. La razón es sencilla. Supongamos que un individuo «x» realiza, en su carácter de particular, cierta acción que va en contra de una mayoría, por ejemplificar burdamente: el escribir un artículo en un periódico que va en contra de la opinión local de la comunidad. Ciertamente «x» ha actuado en contra de los deseos de una mayoría al publicar un artículo que expone un pensamiento que difiere de la opinión mayoritaria, pero difícilmente se adjetivaría su comportamiento como contramayoritario. Lo anterior es consecuencia del faltante requisito de la institucionalidad. El adjetivo contramayoritario, en el preciso sentido bickeliano, se utiliza en contextos institucionales vinculados a un marco democrático preciso y por tanto resulta inútil y estéril utilizarlo fuera de él. Esta es una característica importante dentro del argumento contramayoritario, es decir, la crítica contra estas decisiones no emerge simplemente de la afectación provocada por la decisión misma o de su naturaleza generalmente política o moral, sino también del contexto institucional desde donde es tomada la decisión.

De igual manera, debemos señalar que la contramayoría no es sinónimo de impopularidad. Una decisión impopular no es siempre contramayoritaria. La impopularidad no presupone capacidad política, la contramayoría sí. Una decisión puede ser impopular en un grupo de personas, pero ello no la hace contramayoritaria. Por capacidad política no se entiende, en el presente trabajo, los requisitos legales para la votación en un determinado país, sino más bien el haber alcanzado un concepto íntegro de ciudadano capaz de tomar decisiones racionalmente sustentadas, requisito indispensable de una democracia²². Ello implica que hemos trazado ya dos diferencias fundamentales entre una

21 No puedo dejar de reconocer aquí la influencia de mis colegas José Reyes Rueda y Ubiliado Domínguez, con quien tuve ocasión de discutir la formulación original de estas categorías en una estancia de investigación en la UNAM; varias de las ideas aquí vertidas pasaron por el tamiz de su análisis pertinente.

22 Se nos ha acusado que al sostener que la capacidad política es un requisito del grupo mayoritario para adjetivar de contra-mayoritaria la decisión misma, privamos en consecuencia a la contra-mayoría su carácter objetivo. La objeción es interesante, pero creemos que puede contrarrestarse si argumentamos que la imputación de contra-mayoritaria a una decisión es un concepto que encierra una carga subjetiva —y hasta cierto grado emotiva— y por tanto donde no existe capacidad política, donde no existe un interés en la decisión tomada, la adjetivación también es innecesaria. Sin capacidad política para la racionalización de la decisión o interés en la misma, no se vulnera una voluntad mayoritaria, sino una percepción ligera, un deseo menor o un capricho popular. Nuevamente debemos evitar cometer el error de confundir la impopularidad de una decisión con el sentido contramayoritario de ésta.

decisión impopular y una decisión contramayoritaria, a saber 1) el contexto institucional y 2) el requisito de capacidad política²³.

A pesar de que la *counter-majoritarian difficulty*, planteada originalmente por Bickel fue pensada en base a decisiones de la corte, ésta no es el único agente *institucional* que puede tomar decisiones contramayoritarias. Ejemplos de decisiones contramayoritarias tomadas por otros agentes las tenemos en aquéllas tomadas por la administración pública o normas aprobadas por una cámara legislativa que entran en conflicto con los intereses *reales* de la población o de una mayoría legislativa²⁴. Luego entonces, atendiendo al marco institucional desde donde es tomada la decisión contramayoritaria, podemos sostener que existen, al menos, cuatro contramayorías a) contramayoría legislativa; b) contramayoría administrativa, c) contramayoría jurisdiccional y d) contramayorías diversas con marco institucional²⁵.

Una decisión es administrativamente contramayoritaria cuando es tomada por la administración pública, que puede estar representada por el presidente, jefe de estado o de gobierno. Una decisión es legislativamente contramayoritaria cuando es tomada en contra de una mayoría por el propio cuerpo legislativo que le representa. La decisión que aprueba una norma rechazada por una mayoría del electorado o población pertinente es contramayoritaria legislativamente. Finalmente, una decisión es contramayoritaria en un sentido jurisdiccional o jurisdiccionalmente contramayoritaria, cuando es tomada por una instancia jurisdiccional o materialmente jurisdiccional. Creemos que puede prescindirse de la ejemplificación de tales decisiones, que han sido estudiadas por la doctrina como arquetipo del argumento contramayoritario.

Ahora, intentemos por un momento entender las causas que han provocado que la contramayoría jurisdiccional reciba un grado de atención mayor que, digamos, la contramayoría administrativa o legislativa. ¿Acaso sus repercusiones antidemocráticas son de un grado distinto, mayores o más drásticas?

El argumento en el cual se basa la *counter-majoritarian difficulty* no reside de forma exclusiva en las decisiones contra una mayoría (o contra una mayoría presupuesta por el argumento). Si esto fuera así, entonces la institución del veto²⁶ habría recibido una

23 Intentaré ejemplificarlo de un modo sencillo. Si una población se encuentra compuesta en su mayoría por menores de 10 años, ciertamente una ley, decisión u ordenanza que (espero se me perdone lo absurdo del ejemplo) retire los juguetes de manos de los niños, será ciertamente impopular entre la mayoría de la población (contando como población al grupo de menores de edad y suponiendo que ellos conozcan la decisión) pero no será contra-mayoritaria. Aún cuando en este ridículo ejemplo tengamos presente el contexto de institucionalidad no existe contra-mayoría al no haber capacidad política. Sin embargo entendemos que nuestro argumento presenta puntos débiles ¿Cómo determinar la capacidad política del grupo poblacional relevante? ¿qué pasa en los casos más sutiles? Advertimos que la capacidad política por nuestra parte no implica los requisitos de un ciudadano para formar parte activa en una democracia deliberativa.

24 Esta distinción parte de nuestro concepto de contra-mayoría formal, material y concurrente, que será explicado a continuación.

25 Esta categoría puede ser utilizada para englobar aquellas decisiones contra-mayoritarias tomadas desde un marco institucional, pero fuera de las categorías expuestas. Ejemplos de estas decisiones en México serían una decisión tomada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos o por un órgano constitucionalmente autónomo que atente contra una mayoría con las características estudiadas.

