

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DOCTORADO EN DERECHO



**“LEGALIDAD Y LEGITIMACIÓN DE LA
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL”**

**TESIS QUE PRESENTA:
JESÚS ANTONIO CAMARILLO HINOJOSA**

**PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

**DIRECTOR DE TESIS:
DR. JUAN VEGA GÓMEZ**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
-------------------	---

CAPÍTULO I

UNA MIRADA AL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. Dualismo jurídico y orígenes difusos del control judicial de la constitucionalidad.....	10
2. Orígenes estrictos del control de constitucionalidad.....	16
2.1. El caso Marbury vs Madison.....	22
2.2. El surgimiento del Tribunal Constitucional europeo-kelseniano.....	27
3. Convergencias y tipologías del control judicial de la constitucionalidad.....	36
3.1. Tipología de Jeremy Waldron.....	38
3.2. Tipología de Alfonso Celotto.....	41
3.3. Tipología de Francisco Fernández Segado.....	42
3.4. Tipología de Lucio Pegoraro.....	43
4. Sobre el tipo de control de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano.....	45
Conclusiones.....	48

CAPÍTULO II

LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

1. Introducción.....	51
2. La concepción de la objeción contramayoritaria.....	52
3. La irrupción del constitucionalismo popular.....	54

4. Las objeciones al constitucionalismo popular.....	59
5. La denuncia del elitismo epistemológico.....	61
6. El diálogo interorgánico entre las cortes constitucionales y el poder legislativo.....	65
7. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales.....	71
8. El problema de las sentencias <i>erga omnes</i>	76
9. La Constitución a detalle.....	80
10. El recurso al constitucionalismo thayeriano.....	83
Conclusiones.....	86

CAPÍTULO III

LA BÚSQUEDA DE LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Introducción.....	89
2. Regla de la mayoría y democracia constitucional.....	90
3. Diferencias y constitucionalismo.....	106
4. Una defensa de derechos básicos sin control judicial de constitucionalidad: Jeremy Waldron.....	111
4.1. Una objeción a la constitucionalidad de los derechos.....	112
4.2. La participación y la judicial review.....	116
5. Objeciones a Jeremy Waldron.....	118
6. John Hart Ely. Una respuesta acotada del control judicial de la constitucionalidad.....	123
6.1. Una breve agenda de la tarea de la jurisdicción constitucional.....	124
6.2. La repulsa a una teoría sustancial de los derechos en la jurisdicción constitucional.....	127
6.3. Una objeción a la tesis adjetivista de John Hart Ely.....	128
Conclusiones.....	130

CAPÍTULO IV

EL ÁRBOL VIVIENTE Y LOS DERECHOS EN SERIO EN LA DEFENSA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Introducción.....	133
2. La metáfora del árbol viviente.....	133
3. Una revisión al árbol viviente de Wilfrid Waluchow.....	140
4. Las objeciones de Andrei Marmor.....	144
5. Críticas a Andrei Marmor.....	149
6. La defensa de Ronald Dworkin a la <i>judicial review</i>	153
6.1. Derechos individuales y objetivos políticos en la discriminación inversa.....	157
6.2. El deslinde entre conceptos y concepciones como estrategia en la justificación de la <i>judicial review</i>	160
6.3. La objeción propuesta por el argumento democrático.....	165
7. Valoración de la perspectiva de Ronald Dworkin.....	167
Conclusiones.....	171

CAPÍTULO QUINTO

ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

1. Introducción.....	173
2. El originalismo.....	175
3. Versiones del originalismo.....	178
3.1. Textualismo.....	178
3.2. Intencionalismo.....	181
4. Hart y el árbol viviente de Waluchow.....	183
5. El modelo interpretativo de Dworkin.....	186
6. Reglas y principios.....	191

7. El principialismo y la ponderación en la interpretación constitucional.....	192
8. La especificidad de la interpretación constitucional.....	197
9. La argumentación como vía de legitimación de la jurisdicción constitucional.....	202
9.1. La autoridad de la ley como fundamento.....	202
9.2. La crisis del imperio de la ley.....	205
9.3. La necesidad de motivación y justificación de las decisiones judiciales	208
Conclusiones.....	216
 CONCLUSIONES GENERALES.....	 219
 BIBLIOGRAFÍA.....	 225

INTRODUCCIÓN.

Este trabajo se centra en el análisis del debate sobre la legitimidad de los jueces constitucionales y de las legislaturas para determinar el significado y las implicaciones de los derechos fundamentales. Una de las interrogantes claves es ¿quién debe tener la última palabra en la interpretación de los textos constitucionales o las cartas de derechos? Si bien la disputa puede reconducirse a tiempos pasados –basta con recordar la polémica desatada por Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre quién debe ser el defensor de la Constitución- el trabajo, por un lado, reconstruye el análisis de algunas de las posiciones contemporáneas más influyentes que inciden en la defensa o en la crítica al trabajo desempeñado por la jurisdicción constitucional y que, podría decirse, han fijado, en algún sentido, la agenda de la discusión actual sobre las tensiones entre la rama legislativa y la revisión judicial de la constitucionalidad; por otro lado la investigación se enfoca a la búsqueda por la legitimación de la jurisdicción constitucional a través del análisis de un conjunto de elementos que en su convergencia podrían aproximar al ejercicio de la jurisdicción constitucional a su propia legitimación.

Asimismo, al abordar la problemática de la legitimación de la jurisdicción constitucional es preciso rastrear sus orígenes para entender como la limitación del poder político, atribución fundamental para entender el control judicial de la constitucionalidad, ha estado presente desde tiempos remotos, por lo que en el primer capítulo se identifican algunos rasgos que, si bien es cierto de manera difusa, constituyen antecedentes del control judicial de la constitucionalidad. En el mismo capítulo y mediante aproximaciones más recientes se alude a orígenes más concretos e identificables y a la convergencia que los dos tipos

tradicionales de control judicial de la constitucionalidad han experimentado como parte de su línea evolutiva.

Las tensiones en las que la jurisdicción constitucional se ve inmersa, quizá tengan en lo que se ha denominado “argumento democrático” una de las objeciones más importantes y a la que, por ende, los teóricos que manifiestan una posición crítica frente a los tribunales constitucionales recurren típicamente. Bajo esta perspectiva se piensa que el principio democrático corre serios riesgos si se deja en manos de un conjunto de jueces no elegidos por los ciudadanos y políticamente no responsables, la última palabra en la significación de los derechos, en detrimento de las decisiones de las mayorías y sus representantes. Esta objeción contramayoritaria es abordada en el segundo capítulo conjuntamente con el argumento que revisa una concepción crítica del elitismo epistemológico de los jueces, mismo que presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse. Se incorpora además el análisis de mecanismos que relativizan el influjo de la objeción contramayoritaria, como acontece con la introducción de instituciones que posibiliten el diálogo interorgánico entre los tribunales constitucionales y las legislaturas, así como la concepción de canales de participación ciudadana que hagan viable la interpretación de los ciudadanos en los procesos constitucionales.

En el capítulo tercero se emprende la búsqueda por la legitimación de la revisión judicial de la constitucionalidad a partir del análisis de la tensión que se suscita entre la concepción que tiende a identificar a la democracia como regla de la mayoría y la concepción de la democracia constitucional, ubicando el papel desempeñado por los tribunales constitucionales en la protección de los derechos fundamentales como un elemento necesario de la democracia constitucional. En este capítulo se controvierte una de las más importantes defensas de la regla de mayoría y la representación en la toma de decisiones en torno a los derechos, como es el caso de la posición teórica que asume

Jeremy Waldron. Asimismo, se hace referencia a las aportaciones de un clásico de la discusión, John Hart Ely, que sin rechazar el papel de los tribunales constitucionales, limita su actuación a garantizar el cumplimiento de las reglas del proceso democrático cuando éste se encuentre en riesgo y a la protección de los derechos de participación.

En el capítulo cuarto se abordan las posturas de Wilfrid Waluchow y Ronald Dworkin, intentando mostrar un par de paradigmas de una apología orientada hacia la justificación del rol de los jueces en la toma de decisiones constitucionales. En el caso de Wilfrid Waluchow centramos la discusión en su metáfora de la Constitución como árbol viviente, metáfora que permite reconocer el valor de los textos constitucionales no como acuerdos definitivos o atrincherados sino como entidades en constante crecimiento y evolución. En el caso de Dworkin se toman en consideración aspectos típicos de su construcción argumentativa, tales como su distinción entre derechos individuales y objetivos colectivos; su perspectiva sobre la democracia constitucional y su lectura moral de la Constitución.

El capítulo quinto tiene por objeto de estudio la interpretación constitucional, el objetivo es ubicarse en algunos elementos torales del debate contemporáneo sobre la adecuada interpretación de las cartas constitucionales. Para tal efecto, la primera parte del capítulo se refiere a las tesis originalistas tanto en su versión textualista como en su versión intencionalista. En segundo término se analiza la tesis de H. L. Hart, tesis que es tomada como punto de partida por Waluchow y su metáfora de la Constitución como árbol viviente en la búsqueda de la reunión de los elementos de estabilidad y flexibilidad de los sistemas jurídicos. Posteriormente se recurre a la tesis de la lectura moral de la Constitución, perspectiva que tiene elemento fundamental la concepción del derecho como integridad y la repulsa a la posibilidad de la discrecionalidad de los intérpretes. Asimismo, de nuevo por la búsqueda de pautas indicativas de la legitimación de la jurisdicción constitucional, se recurre a la argumentación como una vía que podría coadyuvar a la consecución su legitimación. El

cumplimiento de las expectativas de la motivación y justificación de las decisiones de la jurisdicción de la constitucionalidad, así como la eficacia del principio de la publicidad de dichas decisiones, representan activos importantes que aproximan al juez constitucional a la transparencia que exigen las sociedades democráticas contemporáneas.

En este capítulo también se incluyen las aportaciones que el modelo neoconstitucionalista y la teoría de la argumentación jurídica han introducido en la discusión sobre la interpretación de la Constitución, particularmente bajo el rótulo de la ponderación y la distinción entre reglas y principios.

En la parte final del trabajo se incluyen las conclusiones generales.

Deseo expresar mi profundo agradecimiento a mis tutores y lectores de tesis, los Doctores Juan Vega Gómez (tutor principal), Enrique Cáceres Nieto, Jaime Cárdenas Gracia, Francisco Alberto Ibarra Palafox y Jorge Ulises Carmona Tinoco. Todos ellos magníficos juristas de la academia mexicana, pero sobre todo, extraordinarios seres humanos. Agradezco sus observaciones, paciencia e invaluable ayuda.

CAPÍTULO I

UNA MIRADA AL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1. DUALISMO JURÍDICO Y ORÍGENES DIFUSOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La evolución de la vida jurídica y política ha convertido al control de constitucionalidad en una de las partes fundamentales de la noción de constitucionalismo.¹ El constitucionalismo se entiende básicamente como una expresión conformada por tres elementos estructurales: la existencia de una carta de derechos fundamentales cuyo contenido suele ser presentado como un límite material al poder normativo del poder legislativo ordinario; la noción de rigidez constitucional, que implica la presencia de mecanismos complejos de reforma a la Constitución en comparación con la secuela de la modificación de la legislación ordinaria; así como el establecimiento y diseño de un órgano del gobierno compuesto por autoridades judiciales superiores que resguarden dichas prerrogativas medulares de los individuos.²

¹ El profesor Peter Haberle, alude, por ejemplo, a partir del modelo de control constitucional kelseniano, a una “marcha triunfal de la jurisdicción constitucional” en un contexto de alcance mundial. Haberle, Peter, *El Estado Constitucional*, UNAM, México, 2001, p.168.

² A esta concepción de “constitucionalismo fuerte”, algunos autores, como es el caso de Juan Carlos Bayón, han opuesto una noción de “constitucionalismo débil” misma que se apoya en una vinculación fuerte con la regla de la mayoría, aunada a mecanismos flexibles de reforma constitucional y diseños en los cuales los jueces no serían, los que en la práctica, tengan la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos. Sin embargo, aún esta noción no desecha la injerencia del control judicial de constitucionalidad, sólo que alude a diseños, en los cuales, en casos de duda, los jueces constitucionales adopten una actitud de deferencia ante el legislativo. Bayón pone como ejemplo el modelo canadiense, donde el parlamento puede decidir por la misma mayoría requerida para el procedimiento legislativo ordinario, con excepción de ciertos derechos, que una ley reputada inconstitucional por la Corte Suprema continúe vigente por un plazo de cinco años, pero susceptible de sucesivas renovaciones por el mismo procedimiento. Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, en Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 234-235.

Y si bien es cierto que, en sentido riguroso, el tema del control de la constitucionalidad de las leyes no puede considerarse presente hasta que la noción de constitucionalismo aparece³, es pertinente reconstruir algunos de los antecedentes de esta figura, pues la idea de un control sobre la legislación y una defensa de los valores y bienes que las sociedades históricamente han privilegiado ha generado la presencia de lo que caracterizaremos como dualismos jurídicos inherentes al origen del control de la constitucionalidad.

En ese sentido, el jurista Mauro Cappelletti, hacía hincapié en que la seductora tesis de James Grant que sostenía que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior frente a las leyes establecidas por la legislatura representaba una de las más grandes contribuciones de Norteamérica a la ciencia política, debería ponerse en cuestionamiento,⁴ pues son identificables momentos históricos remotos, particularmente en la antigua Atenas,⁵ en los que surgió la diferenciación entre normas superiores (*nómoi*) y los decretos ordinarios (*psefísmata*). En donde los primeros, considerados instrumentos normativos superiores, tenían carácter de normas organizadoras del poder público y una notable rigidez, ya que su modificación solamente era posible en virtud de un procedimiento especial con

³ Siguiendo a Pablo Pérez Temps, “desde un punto de vista histórico el constitucionalismo surge en tres puntos geográficos diferentes. Por una parte, Inglaterra irá forjando un modelo político nuevo en un largo proceso que tiene su punto álgido a finales del siglo XVII; por otra, las revoluciones americana y francesa de finales del siglo XVIII también abrirán paso a nuevos modelos de organización política del Estado. Estas tres experiencias coinciden con el fin perseguido, la transformación de la libertad de hecho en libertad jurídica, y en las fórmulas utilizadas: la aplicación del principio de división de poderes y la defensa de los derechos. También en todas ellas se articulan estos principios en la Constitución, si bien en Inglaterra tal concepto no da lugar a un texto formal único”. Pérez Tresp, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 1-2.

⁴ Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, pp. 46-47.