26 En el caso español podemos añadir también el veto moderado que el senado tiene sobre la cámara de diputados. De igual manera otras provisiones como el bicameralismo, los procedimientos agravados de reforma y la mayoría calificada en ciertas votaciones son ejemplos claros de medidas contra-mayoritarias.

atención mucho más considerable de la que ha tenido a cargo de la doctrina. La reversibilidad o imposibilidad de revertir las decisiones tampoco parecen ser un criterio distintivo entre los distintos tipos de contramayoría aquí estudiados. De lo contrario, la contramayoría legislativa habría recibido mucha mayor atención ya que no existen medios directos para anular una ley contramayoritaria (no debemos confundir ley contramayoritaria con inconstitucional). Una decisión administrativamente contramayoritaria se revierte mediante procedimientos contencioso-administrativos y en el controvertible caso de veto mediante la figura de la *insistencia*, una decisión jurisdiccionalmente contramayoritaria puede revertirse por parte de una legislatura reformando la ley o la constitución ¿Qué procede por parte del electorado en el caso de la contramayoría legislativa?

Más aún, si argumentásemos que las decisiones jurisdiccionalmente contramayoritarias reciben este tipo de atención dada la falta de legitimidad²⁷ de origen²⁸ de los jueces constitucionales, luego entonces ¿por qué una decisión tomada por una Comisión Nacional de Derechos Humanos o un órgano constitucionalmente autónomo no genera tal controversia²⁹? De la misma manera la *irresponsabilidad* política —*political unaccountability*— tampoco es un criterio determinante. La crítica a las decisiones contramayoritarias por parte de jueces no electos pueden formularse basándose en su falta de legitimidad política, de no haber sido electos, o no tener una censura popular directa, en la misma tesitura ¿no es inclusive más grave que representantes³⁰ políticamente responsables y electos se comporten de un modo contramayoritario³¹ alegando la prohibición de un

27 «...es la sujeción de los jueces al imperio de una ley elaborada siempre, total o parcialmente, por las Cortes Generales que representan al pueblo español, la que asegura la legitimidad democrática del Poder Judicial en nuestro ordenamiento.» BLANCO VALDÉS, R., *La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2003, p. 228. Naturalmente esta tesis presupone la distinción entre legitimidad democrática sustantiva y legitimidad de origen, que utilizara en una forma diferente Víctor Ferrer Comella. Véase FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 42.

28 Sobre esto se han intentado diversos remedios para asegurar una legitimidad de origen parcial del juez constitucional. Para un comparativo en la selección de jueces constitucionales en Europa y Estados Unidos, véase MITCHELL, K., «Neither Purse nor Sword: Lessons Europe Can Learn from American Courts' Struggle for Democratic Legitimacy», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 38, p. 653, 2007, pp. 683 y 684.

29 Evidentemente la objeción no es sólo la falta de legitimidad de origen, sino aunado a ello el impacto relevante de la decisión. Una decisión inocua nunca es criticada en términos contramayoritarios.

30 A la hipótesis en donde los representados pueden obligar a los representantes a comportarse efectivamente ante determinadas situaciones de un modo mayoritario se le conoce como mandato imperativo. Sin embargo, el mandato imperativo es poco frecuente en las democracias modernas. El esquema puro de la representación incluía tres actores, los representantes, representados y la autoridad ante quien se formulaba la representación. La doctrina francesa alteró este esquema mediante la introducción de un cuarto agente: la nación. De tal suerte, los representantes no lo eran más de la simple voluntad mayoritaria, sino de una entidad —metafísica— llamada nación. Esta concepción representa un claro alejamiento de la visión populista democrática. Para un desarrollo mayor de esta idea y de la doctrina francesa representativa véase; BIRCH, A., *The Concepts and Theories of Modern Democracy*, 3ra ed., New York, Routledge, 2007, pp. 117-120. De igual forma para un estudio acerca del mandato imperativo en contraposición al representativo véase AGUILERA PORTALES, R., «Hacia una democracia de mínimos: del mandato imperativo al mandato representativo», *Monterrey*, Núm. 2, año 1, enero-junio 2009, pp. 11-38.

31 En el caso español constitucionalmente existe la prohibición del mandato imperativo (art. 67, apartado II), de igual forma en la constitución alemana de Weimar de 1919 (art. 21) se establecía que los miembros del parlamento representaban a la nación y no tenían que seguir ningún tipo de instrucción. De cierta forma, esta prohibición puede ser vista como contra-mayoritaria, o bien se nos brinda una compleja noción presupuesta

mandato imperativo? Como se puede apreciar, las diferencias entre los distintos tipos de contramayoría atendiendo al órgano decisorio son sutiles y deben ser tomadas en cuenta al momento de asignarles un peso político determinado.

b) *Contramayoría y sujetos pasivos*

En la subsección antecedente sosteníamos que era necesario diferenciar el tipo de contramayoría ejercida por un órgano determinado de acuerdo al emisor de la decisión. De igual manera en la sección II finalizábamos sosteniendo que el argumento contramayoritario había sido acuñado por la vulneración de la representación de la voluntad popular, es decir, la voluntad misma pero en su forma representada³², no directa. Dentro de esta sección queremos aventurarnos aún más y sostener que el argumento contramayoritario presupone una alta dosis de efectiva representación. Cuando Bickel argumentaba que el *Judicial Review* no era ejercido a favor de la mayoría sino en su contra, se refería precisamente al *Congress* de los Estados Unidos, no al pueblo mismo, pues suponía³³ que tal voluntad se encontraba representada en los diputados y senadores del congreso. Bickel no se detenía a considerar caso por caso la voluntad del pueblo americano, simplemente la asumía expresada por sus representantes³⁴.

de representación que difiere de la sostenida por el argumento contramayoritario. Podría de igual manera argumentarse que el procedimiento agravado de reforma constitucional es contramayoritario, sin embargo no deseamos entrar en el debate de la *dualist democracy* propuesta por Ackerman que distingue entre decisiones legislativas comunes y decisiones constitucionales que expresan la verdadera voluntad popular. A menos que Ackerman utilice un concepto altamente retórico de pueblo como comunidad política decisoria legitimada por la búsqueda del bienestar social (o cualquier concepto análogo) las mismas —o mayores— objeciones de falta de representatividad, pueden ser esgrimidas a un congreso constituyente. Para un estudio más cuidadoso de la postura de Ackerman véase PEÑA FREIRÉ, A., «Constitucionalismo garantista y democracia», *Revista Crítica Jurídica*, núm. 22, Julio-Diciembre 2003, pp. 42-47. Véase también la nota 6 de este trabajo. Comparando la postura de Ackerman con la de Hamilton podemos encontrar similitudes en su forma de considerar a la constitución como la manifestación directa de la voluntad popular y a la ley como una manifestación derivada.

32 La presente observación puede que no se haya dado frecuentemente en el contexto del argumento contramayoritario, pero se ha planteado en numerosas ocasiones en torno a los conceptos de representación: «...la democracia liberal o burguesa está construida a partir de una insostenible dualidad de voluntades: la voluntad real del «pueblo», por un lado, y la voluntad reflexiva y ponderada de la «nación», por otro, manifestada a través de una élite de representantes electos». Véase GREPPI, A., «Representación política y deliberación democrática», en Meleiro, Mariano (ed.), *Democracia, deliberación y diferencia*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007, p. 150. Greppi también realiza un breve análisis de la evolución teórica del concepto de representación concluyendo (p.168) que, «...quizás sea posible encontrar buenas razones para sostener la ficción representativa. ¿Saldríamos ganando si cediéramos a la tentación de prescindir de ella?» Esta pregunta se incrusta en el centro de las consideraciones sobre la mayoría vulnerada.

33 Con ello queremos adelantar que independientemente de cualquier teoría política de la representación e incluso bajo el presupuesto de que los diputados representaban a una entidad metafísica denominada nación, Bickel, al igual que los defensores del argumento contramayoritario— suponía que realmente existe una representación de la voluntad mayoritaria en el Congreso de los Estados Unidos y que debe existir en cualquier representación legislativa electoral.

34 Nótese que la doctrina clásica de la *countermajoritarian difficulty* considera esta representación una genuina representación y no una delegación. Esta consideración —correcta en nuestra opinión— nos lleva ineludiblemente a cuestionarnos lo óptimo de la representación legislativa ¿hasta qué punto son capaces los legisladores de representar los puntos plurales de la sociedad en el parlamento? Esta postura debe tanto sostener

¿Qué sucede en opinión de Bickel cuando la voluntad expresada por el congreso, que es contravenida en el *judicial review*, no es la voluntad real del electorado? Por desgracia, el propio argumento contramayoritario no era el objetivo principal de *The Least Dangerous Branch*³⁵, pero intentaremos esclarecer esta omisión con la siguiente hipótesis.

Supongamos un país «X» en donde el 60% de la población capaz de votar efectivamente vote en una determinada elección legislativa. Asumamos que existen tres partidos políticos: «A», «B» y «C». El partido A obtiene la victoria con un 40% de los votantes, los partidos «B» y «C» obtienen respectivamente el 30% cada uno y consecuentemente el mismo porcentaje de representación legislativa. Supongamos que el proceso legislativo del país «X» requiere una mayoría calificada³⁶ en el proceso legislativo para la aprobación de una ley ordinaria. Luego entonces el partido «A» puede, en conjunción con un porcentaje reducido de otro partido (o fragmentación disidente), aprobar legislación ordinaria. Supongamos que la legislatura de «X» promulgue una ley «A.1» que a juicio de los partidos de oposición contraría los preceptos constitucionales de la norma fundamental de «X». Estos dos partidos, legitimados para interponer³⁷ una acción abstracta de inconstitucionalidad, someten al conocimiento de la Suprema Corte o Tribunal Constitucional, según sea el caso, la constitucionalidad de la norma. La resolución de la Corte o TC declara inconstitucional la normatividad y la anula con efectos *erga omnes*.

Esta resolución es contramayoritaria en el sentido en el que académicos, juristas, miembros del poder judicial y otros estudiosos del derecho han utilizado la noción de contramayoría. ¿En verdad esta decisión es completamente contramayoritaria? ¿La decisión del Tribunal Constitucional de «X» va en contra de toda preferencia de la mayoría? Evidentemente lo es, por lo menos en el sentido en el que es comprendida dentro del sistema electoral representativo (y por tanto en el sentido clásico de contramayoría). De hecho es un claro ejemplo de una decisión contramayoritaria. La Corte Suprema o Tribunal Constitucional de «X» ha anulado una norma promulgada por el Congreso con todas las características de validez y que ha pasado por el proceso formal de legislación instituido en la Constitución de «X».

Sin embargo, debemos hacer ciertas consideraciones respecto a la decisión contramayoritaria tomada. Primeramente consideremos el sesgo decisorio. En este caso, la

la ilegitimidad de la delegación de decisiones mayoritarias a instituciones contra-mayoritarias, como afirmar la legitimidad de la representación legislativa y la efectiva representación realizada por los legisladores, dos afirmaciones problemáticas ante la ausencia del mandato imperativo. Véase NOVECK, S., «Is Judicial Review Compatible with Democracy?» *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*, Vol.6, núm.2, pp. 401-430; especialmente 417 y 418.

35 Sin embargo Bickel no ignoraba estas distinciones, sólo que jamás fueron su principal objeto de estudio. Véase BICKEL, A., *The Morality of Consent*, New Haven and London University Press, 1975. Bickel argumenta (p. 7) que el simple modelo mayoritario no es una forma adecuada para la toma de decisiones en ordenamientos con poblaciones grandes: «*And as the constituency is enlarged, majoritarianism steadily loses all reality as a policy-making mechanism*». Bickel ya lograba entrever el posible desfase entre representantes y representados.

36 Utilizaremos a la mayoría calificada en lugar de la mayoría simple para el presente ejercicio, porque de esta forma será notorio que incluso con procedimientos agravados de votación legislativa, las preferencias reales del electorado siguen siendo inciertas.