⁵ En la obra de Aristóteles es posible encontrar un precedente del control de la constitucionalidad. Para el estagirita “En todas las constituciones hay tres elementos con referencia a los cuales ha de considerar el legislador diligente lo que conviene a cada régimen. Si estos elementos están bien concertados, necesariamente lo estará también la república...De estos tres elementos, pues, uno es el que delibera sobre los asuntos comunes; el segundo es el relativo a las magistraturas, o sea cuáles deben ser, cuál su esfera de competencia y cómo debe procederse a su elección, y el tercer elemento es el poder judicial”. Este último poder se compone, según Aristóteles de distintas clases de tribunales: un tribunal de cuentas; otro que conoce de los delitos ordinarios contra el orden público; un tribunal para los litigios entre magistrados y particulares por imposición de las penas; otro que conoce de contratos de cierta importancia entre particulares; uno más para casos de homicidio; un tribunal para los extranjeros; y, un tribunal para delitos contra la constitución. Aristóteles, *La Política*, Porrúa, México, 1976, pp. 235-241.

características similares a los mecanismos actuales de revisión constitucional, aproximándose a las actuales normas constitucionales. En cambio, el *psefismata* tenía un contenido normativo mudable y era asimilable a lo que hoy constituiría una ley ordinaria o secundaria. Sin embargo, este tipo de normas deberían tener congruencia, en la forma y en la sustancia, con las normas superiores, de lo contrario eran consideradas nulas.

De la misma forma, en Roma encontramos también la presencia de controles del poder normativo a través del establecimiento de dualismos orgánicos tendientes a aminorar la posibilidad de la concentración de dicho poder. El profesor Héctor Fix Zamudio señala cómo la República Romana estaba organizada precisamente con la idea de que debía evitarse la concentración de la autoridad y por esta razón la totalidad de las magistraturas eran dobles: “el Senado actuaba como un órgano moderador, y también apareció el Tribuno de la Plebe, con atribuciones de impedir la ejecución de las leyes que afectaban al grupo social al cual representaba, facultad que se conocía con el nombre de *intercessio*”.⁶

En la Edad Media se suele reconocer también la presencia de un dualismo jurídico, sin embargo en este tipo de dualismos se opone un *jus naturale*, un derecho de orden superior e inderogable y un *jus positivum*, que para considerarse derecho no debería estar en oposición al primero.

Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII se identifica la gran tendencia iusnaturalista de corte racionalista e inmanentista, que va de Hugo Grocio a Jean Jacques Rousseau, la cual, en términos generales, afirmaría la existencia de derechos innatos, inmanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, o lo que es igual, la existencia de límites frente al *ius cogens* proveniente del mismo legislador.⁷

⁶ Fix Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año 1, núm. 1, 1968, p.90.

⁷ Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, UNAM, México, 2004, p. 2.

Asimismo, tras la irrupción del principio de la división de poderes basado en las teorías de John Locke y Montesquieu y pese a la afirmación de la superioridad del poder legislativo sobre los otros poderes, se introducen limitaciones al ejercicio de tal poder supremo. Al respecto, Diego Valadés ha señalado que “los controles, advertidos por Locke y por Montesquieu para resolver los dilemas del poder, vuelven a apuntarse como el instrumental más aprovechable para conciliar las dos exigencias de la vida colectiva: organización con libertad”.

En este sentido, si bien para John Locke el poder legislativo se afianza como el poder supremo dentro del Estado, es necesario señalarle ciertos límites. En el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil alude al alcance del poder legislativo analizando algunas limitaciones a dicho poder. En primer término, señala Locke, el poder legislativo “no puede ser ejercido absoluta y arbitrariamente sobre las fortunas y las vidas del pueblo; pues al tratarse de un poder compartido por cada miembro de la sociedad, y entregado a la persona o asamblea legisladora, no puede llegar a ser mayor que el que esas personas tenían en el estado de naturaleza, es decir, antes de entrar en sociedad y antes de que concedieran dicho poder a la comunidad”.⁸ Aquí aparece de nueva cuenta la afirmación de que la ley de la naturaleza está por encima de las leyes positivas, idea que determinará posteriormente el momento histórico de la formación de la *judicial review*.

En segundo término, la asamblea legislativa no puede adjudicarse el poder de gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que está obligada a administrar justicia y a decidir cuáles son los derechos de los súbditos, orientándose por leyes promulgadas y establecidas, y sirviéndose de jueces autorizados,⁹ estableciendo de esta forma el precedente de la garantía de legalidad.

⁸ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pp. 141-142.

⁹ *Ibidem*, p. 143.

En tercer lugar, John Locke contempla el derecho de la propiedad frente a cualquier obstrucción del poder legislativo, órgano que no podrá apoderarse de las propiedades de un hombre sin el consentimiento de éste¹⁰. Recordemos que para Locke el fin del gobierno es la preservación de la propiedad y ésta es la razón por la que los hombres entran en sociedad.

La cuarta limitación al poder de la legislatura radica en la imposibilidad de transferir a otro órgano o persona el poder de hacer leyes, pues como ese poder le ha sido delegado por el pueblo, no puede a su vez delegarlo¹¹.

Ahora bien, es pertinente subrayar que pese a que las limitaciones al papel de las legislaturas planteadas por la obra de John Locke revisten crucial importancia para la irrupción del constitucionalismo liberal, éstas restricciones no se traducen en la presentación de un poder judicial revestido de una calidad orgánica y sustantiva que le permitiera fungir como protagonista en la toma de decisiones políticas fundamentales.

Por lo que respecta a la teoría de la separación de poderes en la obra de Montesquieu, ésta se encuentra motivada, en buena medida, por el temor de que la monarquía absoluta hubiera minado de tal modo la Constitución de Francia que la libertad se hubiera hecho imposible. George Sabine, ha señalado que la finalidad práctica y la parte más influyente de la obra de Montesquieu, radica en el análisis de las condiciones constitucionales de que depende la libertad y el intento de descubrir con ello los medios para restaurar las antiguas libertades de los franceses.¹²

En su elaboración de la teoría de la división de los poderes subyace la idea de que la libertad no debe ser entendida como resultado de una moralidad cívica superior sino más bien como un producto de la organización adecuada del Estado.

Si bien se puede considerar que la idea de las formas mixtas del gobierno es antiquísima, corresponde al genio de Montesquieu modificar las antiguas

¹⁰ *Ibidem*, p. 146.

¹¹ *Ibidem*, p. 148-149.

¹² Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 423.

doctrinas al presentar la separación de poderes como un sistema de frenos y contrapesos jurídicos dentro del entramado orgánico de una Constitución.

En su obra influye decisivamente su análisis sobre las instituciones inglesas, pues atribuía la libertad de que gozaba Inglaterra a la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y a la existencia de frenos y contrapesos entre esos poderes, estableciendo esas doctrinas como dogmas del constitucionalismo liberal.

Su teoría de la separación de poderes está planteada básicamente en el libro XI del *Espíritu de las leyes*. Teniendo como referente explícito la Constitución de Inglaterra señala que: “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil”.¹³ Agrega que el poder legislativo tiene como función dictar y derogar leyes; el poder ejecutivo tiene competencia para asuntos de la guerra, seguridad y funciones diplomáticas, así como para la defensa contra invasiones. El tercer poder es el judicial, al que Montesquieu considera también un poder ejecutivo que castiga los delitos y juzga las diferencias entre los particulares.¹⁴

Su concepción en torno a la libertad política del ciudadano lo lleva a sostener la afirmación de que no es legítima la reunión de más de un poder en una sola persona. Es necesario para evitar el abuso autocrático que el poder frene al poder: “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.¹⁵

Ahora bien, la separación de poderes propuesta por Montesquieu coexiste con un principio contradictorio en virtud del cual se dota de un mayor poder a la asamblea legislativa, así como de un nulo poder al judicial; no obstante, la idea

¹³ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Gernika, México, 2005, p. 209.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 210.

de controlar el poder político del legislativo aparecen de manera explícita en el mismo Libro XI del Espíritu de las Leyes: “Si el poder ejecutivo no posee el derecho de frenar las aspiraciones del cuerpo legislativo, éste será despótico, pues, como podrá atribuirse todo el poder imaginable, aniquilará a los demás poderes”.¹⁶ De entre las facultades que Montesquieu reconoce al Ejecutivo está la de “impedir” o restringir los intentos del legislativo. Para Montesquieu el poder ejecutivo no tiene capacidad deliberativa ni es necesario que proponga pues puede rechazar las decisiones de las propuestas del legislativo que considere indeseables.¹⁷

Si bien es cierto que la teoría clásica de la separación de poderes como un sistema de frenos y contrapesos descrita por Montesquieu no puede dar cuenta de la complejidad de las relaciones y compenetraciones de las diversas ramas del poder público contemporáneo, es evidente que planteó interesante formas de control político a las distintas ramas del gobierno. Y pese la irrupción del poder legislativo como un poder casi omnipotente tras el surgimiento del Estado Moderno, la pretensión filosófica del control político es un legado de la obra de Montesquieu. Y como puede apreciarse, más que en un control jurisdiccional sobre los actos del legislativo, en Locke y Montesquieu, el límite al poder legislativo se encontró en la atribución de diversas competencias a órganos diversos del poder público.

2. ORIGENES ESTRICTOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Si bien es cierto que las concepciones y reflexiones suscitadas en los periodos clásicos, medievales e ilustrados reflejan una preocupación persistente por imponer controles y restricciones a los poderes materialmente legislativos, podría considerarse que, de manera más nítida, el origen de la formulación orgánica del control judicial de la constitucionalidad de las leyes es correlativo al surgimiento de la formulación de la doctrina de la supremacía de

¹⁶ Montesquieu, *op.cit.*, p. 216.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 219.

la Constitución. Paradójicamente, es en Inglaterra, país donde rige una Constitución no escrita y de carácter flexible, donde encontramos el punto de partida de la teoría del control de la constitucionalidad a través de la concepción de Edward Coke y el papel que éste le adjudica al juzgador como árbitro entre el rey y el parlamento. En 1610, en el famoso caso *Bonham*, el juez Coke sustentó la idea de que el sistema de *common law* habría de controlar las leyes del parlamento y en ocasiones juzgar que son absolutamente nulas; porque cuando una ley aprobada por el parlamento es contraria al sentido común y a la razón, repugnante o de imposible ejecución, corresponde al *common law* controlar y declarar su nulidad.¹⁸

Es conveniente señalar que la actuación del juez Edward Coke se enmarca dentro de un contexto de ruptura del equilibrio entre los poderes tradicionales del reino, de forma que, como lo ha reseñado Rolando Tamayo y Salmorán, el primer conflicto que enfrenta la Corona no es contra el parlamento sino contra los tribunales del *common law*, teniendo como protagonistas principales precisamente al juez Coke, al rey James I, y a Francis Bacon, defensor de las prerrogativas reales.¹⁹

Las ideas sustentadas por Coke en defensa del *common law* ante los embates expansionistas de la Corona, eran básicamente tres: el *common law* se encuentra por encima del rey; la independencia judicial, como tesis derivada de la idea de que los órganos de la judicatura tienen funciones inherentes a ellos mismos y, por tanto, son autónomos; y, finalmente, la competencia natural de los tribunales para conocer de todos los conflictos de derecho.²⁰

Estas ideas de Coke, a la postre, ejercieron notable influencia en el desarrollo de la revisión judicial estadounidense. Inclusive, no deja de resultar paradójico que mientras en Inglaterra esta doctrina quedara relegada tras la imposición de la doctrina de la supremacía parlamentaria luego de la victoria de la “Glorious Revolution”, en las colonias inglesas de los territorios de América

¹⁸ Citado por Cappelletti, Mauro, *op.cit.*, p. 54.

¹⁹ Tamayo y Samorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, Fontamara, México, p. 175.

²⁰ *Idem.*

del Norte se tendrá muy presente en la formación de la jurisdicción constitucional.²¹

Empero, tal proceso de recepción nunca fue formulado en forma explícita en la Constitución norteamericana de 1787, pues es pertinente evocar que durante la Convención de Filadelfia se planteó y discutió la conveniencia de crear un consejo compuesto por el presidente de los Estados Unidos y dos jueces de la Suprema Corte, semejante al que existía en la Constitución del Estado de Nueva York para revisar las leyes emitidas por el Congreso. Dicha propuesta no encontró eco y fue excluida por el voto mayoritario de los representantes de los Estados. En dicha deliberación fue rechazada también la posibilidad de introducir un sistema de revisión judicial explícito.²²

Pese a no introducirse su formulación de manera expresa en el texto de la Constitución de 1787 por parte de los constituyentes originarios norteamericanos, fueron los autores de la obra conocida bajo el rótulo de *El Federalista*,²³ quienes a través de la glosa de la Constitución estadounidense explicitaron la figura de la *judicial review*, como un principio emanado de la propia carta constitucional.

Es particularmente Alexander Hamilton, en el capítulo 78 de *El Federalista* quien explicita en sus palabras la utilidad y necesidad de la judicatura federal al considerar que por la naturaleza de sus propias atribuciones el poder judicial es el menos peligroso de los tres poderes y establecer que: “La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio,

²¹ Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, UNAM, México, 2004, p. 2.

²² Valdés, Clemente, “Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm 4, 2005, pp. 338.

²³ La Constitución fue sancionada el 17 de septiembre de 1787. Setenta y siete de los artículos que componen el texto de *El Federalista* fueron publicados de octubre de 1787 a mayo de 1788, en tres periódicos de la ciudad de Nueva York. Dichos artículos, junto a ocho posteriores, conforman *El Federalista*.

leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta”.²⁴

En la misma pieza, Hamilton hace hincapié en las primeras objeciones que, ya para esas fechas, se articulaban en contra del control judicial de la constitucionalidad y que se basaban fundamentalmente en el argumento de que cualquier autoridad con poder para declarar nulos los actos de otra necesariamente tendría superioridad respecto de ésta.

La respuesta de Hamilton a esta objeción conduce al principio de supremacía de la Constitución como justificación del control judicial de la constitucionalidad, puesto que, en su concepción, los jueces son los encargados de declarar nulos los actos de un poder –el legislativo- cuyos actos dependen de su propia voluntad y no de la del pueblo, cuya voluntad está declarada en la Constitución. El poder del pueblo es superior, dice Hamilton, al legislativo y al judicial, por eso cuando la voluntad de la legislatura, explicitada en sus normas, se encuentra en oposición con la voluntad del pueblo expresada en la Constitución, los jueces deberán preferir a la Constitución antes que a la ley ordinaria. Esta situación, según los autores de *El Federalista*, no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos.²⁵ Esta postura de Hamilton se vería reproducida posteriormente en el célebre caso “*Marbury vs Madison*”.