37 Para los efectos de nuestro ejemplo, suponemos en este momento que la legislación de X permite a los partidos políticos la interposición de la acción abstracta de inconstitucionalidad, probablemente en materia de legislación electoral, como en el caso mexicano.

norma fue aprobada por una mayoría simple en el Congreso. Sin embargo esta norma cuenta con un sesgo de 40% del voto real posible, por lo que cae dentro de un umbral difuso en el cual es empíricamente imposible comprobar de forma conclusiva las preferencias del electorado ausente. Para promulgar la norma, el partido «A» debió haber obtenido un apoyo del 11% del partido «B» (para obtener la mayoría necesaria). Aún cuando consideremos lo anterior, la norma ha sido aprobada con un 51% de apoyo efectivo, lo que representa apenas el 30.6% del electorado total posible a favor con un 29.4% del electorado total en contra y la subsistente zona de indeterminación del 40%. Esta zona es vital para la distinción que elaboramos en este momento. Con dependencia en las preferencias electorales reales de ese 40% podemos sostener que la decisión será contramayoritaria o no en un segundo sentido, diferente del usual³⁸.

Habiendo analizado brevemente el ejemplo anterior obtenemos una parte de la distinción que se pretende sugerir: distinguir entre la contramayoría que atenta contra una voluntad formal y la contramayoría que atenta contra una voluntad real, verdadera, efectiva y material de la ciudadanía quien legitima la representación de quienes han tomado la decisión.

Denominaremos entonces *contramayoría* formal a aquellas decisiones que atentan contra una noción presupuesta de representatividad y de consenso. Es decir, una decisión será formalmente contramayoritaria si la voluntad mayoritaria vulnerada es presupuesta, independientemente de si ésta coincide o no con la real y efectiva³⁹. Hemos evitado la mención de mayoría legislativa (aún cuando evidentemente nuestro concepto se haya formulado amoldándose a ésta) porque pretendemos englobar dentro de esta clasificación otros procesos decisorios en donde la representación sea presupuesta y no sólo se componga del proceso legislativo *per se*.

38 Los mecanismos electorales tienen por verdadero objeto la emisión de voluntad. Se busca que esta emisión sea una emisión *real*, no formal. Nuestra sencilla afirmación no es del todo irrelevante. Supongamos que un votante, por desconocimiento de la legislación electoral, llena mal una planilla electoral y por ende su voto se nulifica. Este voto nulificado alterará (minúsculamente claro) las percepciones mayoritarias electorales. El voto de nuestro desconocedor elector no contó para efectos decisorios y por tanto existirán facciones política sub o sobre representadas. Un voto no es capaz de generar una gran diferencia, pero si aumentamos dramáticamente el margen de votos nulos, la diferencia comienza a ser perceptible. Existen diversos factores causantes de este peculiar desfase. Dos de ellos, que resaltan por su importancia, son el abstencionismo y la nulificación de votos. ¿Una legislatura electa con un porcentaje de abstencionismo de 80% y en cuya elección se nulificó el 30% de los votantes, se encuentra legitimada para hablar por la mayoría? ¿Anular leyes de esta ficticia legislatura por parte de una corte no electa es una decisión contra-mayoritaria? Por supuesto que sí. La democracia representativa requiere de estos mecanismos para presuponer voluntad y no puede detenerse en búsqueda de la voluntad real de los electores en cada decisión (de otra manera sería una democracia directa). Pero esta voluntad, debemos tenerlo claro, es una voluntad formal del pueblo, no una voluntad real. Claro que, si fuese posible, los procesos electorales reflejarían la voluntad popular sin error alguno, ni desfases. Empero, ante la imposibilidad material de realizar un mecanismo semejante, la representación debe ser presupuesta. De igual manera Rousseau trató someramente el tema en su contrato social, véase ROUSSEAU, J.J., *El Contrato Social*, Trad. Fernando de los Ríos, Espasa, Madrid, 1975. En lo particular p. 58 nota 1 (sobre la formación de la *volonté générale*), p.61 sobre algunas observaciones al principio mayoritario, p. 125 y 127 considerando la voluntad general y la representación.

39 Naturalmente la gran mayoría de las decisiones estudiadas por Bickel o catalogadas como contra-mayoritarias son contra-mayoría formal, independientemente de si la voluntad popular se veía vulnerada de igual manera con la decisión de la corte.

De igual manera, denominamos contramayoría material aquellas decisiones que van en contra de la voluntad mayoritaria efectiva y real⁴⁰ que no necesariamente tiene que ser coincidente con la voluntad presupuesta en una cámara legislativa o con una voluntad formal. Un número sustancial de decisiones tomadas por órganos legislativos —contramayoría legislativa— son decisiones materialmente contramayoritarias, pues a pesar de que no vulneran la propia noción de voluntad presupuesta en el seno del órgano representativo pertinente, sí se toman en contra de la voluntad popular o el electorado que teóricamente representan.

Asimismo es posible nominar contramayoría concurrente a la conjunción de las dos hipótesis contramayoritarias descritas anteriormente. Esto es de tal suerte, ya que es posible encontrar una decisión contramayoritaria formal que no lo sea materialmente y viceversa. Naturalmente una decisión contramayoritaria concurrente presupone un peso político mayor para el órgano decisorio, como en el famoso caso *Dread Scott vs Standford*⁴¹.

Una decisión contramayoritaria formal puede ser encontrada cuando la corte anula una normatividad aprobada por la legislatura que carece del respaldo público. Una decisión contramayoritaria material puede darse cuando la corte o un tribunal constitucional sostiene la validez de una norma impugnada que la población notoriamente desaprueba o presume inconstitucional. Una legislatura que aprueba una norma en contra de los deseos mayoritarios de sus representados genera una contramayoría material de igual manera. La contramayoría concurrente es perfecta y conclusiva mientras que las contramayoría formal y material son imperfectas.

Nuestra distinción parte, por supuesto, de la definición de una decisión mayoritaria y de en cuáles casos un grupo puede denominarse mayoría. Desconocemos una distinción similar en la doctrina y por tanto proponemos la misma como un nuevo enfoque para analizar el peso político de los distintos tipos de decisiones contramayoritarias.

Ahora bien, comprendemos que las clasificaciones que se han propuesto previamente no se encuentran exentas de problemas, y a ellos nos referiremos ahora

¿Existe un método para determinar el tipo de contramayoría con el cual lidiamos?
¿Es posible medir la contramayoría? ¿Cuál es la utilidad de nuestra clasificación propuesta a la discusión del argumento contramayoritario?