Adicionalmente a la afirmación de la supremacía constitucional, en la tesis de *El Federalista* subyace la idea de que la voluntad del pueblo es expresada a través de la interpretación judicial del texto constitucional y, además, irrumpe

²⁴ Hamilton, Alexander, *et al.*, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 331.

²⁵ *Ibidem*, p. 332.

una ideología relativa al poder político que habrán de desempeñar los tribunales como freno al poder de las mayorías.²⁶

Al tiempo de evidenciar en el texto la peligrosidad de los poderes legislativo y ejecutivo en comparación con la actividad de la rama judicial, Hamilton sustentó su precaución no solamente en aspectos relativos al diseño del presupuesto por parte del poder legislativo y la fuerza o coacción que ostenta el ejecutivo y que, en la perspectiva de Hamilton son facultades que dotan por sí mismas de poder a esas dos ramas del gobierno, sino que también alerta del peligro que las libertades generales del pueblo podrían sufrir de no atemperarse con controles específicos sus respectivos campos de decisión.²⁷

La protección de las minorías y los derechos individuales frente al abuso del Estado requerían en la opinión de Hamilton de la participación e independencia del poder judicial. Es deseable, en ese sentido, que los jueces representen una barrera esencial contra las intenciones de lesionar en sus derechos privados a clases específicas de ciudadanos a través de la promulgación por parte del legislativo de determinadas leyes.

Como es sabido, la tradición constituyente norteamericana con relación a la estructura del poder público se fundamenta en buena medida en una posición escéptica y cauta hacia la figura de la representación legislativa. La actitud de desconfianza hacia los canales de representación popular tiene su

²⁶ La importancia de la autoridad de los jueces en Estados Unidos de América, fue divulgada por Alexis de Tocqueville en su famosa obra *La democracia en América*. Este autor señala: “Lo que un extranjero comprende con más dificultad, en los Estados Unidos, es la organización judicial. No hay, por decirlo así, acontecimiento político en el cual no se intente invocar la autoridad del juez. Se afirma por eso que en los Estados Unidos el juez es uno de los primeros poderes políticos...El juez norteamericano se parece efectivamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político. ¿De dónde viene esto? ¿Se mueve él en el mismo círculo y se sirve de los mismos medios que los demás jueces? ¿Por qué posee, pues, un poder que estos últimos no tienen? La causa está en este solo hecho: los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales. Sé que un derecho semejante ha sido algunas veces solicitado por los tribunales de otros países; pero no se les ha concedido nunca. En los Estados Unidos de América, es reconocido por todos los poderes; no se halla partido ni hombre alguno que se lo dispute. La explicación debe encontrarse en el principio mismo de las constituciones norteamericanas”. De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 106-107.

²⁷ Hamilton, Alexander, *op. cit.*, p. 331.

base en circunstancias ideológicas propias del propio contexto histórico en el que los fundadores realizan su trabajo intelectual.

En tal vertiente, James Madison, otro de los autores de los ensayos que componen *El Federalista*, se manifiesta por exaltar que una de las funciones primordiales de la Constitución norteamericana es la de brindar protección a las minorías. Sin embargo, la concepción que tenían los federalistas con relación a las minorías, se expresaba, como sostiene Roberto Gargarella, en una visión propia de la clase dirigente norteamericana preocupada por los arranques irracionales y excesos en que pudieran incurrir las mayorías.²⁸ Esa tendencia de temor a las mayorías se explica por algunas razones históricas que datan desde la conclusión de la guerra de Independencia con Inglaterra hasta la celebración de la Convención Constituyente. Periodo caracterizado por una importante agitación popular.

La decepción de la ciudadanía después del movimiento revolucionario norteamericano radicaba en el hecho de que sus condiciones económicas y sociales no habían mejorado sino que, por el contrario, los problemas que debían afrontar eran mucho más serios que los de antaño. Básicamente, debido a dos situaciones: “los comerciantes ingleses denegaban nuevos créditos a los Estados Unidos, y dificultaban a sus pares americanos el acceso a rutas comerciales a las que éstos previamente accedían, con enormes ventajas económicas. Por el otro lado, los ingleses exigían que los comerciantes norteamericanos pagasen sus obligaciones de inmediato, y en moneda dura, cuando antes lo hacían en especies. Para pagar estas deudas con Inglaterra, los empobrecidos comerciantes norteamericanos comenzaron a presionar sobre sus propios deudores, o sea, sobre los pequeños propietarios de su país. Esto es, en definitiva, el pago de las deudas comerciales con

²⁸ Gargarella, Roberto. “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Doxa*, núm. 2, abril 1995, pp. 89-108.

Inglaterra, en el momento de mayor crisis económica, recayó sobre los ya fuertemente afectados pequeños propietarios...”.²⁹

Los problemas económicos que sufría la mayor parte del pueblo norteamericano generaron actos de presión sobre los poderes políticos establecidos propiciando levantamientos sociales de grupos de deudores que se negaban a comparecer ante las instancias judiciales propiciándose así un extraordinario impacto que, en muchos de los escenarios, sólo se pudo contener con la aceptación de las pretensiones de los deudores por parte de las legislaturas de varios Estados. Este hecho generó, posteriormente, parte de la desconfianza de los constituyentes para con la figura de la legislatura y la correlativa búsqueda de un asidero en el trabajo de los tribunales.

2.1. EL CASO *MARBURY VS MADISON*

Aunque la influencia de la glosa de los “padres fundadores” contribuyó para que el propio sistema judicial se reconociera a sí mismo como provisto en la práctica de la facultad de declarar nulos los actos del legislativo, existían todavía reticencias para adoptar plenamente ese papel revisor. Como es conocido, no existe en la Constitución estadounidense una disposición que expresamente confiera dicha facultad al poder judicial.

En ese sentido, fue el célebre litigio *Marbury v. Madison* el que por vía jurisdiccional permitió la materialización de la doctrina en un histórico fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos que encontró tal autoridad implícita en la denominada “cláusula de supremacía”, prevista en la sección segunda del artículo sexto de la Constitución norteamericana según la cual la propia Constitución y las leyes del Congreso emitidas en cumplimiento de la misma, serían la Ley Suprema de la Nación.³⁰

La raíz del litigio se relaciona con un problema político surgido con posterioridad a las elecciones presidenciales de 1800 en las que James

²⁹ Gargarella, Roberto, *op.cit.*, p.100.

³⁰ Ursúa-Cocke, Eugenio, *Elementos del sistema jurídico anglosajón*, Porrúa, México, 1984, p. 2.

Madison, secretario de Estado del nuevo gobierno encabezado por el presidente Tomás Jefferson, se negó a entregar los nombramientos que había dejado pendiente el anterior gobierno de cuatro juzgadores entre los que se encontraba William Marbury. Detrás de la reticencia para entregar los nombramientos se encontraba la pretensión del control de la judicatura.³¹ El caso es que Marbury elevó su reclamo a la Corte Suprema para que ordenara a Madison que le entregara el nombramiento.

En suma, en su resolución, la Corte determinó que ella misma no estaba facultada para dirimir el caso. El juez Marshall dictaminó que la Sección 13 de la Ley Judicial que otorgaba facultades a la Corte para resolver el caso debería considerarse anticonstitucional por ampliar indebidamente las facultades originalmente previstas en la Constitución. Al basarse en la cláusula de la supremacía de la Constitución,³² Marshall explicitó la facultad de los tribunales

³¹ John Adams intentó en sus últimos momentos como presidente cubrir con hombres de su partido muchos de los cargos judiciales creados recientemente, pero no se contó con el tiempo necesario para alcanzar a poner a todos en funciones. Jefferson, al asumir la presidencia instruyó a su secretario de Estado para que no concluyera el trámite administrativo.

³² La tesis de la supremacía de la Constitución constituyó uno de los cimientos sobre los que se erige el razonamiento que en la sentencia *Marbury vs Madison* busca legitimar la *judicial review*. Los siguientes párrafos de la resolución expresan la idea del juez John Marshall sobre la supremacía de la Constitución: “Entre estas alternativas no hay término medio. O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla.

Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va imbuída en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. No puede, pues, perderse de vista al seguir considerando el problema que se estudia.

Si una ley del Legislativo, contraría a la Constitución, es nula, a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla y a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley?...

Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial, el declarar cuál es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla. Si dos leyes están en conflicto una con otra, los tribunales tienen que decidir sobre cuál es la aplicable. Así si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución, pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial.

Si los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables”. Véase la sentencia completa en Eto Cruz, Gerardo, Apéndice de “John Marshall

para declarar inválidas las leyes que la pudieran contradecir y aseguró su posición como intérpretes definitivos de la ley y la Constitución.

Una síntesis de la estructura lógica del razonamiento del juez Marshall ha sido presentada por Carlos Santiago Nino en estos términos:

Premisa 1: La obligación del poder judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: Cuando existen dos leyes contradictorias, la aplicación de una de ellas excluye la aplicación de la otra.

Premisa 3: La Constitución es la ley suprema y define cuando otras normas son ley

Premisa 4: La supremacía de la Constitución implica que cuando ésta está en conflicto con una norma sancionada por la legislatura, la última carece de validez.

Premisa 5: Si la premisa 4 no fuera verdadera, la legislatura podría modificar la Constitución a través de una ley ordinaria y, de este modo, la Constitución no sería operativa para limitar a esta legislatura.

Premisa 6: La legislatura está limitada por la Constitución.

Premisa 7 Si una norma no es una ley válida, ésta carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: Si una norma sancionada por la legislatura es contraria a la Constitución, esa norma no debe ser aplicada por el poder judicial.³³

Por su parte, para Eugenio Ursúa-Cocke, la tesis fundamental de la sentencia del juez Marshall referida a la competencia de la Suprema Corte para determinar la constitucionalidad de las leyes del Congreso de los Estados Unidos, tiene tres fundamentos: primero, que la voluntad del pueblo, manifestada en la Constitución, es soberana; en segundo término, Ursúa-Cocke rescata el matiz iusnaturalista de la histórica resolución al considerar que la sentencia recurre a la idea de que la “naturaleza de las cosas” exige que

y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, en Ferrer Mc Gregor, Eduardo (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-SCJN, 2003, t. I, pp. 60-79.

³³ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, pp. 261-262

la Constitución sea obedecida; y tercero, que la correcta interpretación textual de la Constitución, especialmente de su artículo sexto, indica la supremacía de ese documento sobre cualquier otra ley votada posteriormente por el Congreso.³⁴

Como se aprecia, el caso *Marbury vs Madison* construyó el fundamento de la *judicial review* en los Estados Unidos América, sin embargo, dicha institución se fue consolidando a través de otros fallos posteriores emitidos por el propio juez Marshall. En ese sentido, otra de las resoluciones importantes es la del caso *McCulloch vs Maryland*,³⁵ emitida dieciséis años después que la sentencia de *Marbury vs Madison*. En dicha pieza Marshall alude a la “naturaleza” del texto constitucional y reafirma la competencia de la Suprema Corte para interpretar la Constitución. Marshall expresa que: “Una Constitución, si detallará con exactitud todas las subdivisiones que sus grandes poderes pueden admitir, y todos los medios por los que pueden ejecutarse, sería tan prolija como un código legal y no podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente, nunca sería entendida por la gente. Por tanto, su naturaleza requiere que únicamente se perfilen sus rasgos generales, que se designen sus grandes objetos, y que los componentes menores de estos objetos se deduzcan de la naturaleza de los propios objetos. Que esta era la idea de los que elaboraron la Constitución estadounidense no se deduce sólo de la naturaleza del instrumento, sino también del lenguaje. ¿Por qué, si no, se introdujeron algunas de las limitaciones contenidas en la sección novena del primer artículo? También está justificado, hasta cierto punto, por el hecho de que hayan omitido

³⁴ Ursúa- Cocks, Eugenio, *op. cit.*, pp. 4-5.

³⁵ En este famoso caso el estado de Maryland argumentó ante la Corte Suprema que el Congreso no estaba facultado por la Constitución para crear un banco nacional basándose en las cláusulas de comercio entre los estados y que por lo tanto, el Banco de los Estados Unidos no era un verdadero instrumento del gobierno federal. Sin embargo, la Corte Suprema rechazó este argumento, una vez más en una opinión sustentada por John Marshall, en la que sostuvo que aunque el gobierno nacional se limita a las facultades delegadas por el Congreso, en este caso se actúa dentro de las competencias otorgadas de forma implícita por la Constitución a efecto de llevar a cabo las competencias expresamente conferidas, siempre y cuando el fin sea legítimo y que todos los medios que sean apropiados estén claramente adaptados a tal fin, que no estén prohibidos y que sean consistentes con la letra y el espíritu de la Constitución, por lo que la incorporación del Banco de Estados Unidos era una medida necesaria y apropiada. Véase Rehnquist, William H., *The Supreme Court*, Vintage Books, New York, 2002, pp. 38-40.

el uso de cualquier término restrictivo que pueda dificultar una interpretación justa y correcta. Así pues, al considerar este tema nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución”.³⁶ Cabe mencionar que la sección novena del artículo primero de la Constitución norteamericana a la que Marshall hace alusión se refiere a una serie de límites impuestos al Congreso, entre los que se encuentran la imposibilidad legal que tiene el Congreso para suspender el privilegio del *habeas corpus*, salvo en los casos que la seguridad pública lo exija, así como en los casos de rebelión o invasión; la prohibición de establecer impuestos directos o de capitación, como no sea proporcionalmente al censo o recuento previamente efectuado; la prohibición de aplicar decretos de proscripción o leyes ex post facto y la prohibición de establecer impuestos o derechos sobre los artículos que se exporten de cualquier Estado.

Una vez puesto el precedente de la *judicial review* por parte del juez Marshall, muchos países del continente americano introdujeron dicho mecanismo en sus respectivos sistemas jurídicos. Pese a que posteriores casos conocidos por la Suprema Corte estadounidense fueron afianzando el criterio, se sigue considerando que el caso *Marbury vs. Madison* es el punto de partida del control difuso de la constitucionalidad.

Con el paso de los años el control difuso se extendió por el continente americano. Por su importancia, vale la pena recordar, así sea someramente, las características de este tipo de mecanismo de defensa constitucional. Se trata de un tipo de control difuso, en virtud de que la competencia para conocer de la constitucionalidad de una ley o un acto de autoridad es atribuida a todos los jueces del sistema, sin importar su jerarquía; es un control de constitucionalidad de tipo incidental ya que el estudio de la constitucionalidad de una ley o acto de autoridad se desprende de una controversia relativa a cualquier materia; es además, especial, porque la declaración de inconstitucionalidad conduce solamente a negar la aplicación de ley inconstitucional al caso concreto; finalmente, tiene carácter declarativo, ya que

³⁶ Eto Cruz, Gerardo, *op.cit.*, p.44.

la sentencia de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente y, por ende, con efectos *ex tunc* .

2.2. EL SURGIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EUROPEO-KELSENIANO

Más allá de la complejidad, evolución y posible convergencia entre los modelos de control de constitucionalidad es factible señalar que el punto de partida del estudio de estos controles sigue siendo la identificación de dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad: el difuso o americano, cuyos orígenes y características han sido mencionadas; y el concentrado, también denominado europeo, que debe su diseño originario a la obra de Hans Kelsen.

Pese a la convergencia de los modelos de jurisdicción constitucional contemporánea, es indudable que dichos mecanismos deben a Kelsen buena parte de sus caracterizaciones. Se puede aventurar que es difícil comprender la jurisdicción constitucional contemporánea sin los significativos aportes de Kelsen en la materia. De hecho, para juristas como Antonio Piccato, la jurisdicción constitucional –particularmente el diseño kelseniano del modelo- es el elemento que permitió al Estado Moderno transitar de una fase ideológica del constitucionalismo, a la plena realización de sus postulados.³⁷

Como es sabido, Kelsen participó en la elaboración de la Constitución federal austriaca de 1920. Usualmente se identifica a este gran jurista como el “padre” de dicho cuerpo de normas fundamentales. Asesor del canciller del Estado Karl Renner, Kelsen formó parte del cuerpo de expertos de la Comisión Constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente que confeccionó el texto de la Constitución federal desde el 11 de junio hasta el 24 de septiembre de 1920.

³⁷ Piccato, Antonio, “Aportaciones de Kelsen al constitucionalismo contemporáneo”, en *Ciencia jurídica y constitución, ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, UNAM-Porrúa, México, 2008, p. 407.

La influencia de Kelsen en la configuración de dicha Constitución es notable, sin embargo, lo que logró trascender como la impronta clásica kelseniana es la introducción del Tribunal Constitucional austriaco como el primer órgano jurisdiccional constitucional concentrado de la historia.

Sin embargo, como Theo Öhlinger lo manifiesta, puede ser un exceso calificar a Kelsen como el “padre” de la Constitución austriaca de 1920, puesto que: “Lo que evidentemente se debe a una sugerencia de Kelsen es la competencia del Tribunal Constitucional para examinar de oficio leyes que el Tribunal Constitucional tiene que aplicar en otro contexto (artículo 140 de la Constitución federal).³⁸ Los políticos habían previsto sólo una legitimación activa del Gobierno federal y de los Gobiernos de los *Länder* y habían concebido al Tribunal Constitucional, por así decirlo, como el árbitro en las controversias competenciales entre la Federación y los *Länder*. Ellos pudieron apenas haber comprendido el alcance de la adición sugerida por Kelsen. Pero fue precisamente esta competencia del Tribunal Constitucional la que se transformó en el motor del ulterior desarrollo de esta institución, e incluso lo transformó, de ser un mero árbitro entre la Federación y los *Länder*, en ser un amplio guardián de la Constitución y, en especial, de los derechos fundamentales”.³⁹

Las aportaciones fundamentales de Hans Kelsen en torno a la defensa de la Constitución se encuentran en sus textos: *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)* publicada por primera vez en 1928, obra explicativa en la que Kelsen presenta el modelo concentrado del control de la constitucionalidad, así como el ensayo titulado *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, texto publicado en 1931, texto en el que el jurista

³⁸ La parte conducente del artículo 140 de la Constitución austriaca de 1920 establece que: “El Tribunal Constitucional entenderá de la posible anticonstitucionalidad de una Ley Federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, si bien conocerá de oficio cuando el propio Tribunal constitucional tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente”.

³⁹ Öhlinger, Theo, “Hans Kelsen y el derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm 5, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Enero-junio 2006, pp. 219-220.

vienés responde a las críticas vertidas por Carl Schmitt en el trabajo denominado *La defensa de la Constitución*.⁴⁰ Sin embargo, en la *Teoría Pura del Derecho* y en la *Teoría general del Derecho y del Estado*, encontramos también algunos aspectos medulares de su concepción sobre la justicia constitucional a partir de la estructura jerárquica del ordenamiento. En este sentido, la jurisdicción constitucional deviene en un mecanismo que asegura la solidez del ordenamiento, entendido éste como una estructura piramidal, jerárquica, cerrada y plena.⁴¹ Asimismo, su noción sobre el principio de separación de poderes, conduce a reducir la figura del juez constitucional a la de un “legislador negativo”.

En *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* Kelsen define a la justicia constitucional⁴² como un elemento del sistema de los medios técnicos que tiene

⁴⁰ La controversia teórica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre el guardián de la Constitución sigue siendo analizada por importantes juristas de nuestro tiempo. Aquí en México, recientemente se publicó la investigación doctoral realizada por el profesor Lorenzo Córdova Vianello, en su estancia doctoral en Turín, Italia, en el periodo comprendido entre 1995 y 1999. El trabajo que lleva por título *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, plantea en la parte conclusiva la controversia suscitada entre estos dos juristas sobre quién debe ser el custodio de la Constitución. Para Córdova Vianello los respectivos mecanismos de control propuestos por Kelsen y Schmitt son el resultado de dos concepciones opuestas sobre la noción del Estado y de la democracia. En el caso de Kelsen encontramos, según Córdova, una concepción garantista, que propone un mecanismo de control del poder político al interior de un sistema democrático, dicho garantismo está enfocado a la protección de las minorías frente a eventuales abusos de la mayoría. Por el lado de Schmitt, en cambio, encontramos que la función de la defensa de la Constitución es atribuida al presidente, elegido directamente por el pueblo y considerado por Carl Schmitt como el auténtico representante y garante de la unidad nacional. Para Córdova Vianello, en la obra de Schmitt “la figura del ‘defensor de la Constitución’ tiende a coincidir, así, con la del ‘dictador’, que, distinguiendo entre el amigo y el enemigo, ‘salva’ mediante su acción y su fuerza al pueblo frente a sus contrarios”. Córdova Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fondo de Cultura Económica, México, 2009, pp. 290-291).

⁴¹ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 36.

⁴² El problema sobre la denominación de la figura ha sido tratada por diversos autores, entre ellos, el profesor Domingo García Belaunde quien ha expresado: “Cuando se empieza a discutir el tema del control constitucional se utilizan varios nombres. En la comunidad alemana se empleaba el de “jurisdicción estatal”, pero luego, sobre todo por influencia de Kelsen, se hablará de “jurisdicción constitucional” que es el que éste profesor prefiere. Y así figura en el texto alemán de la ponencia que presenta en Viena, en abril de 1928. Sin embargo, la versión francesa de su ponencia, publicada en Francia en 1928, utiliza indistintamente y como si fueran sinónimos los conceptos “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional” que es una licencia que se tomó el traductor (Ch. Eisenmann), pues para el pensamiento positivista de Kelsen, la justicia es básicamente un término valorativo, axiológico y sin vinculación alguna con la aplicación de las leyes o de la Constitución. Y en el mismo sentido se pronunciaron algunos de los juristas franceses que intervinieron en el debate de aquellos años. Más bien es Charles Eisenmann, discípulo de Kelsen y el que tuvo a su cargo la publicación de su ensayo en francés, el que utiliza extensamente el concepto de “justicia constitucional” en la tesis doctoral que publica en París en 1928, con prólogo del mismo Kelsen. Por tanto, el término, muy francés, es hechura ajena y no pertenece a Kelsen. La idea de Kelsen es de que estamos ante una “jurisdicción constitucional”, esto es, un decir el derecho en sentido de vigilancia o control constitucional y referido básicamente a las leyes”. García Belaunde, Domingo, “Encuentros y desencuentros en torno al derecho

por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales.⁴³ Todas las funciones estatales tienen, para Kelsen, carácter jurídico, al constituir, todas ellas actos de creación del derecho o actos de ejecución del derecho creado. Señala Kelsen que las teorías tradicionales suelen distinguir entre las funciones estatales de legislación y las funciones estatales de ejecución, las primeras encargadas de la creación o producción del derecho y las segundas encargadas de la aplicación del mismo, sin embargo esta distinción es relativizada, sino es que excluida por la concepción kelseniana, puesto que: estas dos funciones no se oponen de modo absoluto sino de manera puramente relativa. Ambas son actos simultáneos de creación y de aplicación del derecho. Afirma Kelsen: “Legislación y ejecución no son, dos funciones estatales coordinadas, sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho, y dos etapas intermedias. Este proceso no se limita sólo a la legislación sino, comenzando en la esfera del orden jurídico internacional, superior a todos los órdenes estatales, surge con la Constitución para llegar, en fin, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material de estos últimos”.⁴⁴

La idea de la regularidad que es fundamental en la noción kelseniana en torno a la garantía de la Constitución es aplicable a cada grado de la pirámide normativa, en la medida en que cada escalón es aplicación o creación del derecho. La regularidad deviene entonces en una relación de correspondencia entre un grado inferior y uno superior del orden jurídico.

Dicha regularidad y su garantía no solamente es postulada en la relación entre los actos de ejecución material y las normas individualizadas, es decir, entre la decisión administrativa y la sentencia, o en la relación entre actos de ejecución y normas ordinarias y reglamentarias, sino también en las relaciones entre el reglamento y la ley, y entre la ley y la Constitución. Por ende, para

procesal constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número conmemorativo al sexagésimo aniversario, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 347-348.

⁴³ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, p.10.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 12

Kelsen, las garantías de la Constitución significan garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, esto es, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes.

La vinculación de la defensa de la Constitución con la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento es una constante en la obra de Hans Kelsen. La tesis de que el derecho es un sistema que regula su propia creación justifica la presencia de mecanismos que propicien y mantengan la regularidad de los actos jurídicos. La propia noción kelseniana sobre la Constitución involucra el aspecto de la regularidad normativa. Señala Kelsen: “La cuestión de la garantía y el tipo de garantía de la Constitución, es decir, la regularidad de los grados del orden jurídico, inmediatamente subordinados a la Constitución, presupone, para ser resuelto, una noción clara de la Constitución. Únicamente la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico...está en posibilidad de proporcionarla. Inclusive, no es exagerado afirmar que sólo ella permite conocer el sentido inmanente de esta noción fundamental de “Constitución” en la cual pensaba ya la teoría del Estado de la antigüedad porque esta noción implica la idea de una jerarquía de formas jurídicas”.⁴⁵

La noción de Constitución sostenida por Hans Kelsen es la de una norma que regula la producción de las otras normas jurídicas del sistema al determinar los órganos y el procedimiento de la legislación, pero la importancia orgánica de la Constitución no obsta para que el jurista vienés reconozca que la Constitución no es solamente una regla de procedimiento, sino además una regla de fondo. En ese sentido, señala que una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o con motivo de que su contenido contravenga los principios o direcciones formuladas en la Constitución. Sin embargo, para Kelsen, aún la inconstitucionalidad material de las leyes, en última instancia, es susceptible de ser reconducida a un tipo de inconstitucionalidad formal puesto que, finalmente, una ley cuyo contenido

⁴⁵ Kelsen, Hans, *op.cit.*, p. 20.

estuviera en contradicción con la parte material de la Constitución, dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional.⁴⁶

La garantía de la regularidad entendida, como lo hemos asentado, en términos de correspondencia entre un nivel normativo inferior y otro superior, se encuentra circunscrita, particularmente en el nivel de la garantía jurisdiccional de la Constitución, al principio de que nadie puede ser juez de su propia causa, pues siguiendo a Kelsen: “No existe hipótesis de garantía de la regularidad, en donde se pudiera, más que en la de la garantía de la Constitución, estar tentado a confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano que los ha realizado. Y, ciertamente, en ningún caso este procedimiento estaría más contraindicado; puesto que la única forma en la que se podría ver, en una cierta medida, una garantía eficaz de la constitucionalidad –declaración de la irregularidad por un tercer órgano y obligación del órgano autor del acto irregular de anularlo- es aquí impracticable porque el parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz. Sería ingenuidad política contar con que el parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional”.⁴⁷

No siendo pues el parlamento el órgano adecuado para llevar a cabo la función de garante de la Constitución, corresponde a otro órgano, caracterizado por su independencia y distinción con relación a los otros órganos estatales, hacerse cargo de la anulación de los actos inconstitucionales, irrumpiendo así la figura de la jurisdicción constitucional encomendada a un tribunal constitucional específico.

En su obra explicativa de la garantía jurisdiccional de la Constitución, el profesor Kelsen responde algunas de las objeciones que, en abstracto, se formulan a la existencia de un tribunal constitucional y responde a dos de las

⁴⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 51.

objeciones básicas. La primera de ellas relacionada con la tesis de la soberanía del parlamento y, la segunda, vinculada al principio de separación de poderes.

Con relación a la primera, Kelsen considera, como es usual en la defensa de sus concepciones teóricas, que la apología a la soberanía del parlamento tiene que ver más con una pretensión de tipo ideológico que a una postura de tipo jurídico. Sostiene el jurista vienés que un órgano estatal particular no puede ser soberano. La soberanía, en todo caso, radicaría en todo el orden jurídico. Pero además, la manera en que la Constitución regula el procedimiento llevado a cabo por el parlamento para emitir la legislación general no se distingue, en la concepción kelseniana, de la manera en que la legislación regula el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas. Siendo el postulado de la constitucionalidad de las leyes, teórica y técnicamente, idéntico al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración. Por ende, para Kelsen, la tesis de la defensa de la soberanía del parlamento obedece a un deseo de poder político de éste así como de su pretensión de no dejarse limitar por las normas de la Constitución.⁴⁸

Precisamente en esa vertiente radica, según Leticia Gianformaggio, el valor político de la concepción kelseniana: El valor político está en el admitir que no hay autonomía, no hay soberanía, no hay poder o competencia normativa que esté por encima del derecho, es decir, que signifique o comporte no susceptibilidad de control jurídico; desde luego que no hay, sólo el derecho puede atribuir autonomía, soberanía, poder o competencia normativa.⁴⁹

Con relación a la segunda de las objeciones, relativa a la tesis de la separación tradicional de los poderes, es en su respuesta donde Kelsen presenta su idea del defensor de la Constitución como legislador negativo. A final de cuentas, es precisamente su concepción del legislador negativo la que

⁴⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁹ Gianformaggio, Leticia, *Estudios sobre Kelsen*, Fontamara, México, 1994, p. 18.

marcará con mayor nitidez la diferencia entre el sistema de control de constitucionalidad europeo y el sistema difuso norteamericano.