Primero que nada debemos adelantar que las distinciones propuestas no pretenden ser adjetivaciones con una carga ideológica o valorativa que califique a la decisión misma. Es decir, las clasificaciones propuestas son descriptivas de la naturaleza y forma de vulneración de la voluntad mayoritaria de un grupo determinado y no representan un análisis (ni el más mínimo) de las cualidades intrínsecas de la decisión. En este orden de cosas, es posible que una decisión contramayoritaria concurrente (cuyo peso político es

40 El propio Friedman logró entrever parcialmente este punto: «*Similarly, we might try to understand whether judicial review really is countermajoritarian, and how it interacts with public opinion. In order to answer this question we need to know the extent to which Supreme Court decisions actually do deviate from popular opinion, and on what issues, if any, this is most common*». FRIEDMAN, B., «The History of the Counter-majoritarian Difficulty Part Five: The Birth of an Academic Obsession», *The Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 2, 2002, p. 257.

41 Claro que nos es imposible demostrar empíricamente que una mayoría efectiva (bajo el concepto de capacidad política que hemos presupuesto) se encontraba en contra de la decisión tomada por la Corte, pero un gran número de académicos concuerdan con esta afirmación. La disidencia era sureña y el Congreso ciertamente estaba a favor de la política rechazada por la corte.

mayor) sea enteramente *adecuada* mientras que una decisión contramayoritaria formal o bien mayoritaria del todo no lo sea. Esto es así porque el hecho de que una decisión vulnere la voluntad mayoritaria habla de la recepción de la decisión y no de la decisión misma. La corrección es una característica intrínseca de una decisión mientras que su percepción mayoritaria es una característica apreciable de forma extrínseca.

Habiendo aclarado lo anterior procederemos a conceder que el modelo propuesto comparte la particularidad de otros modelos teóricos, a saber, de obtener resultados sencillos y directos ante casos claros y mostrar deficiencias ante casos marginales. Por ejemplo, es evidente que una decisión de un tribunal constitucional que sostenga la validez de una norma que prohíba la existencia de sindicatos, la seguridad social y establezca pena de muerte para delitos menores sería del todo contramayoritaria en un sentido material (aunada a su evidente inconstitucionalidad), o bien, podemos sostener que una decisión que declare inconstitucional una ley del Congreso que aumente los salarios de los legisladores en un 600% con una gran probabilidad resultaría contramayoritaria en un sentido formal pero no material. Resulta claro que en los dos ejemplos anteriores, de saber la opinión del electorado (la de los legisladores es conocida por las votaciones legislativas mismas⁴²) éstos reaccionarían de la forma en la que hemos previsto. Sin embargo, existen materias en donde es más complicado determinar la voluntad popular y donde la imposibilidad empírica de determinar el tipo de contramayoría dificultará la clasificación de la misma. A pesar de la complicación presentada en los casos difíciles la distinción es útil, ya que, de no utilizarla, tendemos a ponderar de igual manera todo tipo de decisiones contramayoritarias y a no distinguir entre dichas decisiones para las consecuencias en materia de legitimidad y de representatividad. Una decisión contramayoritaria concurrente es mucho más costosa en términos políticos o democráticos que el resto de las contramayorías (especialmente que la contramayoría formal).

En orden de peso político la contramayoría más costosa es la concurrente, seguida por la contramayoría material y la contramayoría formal (éstas últimas dos no necesariamente en el orden descrito). En efecto, esto se debe a que, en ocasiones, los contornos políticos de un país delimitan los costes políticos de las contramayorías relevantes. Para poder constatar lo anterior sólo debemos suponer un ordenamiento jurídico en donde hasta cierto punto la opinión legislativa haga un diferimiento importante de la opinión popular o electoral. De lo contrario, ante la proximidad de opiniones de los representados con los representantes, lo más probable es que la vulneración de la voluntad de unos produzca la de los otros y por ello una contramayoría concurrente, lo que ocasionaría que fuésemos incapaces de aislar efectivamente ambos fenómenos. Sin embargo, en un ordenamiento jurídico donde un desfase importante se produzca entre representantes y representados, podremos ver con claridad que ocasionalmente es posible ir contra una mayoría legislativa y no contra una mayoría real y

⁴² Es argumentable que también existe —o puede existir— un ligerísimo sesgo en la opinión legislativa de una ley promulgada. A saber, el sesgo provocado por las abstenciones en las votaciones correspondientes, pero es dudoso que este sesgo resulte trascendente. De la misma forma un electorado abstencionista no puede interpretarse como completamente indiferente ante una decisión, un legislador abstencionista sí, por lo menos en su sentido político, porque su interés no llegó a ser tan alto como para votar en contra de la ley citada, o bien, ha adquirido compromisos políticos que le hacen abiertamente apartarse de la contienda decisoria.

efectiva y viceversa. En el tipo de ordenamientos jurídicos descritos, el peso o ponderación de tomar una decisión contramayoritaria en su sentido real y formal —excluyendo la concurrente— dependerá del grado de politización ciudadana y la confianza —aún carente de representatividad— de éstos con los legisladores respectivos. El diseño anterior puede inclusive presentar mayores excepciones cuando consideramos materias que aisladamente pueden politizar a un país. Prueba de lo anterior es el hecho de que existen temas en donde la ciudadanía se ve involucrada con mayor énfasis que en otras: religión, cuestiones políticas importantes, decisiones que involucran temas morales debatibles como aborto, eutanasia, pena de muerte, etc. En todos los casos descritos con anterioridad es, mucho más probable que una decisión contramayoritaria material tenga un peso político mayor que una decisión contramayoritaria formal. De igual manera, existen decisiones que aún cuando vulneren una presunta voluntad material popular, pueden ser mucho más costosas si van contra los designios de sus representantes, sobre todo en democracias descritas como delegacionales por Schumpeter. Ejemplos de lo anterior lo constituyen aquellas materias en donde la voluntad popular, no es de tal magnitud como para intentar el cambio de una decisión en un sentido adverso. Es decir, que existen situaciones menores donde la opinión directa como un conglomerado no se manifiesta, sino que se prescinde de ellas dejándose estas determinaciones al entero arbitrio legislativo. En tales casos, vulnerar una sólida mayoría legislativa ocasionará un coste político mayor que el de una débil voluntad mayoritaria real, pues se presume que la ciudadanía ha confiado tales materias a la élite política de sus representantes. Cabe añadir que estas consideraciones no se dirigen a intentar postular un *deber ser* de un tribunal constitucional, corte o agente que pueda tomar decisiones contramayoritarias, simplemente pretenden dar cuenta de forma descriptiva de los resultados de la toma de las decisiones en estudio.

c) *Las categorías contramayoritarias del caso Cataluña*

El caso del recurso de inconstitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Cataluña desató, a lo largo de cuatro años, una intensa discusión académica y judicial, dentro y fuera de España.