Para Kelsen, la trasgresión del principio de separación de poderes solamente se presentaría en el caso de que la anulación de un acto legislativo corriera a cargo de un órgano distinto al órgano legislativo que lo emitió, pero con la intervención de un tribunal constitucional no se lleva a cabo dicha vulneración, puesto que el tribunal constitucional kelseniano no desempeñaría, en estricto sentido, una verdadera función jurisdiccional.⁵⁰

Kelsen sostiene que la anulación de una ley es equivalente al establecimiento de una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. En este caso, según nuestro autor, estamos ante una confección de signo negativo, pero, finalmente, ante una función de naturaleza legislativa. Pero esta actividad del legislador negativo⁵¹ debe ser llevada a cabo por un tribunal especializado que se caracteriza, entre otras cosas, por su independencia frente al parlamento y frente al gobierno, puesto que éstos son los órganos cuyos actos deben estar bajo el control de la jurisdicción constitucional.

⁵⁰ Recordemos que para Kelsen: “El concepto de la separación de poderes designa un principio de organización política. Presupone que los tres llamados poderes pueden ser determinados como tres distintas funciones coordinadas del Estado, y que es posible definir las líneas que separan entre sí a cada una de esas funciones. Pero esta suposición no es corroborada por los hechos. Según hemos visto, las funciones fundamentales del Estado no son tres sino dos: creación y aplicación (ejecución) de la ley, y estas funciones no se encuentran coordinadas, sino sub y supraordinadas. Además, no es posible definir las líneas que separan estas funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del derecho –que sirve de base al dualismo: poder legislativo y poder ejecutivo (en el sentido más lato)-tiene sólo un carácter relativo, ya que en su mayoría los actos del Estado son al propio tiempo de creación y de aplicación del derecho”, Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1988, p. 319.

⁵¹ La concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como legislador negativo ha recibido críticas diversas, tomo en consideración la formulada por Humberto Nogueira Alcalá: “No compartimos la tesis de Kelsen del Tribunal Constitucional como legislador negativo en cuanto desconocimiento del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, ya que cuando un Tribunal Constitucional resuelve anular una ley no lo hace discrecionalmente, sino que actúa ajustado a criterios jurídicos teniendo como parámetro la Constitución, ejerciendo una función jurisdiccional como los jueces, dentro del marco de un procedimiento iniciado a instancia de parte legitimada para ello, con la única diferencia de resolver sobre la supremacía constitucional que implica decisiones con consecuencias políticas. Además, por regla general, el Tribunal Constitucional actúa a requerimiento de otros órganos, autoridades o personas. Asimismo, es posible señalar que el Tribunal Constitucional carece de la función de dirección política que tienen los legisladores....Por último, debe señalarse que los Tribunales Constitucionales desarrollan cada vez más una labor de garantía activa de los valores y principios constitucionales a través del control de omisiones constitucionales y a través de las sentencias denominadas *manipuladoras*, donde a veces desempeña el carácter de legislador sustituto”. Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción...op.cit.*, pp. 41-42.

Hans Kelsen también controvierte la objeción democrática dirigida a la carencia de legitimidad de los tribunales constitucionales. La perspectiva kelseniana, refuta esta objeción, puesto que para Kelsen, la presencia de un tribunal constitucional representa una garantía en la protección eficaz de las minorías frente a los excesos de las mayorías. Las instituciones de control son, para Kelsen, una condición de la existencia de la democracia. La parte medular de un sistema democrático no radica en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos mayoritarios y minoritarios representados en el Parlamento. La jurisdicción constitucional irrumpe como un mecanismo idóneo para superar la tensión entre mayorías y minorías. Para Kelsen: “La simple amenaza de interposición del recurso ante el tribunal constitucional puede ser, entre las manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría”.⁵²

En suma, las precursoras aportaciones de Hans Kelsen a la jurisdicción constitucional se encuentran vinculadas a su concepción de la estructura jerárquica del ordenamiento; a la idea de la supremacía de la Constitución; a la sujeción al principio de separación de poderes mediante la irrupción de la figura del juez constitucional como legislador negativo, y, a la concepción del defensor de la Constitución como una condición necesaria de la democracia. Sobre este último punto se podría afirmar que, tomando como base el modelo austríaco, los tribunales constitucionales se convirtieron en instituciones comunes para las democracias occidentales, fungiendo, por un lado, como organismos heterocompositivos mediante los cuales son superadas las controversias entre los diversos órganos del Estado; y por otro, como mecanismos orgánicos de defensa de la Constitución frente a los actos legislativos que la vulneran, poniendo en crisis, las tradicionales tesis sobre la

⁵² Kelsen, “*La garantía jurisdiccional...*” *op.cit.*, p. 100.

infalibilidad y omnipotencia parlamentaria propias de la ideología inherente a la fundación del Estado Moderno.

3. CONVERGENCIAS Y TIPOLOGÍAS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La evolución de la jurisdicción constitucional ha generado una progresiva convergencia entre los caracteres originarios de los dos tipos de controles tradicionales de control de constitucionalidad: el americano o difuso y el europeo-kelseniano o concentrado.

La relativización de las diferencias entre ambos modelos inicia muy pocos años después del diseño del sistema kelseniano de control de la constitucionalidad introducido en la Constitución austriaca de 1920. En efecto, en la reforma constitucional austriaca de 1929 se facultó a los órganos judiciales de mayor jerarquía a recurrir las leyes reputadas como inconstitucionales ante el Tribunal Constitucional, reconociéndose de esta forma, la posibilidad de que los tribunales comunes de más alto nivel intervinieran en la prosecución de una controversia de tipo constitucional.

Tal como Fernández Segado lo asienta, en definitiva, la reforma constitucional de 1929, sin romper formalmente el monopolio del control de constitucionalidad detentado por el Tribunal Constitucional, alteraba el significado del mismo, convirtiéndolo en un monopolio de rechazo al quedar legitimados los dos altos órganos jurisdiccionales ordinarios para plantear ante el Tribunal Constitucional la demanda de inconstitucionalidad. Esto implicaba un doble juicio de inconstitucionalidad: uno provisional y negativo, llevado a cabo por el juez común superior y otro definitivo efectuado por el Tribunal de Constitucionalidad. Esto corrobora ya, si bien es cierto de manera sutil, la temprana injerencia del modelo difuso en el sistema europeo de control de constitucionalidad.

Otro de los rasgos que permiten hablar del acercamiento entre los dos modelos de control de constitucionalidad es la propia institución del precedente

(*stare decisis*) que combinada con el factor de la presencia de la Corte Suprema norteamericana permite afirmar que las sentencias de dicho tribunal, así sea de manera indirecta, generan efectos *erga omnes*, noción que se separa de la idea originaria del control constitucional americano como generador de efectos meramente individuales o particulares.

Paradójicamente, en el sistema europeo, como lo afirma Ruiz Miguel, se puede hablar de una progresiva introducción de un sistema de precedente, en especial, respecto de las decisiones de los tribunales constitucionales, sistema cada vez menos diferenciable del propio sistema de *common law*. Este autor señala que el último y más completo eslabón en el proceso de consolidación del principio de *stare decisis* lo representan textos como el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder judicial español, aprobado en 1985 y que establece que: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y los tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Asimismo, es de destacarse otro carácter que tiende también a aproximar los dos tipos de control constitucional. Es el caso de la emisión de las denominadas “sentencias interpretativas” o de “interpretación conforme” mismas que, se presupone, tienden a establecer una significación que va más allá de la literalidad del precepto legal y que se fundan en la distinción realizada por la jurisprudencia y doctrina italiana entre enunciado normativo o texto normativo y la norma que es aquella que deriva del texto vía interpretación constitucional.⁵³

⁵³ Ricardo Guastini nos recuerda que el vocablo “norma” es usado de forma extendida –en el lenguaje doctrinal, judicial y legislativo- para hacer referencia a dos objetos radicalmente distintos: en ocasiones se denomina “norma” a un enunciado perteneciente a un documento normativo, a una fuente del derecho, y otras, se denomina “norma” al contenido de significado de un enunciado legislativo, tal como resulta de su interpretación. Guastini, Ricardo, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 100.

Otro de los rasgos que permiten hablar de la convergencia, y por ende, del aminoramiento de la brecha originaria existente entre el control americano y el europeo es el hecho de que las Supremas Cortes de Justicia, cuyo paradigma puede ser la misma Suprema Corte norteamericana, se han venido convirtiendo en órganos casi exclusivos de jurisdicción o justicia constitucional. La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos paulatinamente se ha convertido en un Tribunal que tiende a resolver exclusivamente las disputas de mayor relevancia política, social y orgánica y en muchas ocasiones ha fungido como el Tribunal Supremo *ad hoc* que resuelve las controversias derivadas del sistema federalista, acentuando su carácter de instancia heterocompositiva ante las diferencias de las distintas ramas y competencias del poder político.

Este acercamiento entre los modelos de control de constitucionalidad permite hablar, hoy en día de diversas tipologías que van más allá de las distinciones originarias trazadas entre el modelo difuso americano y el modelo concentrado europeo y han sido propuestas por autores de diversas tradiciones doctrinales.

Si bien es cierto que, en sentido riguroso, el problema de la legitimidad de los intérpretes constitucionales pertenece al ámbito de la filosofía del derecho y no al de la dogmática jurídica, consideramos pertinente esbozar, en este capítulo sobre la perspectiva general del control judicial de la constitucionalidad, algunas de las tipologías que han sido sugeridas para superar la clásica dicotomía entre el sistema concentrado y el sistema difuso del control de la constitucionalidad.

3.1. TIPOLOGÍA DE JEREMY WALDRON

El profesor Jeremy Waldron, uno de los más agudos críticos de la revisión judicial propone una clasificación de los modelos de revisión judicial atendiendo a cuatro distinciones:

En primer término, la clasificación más importante en la concepción de este autor es la que distingue entre un sistema de revisión judicial fuerte –al que

usualmente el profesor Waldron dirige sus críticas- y un sistema de revisión débil. En un sistema de revisión judicial fuerte las cortes tienen autoridad para dejar de aplicar una disposición a un caso concreto o modificar el efecto de una disposición para que su aplicación se realice de acuerdo a los derechos individuales, en una forma que, según Waldron, la propia disposición no considera. Bajo este sistema, los tribunales tienen la autoridad para establecer, como una cuestión de derecho, que un precepto legislativo no sea aplicado, de forma que, como resultado del *stare decisis* la disposición se convierta prácticamente en letra muerta. Una forma, incluso más acendrada de revisión judicial, autoriza a los tribunales para que expulsar la norma legislada del sistema jurídico.

En cambio, en un sistema caracterizado por una revisión judicial débil, las cortes pueden escudriñar la legislación para revisar su conformidad con los derechos individuales pero no pueden dejar de aplicarla. Sin embargo el escrutinio puede tener cierto efecto. Waldron ejemplifica este sistema con el prevaleciente en el derecho británico, bajo el cual las cortes pueden revisar un estatuto con objeto de producir una “declaración de incompatibilidad” en el caso de que la Corte esté convencida de que la disposición es incompatible con los derechos previstos en la Convención Europea de Derechos Humanos, según lo establecido en el derecho británico a través del Acta de los Derechos Humanos. Este documento precisa que la declaración no afecta la validez y la continuación del proceso tendiente a la aplicación de la disposición, pero además un ministro puede utilizar la declaración como autorización para iniciar un proceso legislativo expedito con el objetivo de solucionar la incompatibilidad.

En segundo término, Waldron ha puesto atención a una segunda distinción que presta atención al lugar que ocupan los derechos individuales en el sistema constitucional de una sociedad. Los derechos de las personas pueden estar comprendidos en el mismo texto constitucional como sucede en la Constitución estadounidense y en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, pero también los derechos individuales pueden no estar

específicamente señalados como una parte estructural de la Constitución, como sucede, de nueva cuenta en el derecho británico.

Esta diferencia impacta, según Waldron, la manera en que es llevada a cabo la revisión judicial, puesto que, en el primero de los casos, los tribunales revocan las disposiciones legislativas por violaciones a los derechos individuales con el mismo espíritu con el que echan abajo los preceptos que vulneran los principios inherentes a instituciones como el federalismo o la separación de poderes. Para Waldron, esto hace que la revisión judicial norteamericana adquiera un perfil particular, puesto que aunque las defensas filosóficas de la práctica de la revisión judicial son frecuentemente articuladas en términos de las proposiciones acerca de los derechos individuales, en realidad el argumento queda subordinado a una defensa sobre el papel estructural que los tribunales deben desempeñar para mantener las reglas de la Constitución. En otros países, en cambio, la revisión judicial con respecto a una declaración de derechos está desligada del aspecto estructural como sucede en el derecho británico.

Una tercera distinción entre los tipos de *judicial review* se establece entre una revisión *ex post* del tipo de la revisión judicial estadounidense y que se produce en el contexto de procesos judiciales particulares, en ocasiones mucho tiempo después de que se haya promulgado la disposición legislativa, y la revisión de la legislación *ex ante*, realizada por una tribunal constitucional específicamente establecido para generar una valoración en abstracto de la norma sin requerir algún acto de aplicación de la misma.

Una cuarta distinción en la que Waldron se aproxima a la conocida distinción entre control judicial difuso y control judicial concentrado, radica en el hecho de que la revisión judicial pueda ser realizada por los tribunales ordinarios o, en contraste, pueda llevarse a cabo por un tribunal constitucional especializado.⁵⁴

⁵⁴ Waldron, Jeremy, “The core of the case against judicial review”, *The Yale Law Journal*, núm 115, 2006, pp. 1348-1406.