Diversos problemas rodearon la resolución del citado recurso, entre ellos la presumible inconstitucionalidad de la aprobación de nuevos estatutos por el procedimiento de reforma⁴³, la inconstitucionalidad en la convocación de los referéndums⁴⁴, la falta de los requeridos nombramientos de magistrados del Tribunal Constitucional⁴⁵, entre otros.

43 Véase Ruiz Miguel, C., Los vicios de origen de los procesos autonómicos, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009, pp. 249-258.

44 *Ibidem*. pp. 258-261.

45 Sobre ello la falta de dichos nombramientos escribía Eric Company: «Se ignora que, en realidad, el PP lo ha tomado (al TC) como rehén. Lo bloquea en espera de que le de lo que quiere: una sentencia contramayoritaria». *Diario el País*, 08/09/2009.

Sin embargo, sin importar las circunstancias jurídicas que rodearon el caso, nos limitaremos a comentar aquellas características⁴⁶ que desataron la crítica contramayoritaria en el caso concreto.

Si el argumento contramayoritario es una imputación al control jurisdiccional de la constitucionalidad, que remarca la escasa legitimidad democrática del tribunal constitucional, contrastada con la legitimidad de la ley, el caso de Cataluña podría presentarse como un perfecto ejemplo. El proceso mediante el cual fue aprobado el estatuto de autonomía catalán, involucra un referéndum, la participación de las cortes generales y los propios parlamentarios de Cataluña. Por otro lado, el Tribunal Constitucional español no es constituido mediante elecciones y no es representativo ni de las preferencias electorales de los españoles, ni de la constitución poblacional de España.

Anteriormente se ha planteado que el argumento contramayoritario es independiente de las consideraciones jurídicas sobre un caso. En una determinada decisión puede haber crítica contramayoritaria aún cuando la ley sea o no inconstitucional, por tanto, las circunstancias jurídicas que rodean al caso de Cataluña no son determinantes para evidenciar la presencia de crítica contramayoritaria⁴⁷.

El recurso de inconstitucionalidad catalán encuadra en las características que se han mencionado en el presente estudio. En oposición a una mayoría calificada, la naturaleza mayoritaria de la crítica en Cataluña es de una mayoría simple (la mayoría de la población en Cataluña, presumiblemente, se manifestaba en contra de una decisión adversa del TC). Aunado a ello, Cataluña presenta fuertemente el rasgo de la particularidad del invocante. La crítica catalana no se ha formulado en términos absolutos, argumentando que una decisión adversa (como parcialmente lo fue) vulnera la voluntad mayoritaria española, sino sólo catalana, algo similar a lo ocurrido en *Dread Scott vs Standford*.

La decisión goza del componente de institucionalidad, pues el Tribunal Constitucional español, es un agente intrasistémico constitucional en España y es una contramayoría materialmente jurisdiccional, por la naturaleza del órgano que de forma última tomó la decisión.

La crítica contramayoritaria fue desatada fuertemente por José Montilla y diversos actores institucionales y ciudadanos⁴⁸ evocando la presumible mayoría popular como causa legitimadora de la necesidad de permanencia del nuevo estatuto de autonomía.

La crítica contramayoritaria desatada en torno al tema Catalán, es señal de que el sistema democrático español está siendo revisado por sus agentes políticos. La corrección *per se* del argumento no es tan importante como una discusión crítica de la regla mayoritaria

⁴⁶ Varios han sido los comentaristas que se han dedicado a analizar la sentencia, entre ellos véase Castilla, J.M., La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado Autonómico, disponible en línea: www.funciva.org/.../1284366523_sentencia_del_tc._josep_maria_castella.pdf

⁴⁷ Excepción hecha en el caso planteado por Carlos Ruiz Miguel. El catedrático compostelano argumenta que diversos referéndums han sido convocados de forma inconstitucional. Si esto es correcto, luego entonces existe una incidencia directa en la manifestación real de la voluntad mayoritaria. Véase Ruiz Miguel, C., Op. Cit., p. 244. Y sobre el caso andaluz p.248.

⁴⁸ Por ejemplo, Ignacio Sánchez Cuenca ha sugerido que un sistema flexible, en donde el parlamento pudiera revertir la decisión del Tribunal Constitucional mediante una mayoría calificada de 2/3, sería democrática y políticamente más conveniente. Tendemos a disentir.

que permita entrever la verdadera legitimidad de un Tribunal Constitucional. Dentro de esta encrucijada, la labor del Tribunal Constitucional será de suma importancia, pues en sus manos estará la legitimación democrática que ataña a sus decisiones.