3.2. TIPOLOGÍA DE ALFONSO CELOTTO

El profesor italiano Alfonso Celotto señala que existen cuando menos cuatro variables que pueden diferenciar el tipo de análisis concretamente ejercitado. El comportamiento de estas variables y la posibilidad de agregar competencias ulteriores a las Cortes constitucionales hacen al citado autor prever que cada Estado cuente con un modelo propio de justicia constitucional. Esas variables son:

- a) El momento cronológico del control, que permite distinguir entre el control represivo o preventivo. El primero, constitutivo de un recurso contra leyes perfectas y vigentes; el segundo, permitiendo al tribunal constitucional intervenir en la última fase del procedimiento de formación de la ley, como ocurre en el sistema vigente en Francia. Este control de tipo preventivo posibilita el diálogo entre el tribunal constitucional y el legislador excluyendo la jurisdicción constitucional de la vida aplicativa del derecho.
- b) Abstracción y concreción del control: en el caso de un control abstracto, tal como ya se mencionó en la descripción del sistema originario europeo no se origina en un procedimiento judicial, tiende a prescindir de la tutela de los derechos de los ciudadanos, y se limita a efectuar una comparación entre normas legislativas y constitucionales; el control denominado concreto opera respecto a una norma jurídica determinada por un juez en el curso de un juicio concreto, en el cual, están en discusión intereses particulares de los ciudadanos. El primero, para Celotto, se encamina a ofrecer una garantía de la Constitución de carácter neutral; el segundo, principalmente a tutelar los derechos subjetivos de los particulares.
- c) Modalidades de acceso al juicio de constitucionalidad. Esta tipología distingue entre la vía principal o directa y la vía incidental o indirecta. El ejemplo típico de la primera es la denominada acción de

inconstitucionalidad contemplada en varios países. En este tipo de vía procesal se suele facultar solamente a determinados sujetos u órganos del Estado tanto para incoar la demanda de inconstitucionalidad como para resolver el juicio sobre la constitucionalidad, efectuando un control de tipo abstracto. En cambio, el acceso incidental o indirecto se lleva a cabo a partir de la prosecución frente a un juez *a quo* que duda de la constitucionalidad de la ley aplicable y eleva al tribunal constitucional la cuestión. En este caso, la mediación judicial del juez ordinario sirve como una especie de filtro que evitaría el exceso de casos sometidos a la jurisdicción del tribunal constitucional.

- d) Las modalidades de composición y de nómina del tribunal constitucional, al considerar el profesor Celotto que este aspecto incide de manera significativa sobre la autonomía y la independencia de la Corte constitucional con relación al poder político.⁵⁵

3.3. TIPOLOGÍA DE FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Este autor toma como punto de partida la distinción entre el control de constitucionalidad entendido como control de ley, es decir, al margen de su aplicación y, por ende, ajeno a todo tipo de conflictos subjetivos, y el control con ocasión de la aplicación de la ley, distinción que el profesor considera más pertinente que la típica contraposición bipolar entre control abstracto y control concreto.

A partir de la primera modalidad de control (control de la ley) distingue dos variables: el momento de verificación del control, que a su vez permite diferenciar entre un control *a priori* o preventivo y otro *a posteriori* o represivo, dependiendo de si el control se lleva a cabo antes o después de la promulgación de la ley; en cuanto a la segunda, atendiendo a la naturaleza del interés constitucional que se trata de salvaguardar, permite diferenciar entre un

⁵⁵ Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm 1, 2004, pp. 3-14.

control objetivo en interés del orden constitucional general y un control competencial, en el marco de un Estado compuesto tendiente a proteger la distribución de competencias de los distintos entes territoriales.

En cambio, en el caso del control con ocasión de la aplicación de la ley, las variables a considerar serían tres. La primera radica en si la competencia se atribuye a una pluralidad de órganos o a un órgano único, diferenciando así entre un control difuso y un control concentrado; la segunda variable atiende a la instancia desencadenante del control, distinguiendo aquí cuatro modalidades: a) el control instado por un órgano jurisdiccional, b) el control que insta una persona lesionada en sus derechos o intereses legítimos, c) el control instado por los propios órganos constitucionales del Estado, y d) el control desencadenado por los entes territoriales, por lo general de un Estado compuesto. La última de las variables se encuentra vinculada a la eficacia de las sentencias, específicamente de las sentencias estimatorias, distinguiendo las sentencias que generen efectos para el caso concreto (*inter partes*) o los produzcan con carácter general (*erga omnes*).

3.4. TIPOLOGIA DE LUCIO PEGORARO

El profesor italiano Lucio Pegoraro ha considerado que el trabajo clasificatorio sobre los tipos de la jurisdicción constitucional debería también tomar en cuenta una tipología que atienda al contexto estructural en el que se insertan los órganos de justicia constitucional, es decir, que tome en cuenta la distinción entre tribunales que operan en una posición, denominada por Pegoraro como “monopolista” (sistemas unitarios) y tribunales que actúan en concurrencia con otros sujetos (sistemas plurales). Para Pegoraro, el carácter monopolista o concurrente de un sistema es susceptible de apreciarse en base a la presencia, en el seno de un mismo ordenamiento, de diversos niveles de administración de justicia constitucional, de forma que, mediante la combinación de las dos variables se puede distinguir cuatro sistemas: sistemas integralmente concentrados, donde un tribunal constitucional ejercita todas las

competencias de justicia constitucional; sistemas parcialmente concentrados, en los que cada nivel territorial cuenta con un solo órgano habilitado para desempeñar la jurisdicción constitucional, pero en el interior del ordenamiento general coexisten con competencias diversas más tribunales constitucionales; sistemas parcialmente desconcentrados, en los cuales la función se distribuye entre varios jueces y una Corte suprema pero sin superposición de niveles; y sistemas integralmente desconcentrados caracterizados por la superposición de niveles.

En atención a las funciones desempeñadas, Pegoraro propone distinguir entre sistemas monofuncionales de los plurifuncionales. A los primeros corresponden las competencias sustancialmente tradicionales; a los segundos les corresponden, además de las funciones clásicas, las intervenciones “ulteriores” que por su carácter variable y en ocasiones esporádico no es posible tipificar.

Asimismo, de acuerdo al criterio relativo a la amplitud del parámetro de constitucionalidad, los sistemas son susceptibles de dividirse en limitados y extensos. Los primeros toman como único parámetro a la Constitución; los segundos, además de la Constitución, toman como parámetro leyes orgánicas, tratados internacionales, convenciones en materia de derechos, etc.

En relación con su objeto, nuestro autor propone distinguirlos en atención a que sean integrales y parciales. Los sistemas integrales pueden conocer de inconstitucionalidad de leyes, actos administrativos, actos políticos, tratados e inclusive de leyes de reforma constitucional. En cambio, los sistemas parciales ejercen un control sólo sobre leyes o, en su caso, con procedimientos distintos, sobre actos administrativos.

En cuanto a las modalidades de acceso, Pegoraro separa los sistemas que él denomina “puros” de los sistemas mixtos. Los primeros utilizan una única vía, así sea la incidental, la preventiva o la abstracta. En oposición, los sistemas mixtos utilizan emplean conjuntamente diversas modalidades, como ya sucede en la mayoría de los países.

Por último distingue, en atención a la cualidad de los sujetos legitimados, entre sistemas cerrados y sistemas abiertos. En los primeros hay una limitación taxativa a los órganos del Estado legitimados para incoar la acción constitucional; en cambio, en los sistemas abiertos, los protagonistas incluyen a diversos órganos y entes, pudiéndose incluir a los jueces y en algunos países a todos los ciudadanos.⁵⁶

4. SOBRE EL TIPO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

Como hemos visto, la progresiva convergencia de los diversos tipos y rasgos del control de la constitucionalidad hace difícil la caracterización absoluta o rígida de cada uno de los sistemas de control que cada país ha introducido en sus respectivos ordenamientos. En ese sentido, el punto sobre qué tipo de control constitucional contempla el sistema jurídico mexicano ha generado más de un debate doctrinal.

Así por ejemplo, juristas como es el caso del profesor Gabino Fraga, han considerado que en México existe un control difuso de la constitucionalidad derivado de la interpretación del texto del artículo 133 constitucional que impone a los jueces de cada entidad federativa la obligación de arreglar sus fallos a lo dispuesto por la Constitución federal, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados, y porque además todos los funcionarios entre los que, desde luego, se incluyen los jueces, protestan al tomar posesión de su cargo, cumplir y hacer cumplir la Constitución. En tal sentido, esta idea no pasa por alto que al imponer la Constitución la obligación a los jueces de cada estado de evidenciar la supremacía de ésta en cada caso concreto que se les plantea está convirtiendo a cada juzgador en su guardián.⁵⁷

⁵⁶ Pegoraro, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, 2004, pp. 131-158.

⁵⁷ Citado por Castro, Juventino, *La mutación estructural del derecho*, Porrúa, México, 1998, p. 44.

Sin embargo, la concepción de otro jurista mexicano, Juventino V. Castro, es diferente. Este jurista sostiene que: “Cuando un juez ordinario sentencia un asunto que ha sido puesto en su conocimiento, de la misma manera en que interpreta la ley ordinaria y afirma que la acción procesal interpuesta por el demandante o las excepciones del demandado, se ajustan o no a la controversia planteada, en mi opinión no existe ningún inconveniente, y por el contrario se ajustaría la controversia al compromiso del juez que le impone en el artículo 133 constitucional, cuando el juez ordinario correspondiente declarare que no puede aplicar una disposición al caso concreto que se le plantea, porque en su muy personal opinión la ley o el artículo base de la acción o de la excepción no se ajustan a los mandatos constitucionales. Y esto no constituye una declaratoria de inconstitucionalidad, que en efecto nunca le corresponde al juez ordinario sino a la Suprema Corte y a los Tribunales Colegiados de Circuito en el ámbito de sus respectivas atribuciones, sino solamente la resolución de una controversia particular ajustándose a la Constitución del país”.⁵⁸

Empero, consideramos que el argumento del profesor Juventino Castro no es suficiente para excluir la calificativa de control difuso al mecanismo de control de constitucionalidad vigente en México, tal como se desprende del texto del artículo 133 constitucional, puesto que la típica concepción del control difuso no tiene como presupuesto necesario el que los jueces de cada entidad federativa hagan declaraciones generales sobre la inconstitucionalidad de las leyes o tratados sino simplemente que dejen de aplicar esos instrumentos normativos en los casos en que, desde su perspectiva interpretativa, incurran en inconstitucionalidad.

A favor de la defensa difusa del control de la constitucionalidad en México también se ha pronunciado el profesor Elisur Arteaga: “No existe precepto en virtud del cual la rama judicial federal tenga atribuida en forma exclusiva el control de la constitucionalidad o que le haya confiado ser la única encargada

⁵⁸ *Ibidem*, p.45.

de defender la carta magna. Todo parece indicar que se trata de una función que les corresponde, de una u otra forma, a todos los poderes, federales y locales, a todas las autoridades constituidas, sin distinción”.⁵⁹

Pero además, el sistema jurídico mexicano al contener diversos medios de control de la constitucionalidad, como lo son el juicio de amparo, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad, además de mecanismos de autocontrol como puede ser el previsto en el artículo 133, incluye caracteres propios del control concentrado y difuso, abstracto y concreto. Además, las resoluciones de los órganos de control generan, según el tipo de juicio, efectos de carácter general o particular.

Cabe aseverar, que esta variabilidad de caracteres se acentuó a partir de la reforma de 1994, cuya parte más significativa lo representa la introducción de las acciones de inconstitucionalidad, que como el artículo 105 de la Constitución establece, tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, facultando para su promoción ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación a determinadas minorías orgánicas del Congreso de la Unión, de las legislaturas de las entidades federativas y de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, así como al Procurador General de la República, y posteriormente mediante sucesivas adiciones a los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral y a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Las acciones de inconstitucionalidad previstas por el derecho mexicano constituyen un claro paradigma de un control de constitucionalidad abstracto en el que no se requiere la existencia de un agravio para su prosecución, pero que coexiste con un mecanismo de control de constitucionalidad concreto, como lo es el procedimiento de amparo, que presupone la existencia de un agravio personal y directo y cuyos efectos resolutiveos se caracterizan por su particularidad.

⁵⁹ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, México, 2008, p. 998.

CONCLUSIONES

El control de la constitucionalidad es, hoy en día, un aspecto medular de la idea de constitucionalismo, a la par de otros elementos tales como la existencia de cartas de derechos fundamentales, así como aspectos orgánicos y mecanismos dirigidos a salvaguardar la noción de rigidez constitucional. Sin embargo, es posible rastrear orígenes difusos del control sobre actos de la autoridad, aún antes de la irrupción de la noción de constitucionalismo. Tales orígenes difusos se asientan en la presencia de dualismos filosóficos y jurídicos, como ocurrió en la antigua Atenas, con el dualismo normativo existente entre *nómoi* y *psefismata*, así como en la República Romana, con la presencia del dualismo orgánico entre las magistraturas.

Este tipo de dualismos se podrían considerar dualismos jurídicos normativos, o en su caso, orgánicos, para diferenciarlos de los dualismos jurídicos de corte metafísico presentados en la Edad Media mediante la oposición entre un derecho superior, divino e inderogable y un derecho positivo, creación humana y mudable, pero que para salvaguardar su carácter no debería estar en oposición al derecho natural. Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII el dualismo se mantiene, aunque afianzado en otros presupuestos filosóficos, se afirma la existencia de derechos innatos, inmanentes e irrenunciables, representando un veto frente al *ius cogens*, producto del legislador.

Por su parte los controles políticos introducidos en las filosofías de Locke y Montesquieu, pese a privilegiar la figura del legislador, constituyen, paradójicamente y al mismo tiempo, importantes aportaciones para la limitación del poder legislativo.

La presencia de los dualismos normativos y filosóficos, así como las aportaciones de Locke y Montesquieu pueden apreciarse como controles difusos del control al imponer restricciones a los poderes materialmente legislativos.

Los orígenes estrictos de dicho control los encontramos en Inglaterra a través del trascendente papel del juez Edward Coke en el caso Bonham y la faceta que éste le adjudica al juzgador como figura heterocompositiva entre el rey y el parlamento. Las ideas de Bonham ante los embates de la Corona no podrían ser más elocuentes: el *common law* se encuentra por encima del rey; la independencia y autonomía de los jueces, y la competencia natural de los tribunales para conocer de todos los conflictos de derecho.

Otro de los grandes hitos de la evolución del control de la constitucionalidad lo representa la revisión judicial norteamericana. En su surgimiento es notable la influencia de las ideas de Coke, pero tal institución nunca fue formulada de manera expresa en el texto de la Constitución norteamericana de 1787.

Son los documentos de *El Federalista* los que explicitaron la institución de la *judicial review*, justificándola a partir de la idea de la supremacía de la Constitución, la voluntad del pueblo expresada en la misma y la concepción de que el poder de los jueces, su intérprete idóneo, era el menos peligroso de los tres poderes, irrumpiendo una ideología sobre el papel que habrán de desempeñar los jueces frente al poder de las mayorías.