IV. DEMOCRACIA, PLURALISMO Y VIGENCIA DEL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO

En las líneas antecedentes hemos realizado una propuesta de clasificación de contramayorías, atendiendo al órgano emisor de la decisión y al sujeto pasivo de la decisión contramayoritaria. En la presente sección se intentará dar breves lineamientos en la búsqueda por demostrar que el concepto de democracia presupuesto por el argumento contramayoritario no es del todo exacto y fenómenos como el creciente pluralismo y la debilitación de las mayorías y formación de frentes minoritarios pueden alterar los momentos en que la decisión de un agente institucional (como un tribunal constitucional) resulta políticamente más costosa en su sentido contramayoritario.

a) Pluralismo y mayorías

Cuando Alexander Bickel formula el argumento contramayoritario, probablemente pensaba en un ordenamiento donde las diferencias entre los distintos grupos o facciones políticas eran importantes y por tanto la vulneración de una sólida mayoría generaba problemas de un corte mucho más claro. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando la apertura al fenómeno pluralista⁴⁹ del estado de derecho nos da como resultado mayorías muy relativas o bien un sistema en donde la mayoría resulta de disputas entre grupos minoritarios cuyas diferencias porcentuales ínfimas determina cuál de ellas es mayoría? Esta situación se presenta con mayor frecuencia en la actualidad, época marcada por la defensa del pluralismo como un valor primordial del estado moderno y con el fenómeno divisorio-electoral que se ha presentado en diversos países. Lógicamente, la contramayoría perderá fuerza política en tanto pierda fuerza la mayoría vulnerada. Contrarrestar la voluntad popular de una mayoría simple no representa lo mismo que contrarrestar una mayoría absoluta o una unanimidad. Es por ello que tanto el pluralismo como la división de la voluntad u opinión popular en grupos minoritarios con poca diferencia entre ellos, atenúan el peso que puede tener el argumento contramayoritario.

b) Nociones democráticas y argumento contramayoritario

Es importante denotar que el argumento contramayoritario es una imputación antidemocrática al juez constitucional en su carácter decisorio. Sin embargo, para com-

⁴⁹ Sobre el controvertido debate del concepto de pluralismo en el estado de derecho véase PEREZ DE LA FUENTE, O., *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Dikynson, Madrid, 2005, pp. 164—196.

prender el significado de esta acusación, debemos también comprender el significado mismo de la palabra democracia. Sostenemos que el argumento contramayoritario presupone una noción con rasgos evidentes de democracia simple mayoritaria, democracia directa o popular. La noción bajo la cual se presenta el argumento contramayoritario es una noción inexacta de la realidad democrática que mitifica en forma excesiva el modelo mayoritario y relaciona democracia no con un contenido sustancial, sino procedimental en la toma de decisiones⁵⁰.

El modelo democrático imperante en la actualidad es una democracia representativa o bien presenta una relación a la ardua discusión en torno a la democracia deliberativa. Esto significa que la regla mayoritaria se encuentra de cierta forma limitada⁵¹ por otros factores⁵² como respeto a los derechos humanos, respeto a las minorías, contenido sustancial, que suponen una limitación del principio mayoritario. Debemos ser cuidadosos con este aspecto. Si el argumento contramayoritario en cualquiera de sus formas presupone una noción directa o popular de la democracia⁵³ y sus numerosos disidentes suponemos una noción representativa y sustancial, la discusión se vuelve estéril: ¿Es realmente adecuada la noción democrática presupuesta por el argumento contramayoritario?⁵⁴

c) *Gradación y vigencia del argumento contramayoritario*

Una característica notable de la evolución del argumento contramayoritario es su reciente tendencia evolutiva de ser un argumento eminentemente sustantivo a conver-

50 Ésta sobre-exaltación del principio mayoritario en la democracia es común en los defensores de la *countermajoritarian difficulty*. Sin embargo, debemos tener cuidado de no estigmatizar el principio mayoritario dentro de la democracia, que puede ser perfectamente compatible con ésta bajo condiciones cuidadosas. Para un análisis más profundo de esta postura véase Véase GARGARELLA, R., «La lectura mayoritaria del estado de derecho», en Melero, Mariano (ed.), *Democracia, deliberación y diferencia*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007, p. 17-34. Véase especialmente pp. 25-27 y 41. Sin embargo el propio Gargarella sostiene que esta exaltación del principio mayoritario en el estado de derecho no supone la eliminación de todo tipo de controles a la voluntad mayoritaria. El propio Gargarella reconoce que el principio mayoritario *per se* es condición insuficiente en una democracia.

51 Para un estudio acerca de las limitaciones al principio mayoritario en el constitucionalismo actual véase BLECKER, R., «If I Implore you and order you to set me free», *New York Law School Law Review*, Vol. 49, pp. 561-576.

52 Véase SARTORI, G. *¿Qué es la democracia?*, Santillana, Madrid, 2007 (1ª ed. 1987), p. 105. «Admitamos sin complejos que la democracia representativa es *gobernada*. Pero establezcamos con la misma claridad que es *democracia*. Lo es porque en las sociedades occidentales la opinión pública es una fuerza autónoma, y porque el poder electoral del pueblo es un poder efectivo que no resulta demasiado debilitado por su intermitencia». Las cursivas son originales. De igual forma es notable su afirmación (p.111) de que la tiranía de las mayorías en un contexto constitucional se traduce en la aplicación absoluta de un principio mayoritario.

53 Para una noción de características democráticas y requisitos de la democracia en torno al argumento contramayoritario véase CURTIS, M. K., «Judicial Review and Populism» *Wake Forest Law Review*, Vol. 38, No. 1, 2003, pp. 342-350.

54 Así por ejemplo se ha pronunciado Dworkin al sostener que: «La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria». DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. Martha Gustavino, 5ª reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, p. 211. Dworkin sostiene también que si bien el control jurisdiccional no es un requisito de la democracia, tampoco es una institución in-

tirse en uno de grado. Inicialmente las primeras imputaciones contramayoritarias, efectivamente se dieron en un contexto de emergencia particular, ante ciertas decisiones y en torno a circunstancias determinadas que propiciaron la emergencia de la crítica, pero la crítica en sí era sustantiva. El argumento contramayoritario entonces era utilizado bajo una circunstancia particular (por ejemplo que la que la corte Americana había tomado una decisión en un determinado contexto político), pero no se argumentaba que esta decisión contramayoritaria era errónea bajo el contexto decisorio o porque siendo contramayoritaria había sido tomada sin basarse en un principio decisorio claro, sino se argumentaba en cualquier contexto que la naturaleza mayoritaria debía prevalecer. Sin embargo, recientemente hemos visto una progresiva evolución en la literatura jurídica en torno a la imputación del carácter antidemocrático en ciertas decisiones, ante cierta interpretación, o frente a ciertos matices. A este decir, el ejercicio de la jurisdicción constitucional no es completamente ilegítimo, sino cuando se realiza de una manera no basada en principios (*unprincipled*) o bien cuando la decisión parte de una premisa interpretativa propia que es cuestionable. Claro que el aceptar una postura como la descrita implica aceptar parcialmente la legitimidad de la jurisdicción constitucional, pues la crítica ya no será a su ejercicio sustantivo, sino al *grado* en el que ésta puede ser ejercida⁵⁵. Con ello pretendemos argumentar que si la crítica contramayoritaria se desvía a la imposición de ciertas condiciones a las decisiones contramayoritarias para aceptar su legitimación, en lugar de cuestionar siempre su legitimación de origen, entonces habrá abandonado su naturaleza sustantiva, para convertirse en un argumento de grado (el grado en el que este control jurisdiccional puede ser ejercitado en contra de la voluntad mayoritaria).

Esta paulatina suavización de la crítica contramayoritaria se debe parcialmente a una cultura jurídica en incremento que toma a la jurisdicción constitucional como parte fundamental del estado de derecho y como natural e inherente a la democracia.

Bajo estas consideraciones nos parece aventurado sostener que el argumento contramayoritario ha perdido vigencia, pero sí podemos señalar que ha perdido peso político. No creemos que sea una imputación actualmente estéril, pero su tendencia a la gradación le hacen lentamente centrarse en el proceso interpretativo y en las condiciones políticas de aprobación de una decisión democrática y no completamente en la naturaleza

compatible con la misma. De igual forma Dworkin ha reconocido que una concepción democrática debe ser presupuesta por el argumento contramayoritario. Véase DWORKIN, R., «The moral reading and the majoritarian premise», en Hongju, H. y Slye, R., *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press, New Haven and London, USA, 1994, pp. 81-115. De igual manera podríamos argumentar que la *countermajoritarian difficulty* ignora el intermediario nación entre representantes y representados. Sin embargo, en nuestro entender esta argumentación es forzada y tendenciosa, pues el concepto mismo de nación (como entidad metafísica que sobrepasa la población efectiva y el electorado real) es problemática y sirve más a propósitos teórico-filosóficos que a una justificación real del entendimiento democrático mayoritario que presupone el problema que aquí nos ocupa.

⁵⁵ Pocos autores continúan una crítica sustantiva contra-mayoritaria, uno de los pocos ejemplos que conocemos es Robert Ivan Martín, véase MARTIN, R. I., *The Most Dangerous Branch*, McGill-Queen's University Press, Canadá, 2003. Martín sugiere (p. 23) que una opción viable para salvar la democracia canadiense es la eliminación de la Suprema Corte de Canadá. De igual forma, en una postura contra el *Judicial Review* (pero en una versión moderada) se encuentra Jeremy Waldron.

antidemocrática de la decisión misma, con lo cual tenemos un desplazamiento importante de su foco de atención.

V. CONCLUSIONES

Dentro del presente trabajo se intentó presentar una visión analítica de algunos conceptos integrantes del argumento contramayoritario. El argumento contramayoritario es una imputación antidemocrática relativa a la vulneración de una voluntad mayoritaria simple hecha desde un contexto institucional que presupone cierta capacidad política. Esta imputación tiene un carácter relativo o particular referente a quien la invoca. De igual manera se presentó una categorización de órganos que pueden tomar decisiones contramayoritarias y se estudiaron algunos efectos de las mismas. Se presentó también una distinción entre contramayoría formal, material y concurrente, atendiendo al sujeto pasivo de la decisión. Se sostuvo también que el argumento contramayoritario ha cambiado su naturaleza en el curso del tiempo dadas algunas condiciones del pluralismo imperante en la actualidad, realizándose un contraste entre democracia sustancial-deliberativa con democracia mayoritaria, simple, procedimental, formal o directa.

En este artículo se pretendió abordar el problema de la carencia de modelos teóricos para estudiar el argumento contramayoritario desde una perspectiva que considere el tipo y las características de la contramayoría vulnerada. En lo posible, se ha proveído un primitivo modelo teórico adecuado para tomar en cuenta las citadas consideraciones.

El argumento contramayoritario mantiene una vigencia *relativa* dada su progresiva evolución de ser un argumento sustantivo a ser uno de grado. En este contexto podemos afirmar que el correcto entendimiento de los mecanismos democráticos de una sociedad y el estudio adecuado del pacto constitucional, nos ayudan a disipar la crítica democrática al entender que el principio mayoritario no debe regir todos los aspectos de la toma de decisiones en una democracia.

Estudiar y entender el argumento contramayoritario es estudiar y entender la democracia, la constitución y la vulneración de distintos tipos de mayoría que involucra el complejo juego del criterio decisorio.

TITLE: «An outline of countermajoritarian theory: considerations upon the countermajoritarian difficulty»

ABSTRACT: *The present article deals with the countermajoritarian difficulty but not from a substantial perspective but with its inner characteristics. I try to offer considerations about the violated majority and a useful distinction to the countermajoritarian decisions attending the emitting organ and the passive subject. A brief analysis about the implications of the democratic conceptions and pluralism to the countermajoritarian discussion is provided. I argue that the present categories of the countermajoritarian argument are insufficient to comprehend the problem, giving as a result the necessity of further considerations about the type of majority and majoritarian conditions violated.*

RESUMEN: *El presente artículo aborda el estudio del argumento contramayoritario pero no desde una perspectiva sustancial sino en sus características intrínsecas. Se pretende aportar a la discusión consideraciones sobre el tipo de mayoría vulnerada y una distinción útil a la clasificación de las decisiones contramayoritarias atendiendo al órgano emisor de la decisión y al sujeto pasivo en la misma. De igual manera se provee un breve análisis de las implicaciones de las concepciones de-*

mocráticas y del pluralismo a la discusión contramayoritaria. Se sostiene que las categorías del estudio del argumento contramayoritario resultan insuficientes que para la comprensión del problema son necesarias mayores consideraciones en torno a las mayorías y condiciones mayoritarias vulneradas.

KEY WORDS: Countermajoritarian, Decision-taking process, Jurisdictional Control, Democracy, Pluralism.

PALABRAS CLAVE: Contramayoría, Proceso decisorio, Control jurisdiccional, Democracia, Pluralismo.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.11.2010 FECHA DE ACEPTACIÓN: 4.05.2011