Sin embargo, fue el caso *Marbury vs Madison* el que permitió la materialización jurisdiccional de la doctrina a través de un histórico y paradigmático fallo en el que, mediante la interpretación de la cláusula relativa a la supremacía de la Constitución, determinó la facultad de la Corte Suprema para declarar inválidas las leyes antitéticas al texto constitucional.

No se trató de un fallo garantista, ni se hizo alusión a la defensa de los derechos humanos o a la hoy denominada jurisdicción constitucional de la libertad. El aspecto central de *Marbury vs Madison* versó sobre uno de los aspectos básicos de la noción de constitucionalismo: la supremacía de la Constitución. La perspectiva que permite concebir a la Constitución como una norma jurídica vinculante y no solamente una norma programática u organizativa debe retrotraerse al histórico fallo del juez Marshall. Al mismo

tiempo, *Marbury vs Madison* se convirtió en el punto de partida de la evolución del control difuso de la constitucionalidad.

El otro gran rubro sobre lo que hemos denominado los orígenes estrictos del control de la constitucionalidad lo constituye el surgimiento del Tribunal Constitucional europeo de impronta kelseniana. Considerado generalmente como el padre de la constitución austriaca de 1920, habría que precisar que el trabajo de Hans Kelsen se centró básicamente en el diseño del Tribunal Constitucional. Kelsen transforma la idea primigenia que los otros miembros de la Asamblea Nacional Constituyente tenían sobre un Tribunal Constitucional acotado a la solución de controversias entre la Federación y los Länder, ampliando su competencia para convertirlo en un auténtico guardián de la Constitución, surgiendo así el modelo concentrado y abstracto del control de constitucionalidad mediante la vinculación de la defensa de la Constitución con la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y su idea del juez constitucional como legislador negativo.

Pero pese a que la bipolaridad y separación conceptual entre el sistema concentrado de impronta kelseniana y el sistema de control constitucional difuso norteamericano sigue manteniendo un valor analítico y didáctico, en la realidad de los diseños orgánicos de los diversos sistemas de control acogidos en el mundo, se ha dado paso a una convergencia de las diversas características originarias de dichos modelos, coexistiendo en los diversos sistema instituciones con rasgos control de talante abstracto y concreto, principal e incidental, preventivos y represivos, abiertos y cerrados, declarativos y constitutivos. Se podría afirmar que la pulcritud del sistema de control concentrado europeo diseñado por Kelsen e incorporado a la Constitución austriaca de 1920 dejó de tener tal pulcritud a partir de la reforma constitucional austriaca de 1929 que permitió entrever la injerencia de matices de control difuso si bien con ciertas reticencias y limitaciones.

CAPÍTULO II

LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

1. INTRODUCCIÓN

El control judicial de la constitucionalidad ha enfrentado al dilema contramayoritario al considerarse una fuerza que puede tergiversar o contradecir la voluntad del pueblo expresada a través de sus representantes. La objeción contramayoritaria se cuestiona qué legitimidad tienen los jueces, como funcionarios no representativos ni políticamente responsables, para tomar decisiones que invaliden las del órgano de representación popular.

En este capítulo se analiza el dilema contramayoritario partiendo desde su denominación originaria así como sus manifestaciones teóricas posteriores, como es el caso del constitucionalismo popular y la tesis del elitismo epistemológico.

Posteriormente se aborda la posibilidad de que los diálogos interorgánicos entre los tribunales constitucionales y los órganos legislativos puedan considerarse instrumentos que permitan superar o aminorar el dilema contramayoritario.

De la misma forma, se incluye la idea de una “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” en la que la participación de los ciudadanos en la esfera hermenéutica fundamental es tomada como una alternativa teórica que puede contribuir a relativizar la objeción contramayoritaria.

Asimismo, se tratan las concepciones de la sentencia “erga omnes” y de la Constitución a detalle como dos tópicos vinculados a la objeción contramayoritaria.

Finalmente se formulan las conclusiones del capítulo.

2. LA CONCEPCIÓN DE LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA

La presencia del control de constitucionalidad en la constitución de las sociedades liberales ha generado múltiples debates en torno a su legitimidad democrática. Como vimos anteriormente, el mismo Hamilton en *El Federalista* responde a las primeras objeciones que se hicieron al control de constitucionalidad, en ese tiempo articuladas en la idea de que tal injerencia judicial vulneraba el equilibrio de los poderes públicos al dotar de mayor poder a la función judicial sobre la rama legislativa y ejecutiva. Como apreciamos, el recurso a la superioridad del pueblo y al principio de supremacía de la Constitución sirvió a Hamilton para contrarrestar, en ese tiempo, las iniciales objeciones.

Ahora bien, también desde sus inicios, la facultad revisora de los tribunales ha tenido que enfrentar el embate de argumentos que objetan su carácter contramayoritario. Sin embargo, consideramos que es Alexander Bickel quien ha formulado de manera sistemática la idea de la dificultad contramayoritaria del poder judicial al reprochar a éste su carencia de fundamento democrático: “La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria a nuestro sistema... Cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una ley o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora, ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra. Esto, sin connotaciones místicas, es lo que realmente sucede”.⁶⁰ Bickel se cuestiona por qué razón los jueces que no son electos por el pueblo tienen la facultad para invalidar lo actuado por el Congreso y el Presidente que, en cambio, son electos en forma democrática.

Como Bayon lo afirma, la objeción de Bickel se manifiesta de dos formas: una que apunta a la idea de primacía constitucional, ya que si la democracia se

⁶⁰ Bickel, Alexander M, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, p.16.

entiende como el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir; y además, una objeción que afecta directamente al control judicial de constitucionalidad y que inquiriere qué legitimidad tienen los jueces como funcionarios no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador reputado como democrático.⁶¹

La primera forma de manifestación de la objeción contramayoritaria se traduce en lo que se ha denominado como la “tiranía del pasado” que se produce cuando en el texto constitucional de carácter rígido se establece el atrincheramiento de un conjunto de cuestiones controvertidas tales como cuestiones morales o políticas relevantes, lo que es considerado, en primera instancia, como una trasgresión a la autonomía y derecho a la libre determinación de las generaciones sucesivas que no participaron en la cristalización del pacto constituyente.⁶²

La alusión a la “tiranía del pasado” lleva implícita una actitud de reticencia a considerar como algo valioso, peculiar y distintivo el momento constituyente originario, inquiriéndose al mismo tiempo las razones por las cuáles no puede existir posteriormente un nuevo consenso conformado por la voluntad actual de la ciudadanía.

Sería posible entonces preguntarse si este argumento intertemporal socava la posibilidad de la judicial review, y en una primera vista, dice Gargarella, la respuesta podría ser que sí. Sin embargo, él mismo, citando un argumento de Ackerman, abre una posibilidad a favor de la judicial review: “El hecho de que admitamos la posibilidad de que surjan nuevos consensos amplios y profundos, tan relevantes como el consenso constitucional original, no nos lleva necesariamente a descartar el valor del control judicial”.

De acuerdo con la sugerencia de Ackerman “los jueces deberían declarar inválidas todas aquellas leyes que fueran contrarias a la Constitución –tal como

⁶¹ Bayón, Juan Carlos. *Derechos, Democracia y Constitución*, op.cit, p. 214..

⁶² Peña Freire. Antonio Manuel. “Constitucionalismo Garantista y Democracia”, *Revista Crítica Jurídica*. No. 22. p. 35.

lo pedía Hamilton- pero además deberían atacar todas aquellas normas que contradigan los más sustanciales acuerdos sociales aparecidos luego del dictado de la Constitución”.⁶³

Empero, debemos tener presente la distinción que Ackerman hace respecto a lo que, en su perspectiva, son los dos tipos de decisiones que el pueblo puede tomar en un régimen democrático: en primer término, las decisiones que él denomina superiores (constitucionales) que entrañan una movilización y debate intenso de parte de los ciudadanos, como sería el momento histórico de promulgación de una Constitución en el que se involucran los fundamentos mismos de la estructura social y política; y en segundo lugar, el conjunto de decisiones ordinarias, que el pueblo toma a través de sus representantes legislativos, decisiones que, a diferencia de las primeras, no presuponen amplios debates sociales.

Este segundo tipo de decisiones ordinarias pueden ser anuladas por los jueces. Lo que no sería correcto es que los jueces pretendan invalidar, mediante argumentos que recurran a una supuesta oposición de la ley con relación a la Constitución originaria, una decisión del cuerpo legislativo cuando la misma sea el producto de un amplio consenso y movilización de la mayoría. En ese caso, el juzgador si se ubicaría en un posición contramayoritaria.⁶⁴

3. LA IRRUPCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO POPULAR.

Dentro de las corrientes contemporáneas más importantes que han revitalizado la tesis de la objeción o dificultad contramayoritaria resalta el denominado “constitucionalismo popular”.

El profesor Larry Kramer, uno de los más importantes representantes de esta corriente define al constitucionalismo popular en términos de una postura jurídica que concibe que las autoridades tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno

⁶³ Gargarella, Roberto, “La Dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*. No. 6. 1997. p. 57-59

⁶⁴ *Idem*

cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la supervisión y corrección directa del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente.⁶⁵

Para Kramer, es necesario partir de la interpretación histórica del papel desempeñado por el pueblo en el desarrollo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica en sus primeros años de existencia, y piensa que el máximo poder en materia de interpretación y guarda de la Constitución es el pueblo y que, por lo tanto, es necesario devolverle dicho poder para que lo ejerza. Según Kramer, las interpretaciones constitucionales de la Suprema Corte deben someterse a una especie de diálogo nacional y ser susceptibles de ser rechazadas por el pueblo.

Lo que Kramer pone en entredicho es la facultad de la Corte Suprema para constituirse como intérprete final de la Constitución, a diferencia de otras posturas más extremas dentro del mismo constitucionalismo popular que directamente proponen eliminar la revisión judicial del sistema normativo, como es el caso de Mark Tushnet que representa una de las versiones más radicales de esta perspectiva.

El trabajo de Tushnet constituye también una de las versiones más importantes del constitucionalismo popular. Pero la versión del constitucionalismo popular de este autor es más radical que la del profesor Kramer, quien solamente controvierte la facultad de la Corte Suprema para constituirse como la intérprete final de la Constitución. En cambio Tushnet se pronuncia por eliminar el control judicial de constitucionalidad. Según Tushnet es posible hacer la distinción entre lo que él denomina la parte “robusta” de la Constitución y una parte “fina” de la misma.

La parte “robusta” es relativa a la parte orgánica en la que se establece la organización del poder político. La parte fina está relacionada con los derechos

⁶⁵ Kramer, Larry. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004, p.962.

y los intereses vitales del pueblo establecidos en el Preámbulo y en la Declaración de Independencia redactados por Thomas Jefferson. La parte medular de la Constitución es la parte fina, pues los desacuerdos fundamentales sobre el significado de esta parte de la Constitución son lo importante y deben ser resueltos correctamente por el pueblo por medio de los mecanismos ordinarios de deliberación pública.⁶⁶

Para Tushnet son los dirigentes políticos las personas que hablan por el pueblo y las únicas capaces para identificar sus intereses vitales. La tesis del constitucionalismo popular de Tushnet considera que el pueblo, sin necesidad de la intervención de los tribunales, puede hacer a un lado lo que la Corte Suprema determine en materia constitucional, siempre y cuando esté buscando una interpretación razonable de la parte que él denomina como Constitución fina.⁶⁷

La *judicial review* es vista por este autor como un obstáculo para que los derechos de las personas se hagan valer a través de mecanismos políticos de representación, puesto que, los legisladores y votantes no se preocupan por proteger los derechos y valores, pues éstos saben que, finalmente, serán los jueces los que harán cumplir la Constitución. Siguiendo a Tushnet si se dejara a la parte de la Constitución que consagra los derechos y los intereses de los individuos fuera del control de los tribunales, correspondería al Congreso y al Presidente asumir la responsabilidad apelando a la decisión de la opinión pública.

Como se aprecia, las versiones de Larry Kramer y Mark Tushnet representan dos de las facetas del constitucionalismo popular, que con diferente intensidad, controvierten el control judicial de la constitucionalidad.

Sin embargo, pese a las posibles diferencias de matiz que pudieran encontrarse en los exponentes del constitucionalismo popular, es factible encontrar una serie de criterios o puntos comunes regularmente expuestos por

⁶⁶ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999, p. 13-14.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 33.

los autores de esta corriente. En ese sentido, siguiendo uno de los trabajos más recientes de Roberto Gargarella, estos criterios compartidos serían los siguientes:

- a) El desafío de la supremacía constitucional, quitando la Constitución de las manos de los tribunales.⁶⁸ Sin embargo, diríamos que habría que aclarar que esta característica encuadraría mejor en un tipo de constitucionalismo popular extremo, como el sustentado por Tushnet y no tanto por el de Kramer. O en su caso, separar la tesis de la supremacía constitucional, que sería apoyada sin reticencias por estos autores pero no así la acción de excluir la interpretación de la Constitución de las manos de los jueces. Pretensión que no encuentra apoyo, como lo hemos visto en todo el constitucionalismo popular.
- b) Oposición a una “sensibilidad anti-popular”. El constitucionalismo popular sostiene que muchas de las posturas asumidas por los miembros más prominentes de la comunidad jurídica, así como la defensa de la revisión judicial de las leyes se basa en ese tipo de sensibilidad. Al aludir a ella, Jack Balkin sostiene que ésta no solamente se encuentra en las élites jurídicas dominantes sino también en el “progresismo norteamericano”, dos visiones que muestran, para Balkin, “una profunda desconfianza hacia las preocupaciones de la gente común, un inflado sentido de la superioridad, un desdén por los valores populares, un temor frente a la regla de la mayoría, una confusión entre la capacidad técnica y la capacidad moral, y un hubris meritocrático”.⁶⁹
- c) Defensa de una interpretación extrajudicial. El constitucionalismo popular, formulando una teoría normativa, suele sostener el lugar

⁶⁸ Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer”, *Revista de Libros de la Fundación Caja Madrid*, Madrid, No. 112, Abril 2006, p. 15-19.

⁶⁹ Gargarella, Roberto, *op.cit.*, p.15-19.

privilegiado que debe tener la ciudadanía en la interpretación constitucional.⁷⁰

- d) La formulación de una relectura crítica sobre los efectos del control judicial. El constitucionalismo popular pretende desacralizar y desmitificar las visiones dominantes en torno al impacto de las decisiones de los tribunales, particularmente las decisiones de la Corte Suprema. Se articula entonces un discurso que tiende a poner en entredicho la importancia y efectividad, así como el protagonismo social de las decisiones de los tribunales.⁷¹
- e) El derecho fuera del derecho. Los trabajos de los constitucionalistas populares “muestran la indiferencia (sino la actitud hostil) que suelen mantener los tribunales (y la comunidad académica, en general) respecto del modo en que la propia ciudadanía, en los hechos, genera ‘sentido jurídico’”. Robert Cover, citado por Gargarella, asienta que una de las tareas judiciales más características es la de eliminar ciertas visiones alternativas del derecho. En opinión de este autor, “las historias que cuentan quienes resisten al derecho, las vidas que viven, el derecho que hacen debían pasar a jugar un rol más importante a la hora de definir el contenido y el significado del derecho.”⁷²
- f) Impulso de una mayor democracia y participación. Los autores del constitucionalismo popular sostienen la común preocupación por impulsar una mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas, distinguiéndose de otras corrientes que observan esa participación como riesgosa. En su defensa de la soberanía popular, el constitucionalismo popular tiende a valorar más las manifestaciones de la “cultura popular” con lo que ella pueda incluir de “indisciplinado”, “vulgar”, o no-refinado. Además, se favorecen medidas institucionales

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Idem.*

tales como la rotación en los cargos, mandatos cortos y la descentralización del poder.⁷³

4. LAS OBJECIONES AL CONSTITUCIONALISMO POPULAR.

Las críticas que se vierten sobre el constitucionalismo popular giran en torno a su ambigüedad. Su falta de contornos precisos para caracterizar, tanto al “poder del pueblo” como al papel desempeñado por el poder judicial. En lo que sigue utilizaré la caracterización formulada por los profesores Larry Alexander y Lawrence Solum. Estos autores ubican seis proposiciones principales de esta corriente:

El pueblo mismo elabora la Constitución.

El pueblo mismo hace cumplir la Constitución.

El pueblo mismo interpreta la Constitución.

Esas interpretaciones son obligatorias.

Esas interpretaciones son definitivas y finales para las instituciones de gobierno. Por tanto, los actos de gobierno están sujetos a la revisión por parte del pueblo.

Las decisiones constitucionales del pueblo están por encima del texto de la Constitución escrita.⁷⁴

Como se aprecia, la omnipresencia del pueblo en la gestación, aplicación e interpretación de la Constitución genera sendos problemas, pues el popular constitucionalismo no explicita la manera en la que sería posible unificar la voz del pueblo. De la misma forma no se establecen los mecanismos orgánicos mediante los cuales se asegure la calidad del pueblo como posible último intérprete de la Constitución. Pero más aún, los autores del constitucionalismo popular no suelen formular aproximaciones conceptuales sobre lo que deberíamos entender con la expresión “pueblo”.⁷⁵ Una expresión, por lo

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ Alexander, Larry y Solum, Lawrence B., “Popular?Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, Tomo 118, 2005, p. 1616.

⁷⁵ Sobre la equívocidad de la expresión “pueblo”, Giovanni Sartori proporciona un mínimo de seis posibles desarrollos interpretativos del concepto: “pueblo” como literalmente todos; “pueblo” como pluralidad aproximada: un mayor número, los más; “pueblo” como populacho, clases inferiores,

demás, sumamente equívoca, pues como ya Kelsen lo advertía, para cualquier investigación que inquiera sobre la realidad de los hechos no hay precisamente nada más problemático que aquella unidad designada con el nombre de “pueblo”.⁷⁶

Erwin Chemerinsky arguye que el enfoque del constitucionalismo popular, en realidad sobrestima el cumplimiento de la Constitución por parte de las otras dos ramas del poder público y que ese optimismo se ha convertido en un argumento en contra de la necesidad de la *judicial review*; además, es usual que los constitucionalistas populares se centren solamente en el trabajo de la Corte Suprema al argumentar que la revisión judicial no es necesaria, cuando en realidad, lo que se requiere es que se tome en cuenta también el cúmulo de decisiones del resto de los tribunales del sistema judicial, incluidos los tribunales de los estados.⁷⁷

Otra de las críticas se articularía en el sentido de la excesiva fe que la corriente pone en los poderes electos para proteger las libertades. El constitucionalismo popular asume que porque dichos poderes algunas veces protegen las libertades siempre se puede confiar en que lo hagan. Además se basa en una hipótesis romántica de que el pueblo puede confiar en el progreso de los valores de la Constitución y en la protección de esos valores por el pueblo. Eso, en ocasiones, en efecto se produce, pero en otras muchas situaciones se desemboca en la tiranía de la mayoría. A lo largo de la historia,

proletariado; “pueblo” como totalidad orgánica e indivisible; “pueblo” como principio de mayoría absoluta; “pueblo” como principio de mayoría moderada. Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, México, 2003, p. 34. Advirtiendo también sobre la equivocidad de la expresión “pueblo”, Hans Kelsen sostiene que: “Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, representa –según el criterio sociológico– más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea. Sólo puede considerársele como unidad en sentido normativo, pues la unidad del pueblo como coincidencia de los pensamientos, sentimientos y voluntades y como solidaridad de intereses, es un postulado ético político afirmado por la ideología nacional o estatal mediante una ficción generalmente empleada y, por ende, no sometida a revisión. En definitiva, la unidad del pueblo es sólo una realidad jurídica que puede ser descrita con alguna precisión en los siguientes términos: unidad de ordenación jurídica del Estado reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella. Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Colofón, México, 2002, pp. 30-31.

⁷⁶ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...op.cit*, p. 30.

⁷⁷ Chemerinsky, Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, Núm 3, 2004, pp. 682,683.

las mayorías han perseguido a las minorías raciales, religiosas y políticas. Eso también ha constituido una manifestación del “constitucionalismo popular”.

5. LA DENUNCIA DEL ELITISMO EPISTEMOLÓGICO

Otra de las manifestaciones de la objeción contramayoritaria directa contra la *judicial review* irrumpe cuando se sostiene la tesis de una ruptura con una concepción del ideal democrático y se sostiene que cuando se instaure el control judicial de la constitucionalidad en realidad se transita de un paradigma de toma de decisiones colectivas a otro esquema considerado, en una primera instancia, como elitista, en el que las decisiones finales son tomadas por un grupo de funcionarios judiciales a los que se les reprocha no haber sido elegidos por el pueblo ni ostentar responsabilidad política alguna, además de no estar sujetos a una renovación periódica de sus mandatos. La postura que denuncia el elitismo epistemológico se podría diferenciar de la corriente del constitucionalismo popular en virtud de la posición escéptica que la primera muestra ante las presupuestas destrezas intelectuales de los jueces para alcanzar conclusiones morales correctas.

Las Cortes Supremas –sobre todo las que siguen el paradigma estadounidense- se conforman por grupos de jueces propuestos por el presidente y ratificados por el legislativo, con mandatos vitalicios.

Calificadas por sus detractores como órganos aristocráticos deben enfrentar las dudas acerca de las razones por las cuales ellos deberían tener la última palabra en la determinación de los derechos individuales.

Carlos Santiago Nino, sostiene, por ejemplo, que la perspectiva común de origen conservador que considera que los jueces están en una mejor posición que los parlamentos o que otro tipo de funcionarios de origen democrático se deriva de una concepción que asume un cierto tipo de elitismo epistemológico.

El elitismo epistemológico, en palabras de Nino, presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más

importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión.⁷⁸

En términos generales, Nino se pronuncia en contra de la justificación de la institución de la *judicial review*, orientándose por una “teoría epistémica de la democracia” y orientando sus preferencias hacia lo que ha llamado una “democracia deliberativa”. Nino advierte que la virtud fundamental de ésta es la de posibilitar la transformación de los intereses y preferencias de las personas a través de mecanismos de deliberación colectiva y sostiene, además, que el diálogo es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias auto interesadas en preferencias imparciales al dotar de valor epistémico al consenso.

Nino acepta que su concepto de democracia esta situado en una dimensión normativa, puesto que su justificación epistémica envuelve una serie de exigencias que, al proyectarse a la realidad, posibilita jerarquizar los procesos políticos existentes según el grado de satisfacción a tales exigencias.⁷⁹

Esas exigencias son las de un proceso de discusión en el que participen, con la mayor libertad igualitaria posible –en términos de tiempo, medios de supresión, oportunidad de conocer los hechos relevantes, etc.- todos los afectados por la decisión.

Bajo ese modelo normativo, los sujetos afectados deben justificar la solución que proponen sobre la base de principios que tengan ciertas propiedades formales, así como deberán expresar los intereses que debiendo ser reconocidos no lo son en virtud de los principios alternativos propuestos por los demás. Asimismo, se presupone también la existencia de un mecanismo de formación de la decisión colectiva que compute igualitariamente la propuesta

⁷⁸ Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*, op.cit., p.260.

⁷⁹ Nino, Carlos Santiago, “La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas”. *Derecho, moral y política. Fundamentos de liberalismo político, derechos humanos y democracia deliberativa*. Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 211.

de cada uno y que haga de ella una función directa de la propuesta con mayor número de adhesiones.⁸⁰

Consciente de que no hay un modelo político real capaz de contener todas estas exigencias, el profesor Carlos Santiago Nino considera que sí es posible bosquejar en el terreno de las democracias reales mayores o menores aproximaciones a su concepción normativa de la democracia, en la que la condición *sine qua non* de su justificación epistémico de la misma es la participación en el debate y en la decisión de los propios afectados por ella.

Nino sostiene que su concepción normativa sobre la democracia es explícitamente epistémica y se basa en la confianza de que el procedimiento democrático genera, en grados variables, una dinámica de acción colectiva que tiene una tendencia mayor a aproximarse a decisiones imparciales que cualquier otro procedimiento alternativo de decisión.⁸¹

Al considerar que el acceso a decisiones democráticas no es posible mediante procesos elitistas o sectarios sino mediante un proceso colectivo, abierto, de discusión libre y racional entre todos los posibles interesados, de modo que, según nuestro autor, el consenso que se obtuviera como resultado de esa discusión gozaría de una fuerte presunción de que refleja la verdad moral, el control judicial de constitucionalidad constituiría una institución que no entra, en términos generales, en los cánones de la concepción epistémica de la democracia.

Empero, este autor admite tres excepciones a la negativa del control judicial de constitucionalidad. En la primera de ellas, el profesor argentino utiliza una de las tesis clásicas expuestas en torno a problema de la legitimidad de las Cortes Supremas –y de las que, con mayor detenimiento, nos ocupamos posteriormente- como lo es la tesis de John Hart Ely. En esta excepción a la negativa de la judicial review, el juez constitucional cumple una función básica como árbitro en el proceso político democrático.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ Nino, Carlos Santiago, *op.cit.*, p. 212.

Se trata de saber quién debe asegurarse del cumplimiento de las reglas del proceso democrático y esa función de monitoreo es asignada al juzgador quién, en términos de Nino, debe asegurar que ciertas condiciones en las que se basa el valor epistémico de la democracia sean alcanzadas con el mayor éxito posible. “Este valor depende de varios factores, incluyendo la amplitud de la participación en la discusión entre aquellos potencialmente afectados por la decisión que se tome; la libertad de los participantes de poder expresarse por sí mismos en una deliberación; la igualdad de condiciones bajo las cuales la participación se lleva a cabo; la satisfacción del requerimiento de que las propuestas sean apropiadamente justificadas; el grado en el cual el debate es fundado en principios en lugar de consistir en una mera presentación de intereses; el evitar las mayorías congeladas; la extensión en que la mayoría apoya las decisiones; la distancia en el tiempo desde que el consenso fue alcanzado; la reversibilidad de la decisión”.⁸²

En segundo término, Nino atribuye otra excepción a la negativa al control judicial de la constitucionalidad cuando se refiere a la autonomía moral personal de los juzgadores. La autonomía moral, en palabras de Nino, consiste en la libre adopción de ideales de excelencia personal y planes de vida basados en ellos. En este ámbito, ni siquiera el dato de la imparcialidad es necesario. Lo único relevante es el juicio de los individuos que juzgan. “Dadas estas consideraciones, la discusión y la toma de decisiones en forma colectiva no son en forma sustancial más confiables que la reflexión individual y la toma de decisiones para arribar a soluciones moralmente correctas.”⁸³

Finalmente, un tercer argumento para justificar el control judicial de constitucionalidad expuesto por Nino, es el que se basa en la pretensión de que las decisiones democráticas que ostentan el valor epistémico adquieran mayor eficacia. De esta forma, una decisión democrática puede reunir las condiciones requeridas por un tipo de constitucionalismo liberal y participativo,

⁸² Nino, Carlos Santiago, *op.cit.* p. 273.

⁸³ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p.278.

sin embargo, vulnerar, al mismo tiempo, el estado de derecho identificado, sobre todo, con la noción de la constitución histórica. “En esta situación el juez puede intervenir en forma justificada para invalidar la ley democrática a fin de proteger la convención constitucional que garantiza la eficacia de las decisiones democráticas mismas”.⁸⁴

Como se puede apreciar en la tesis de Carlos Santiago Nino uno de los aspectos que podrían suscitar la crítica es su concepción de que a través de la democracia deliberativa se puede acceder a un juicio ético verdadero que Nino hace depender de que éste sea aceptado en condiciones de plena racionalidad, imparcialidad y conocimiento de los hechos. Consciente de esta crítica llegó a aducir que lo que hace la democracia deliberativa es maximizar la imparcialidad, la racionalidad y el conocimiento que, cuando se dan en grado supremo, garantizan el consenso unánime sobre ciertos principios, que son, por definición, afirma el autor, los principios válidos de moral social.

Sin embargo, Nino no deja claro cómo conciliar su idea normativa de la democracia deliberativa capaz de encontrar principios que reflejen la “verdad moral” con esa maximización de la imparcialidad y la racionalidad. La maximización de la imparcialidad y la racionalidad no garantizan el consenso unánime sobre los principios. Además, se puede sugerir que aún con la maximización de la imparcialidad, es difícil garantizar que ciertos intereses, verbigracia, los intereses de las minorías, no vayan a quedar excluidos o subestimados.

6. EL DIÁLOGO INTERORGÁNICO ENTRE LAS CORTES CONSTITUCIONALES Y EL PODER LEGISLATIVO.

Si bien el dilema contramayoritario es un problema que involucra argumentos filosóficos que suelen manifestarse en un plano normativo o, expresado en otro giro, en el campo del deber ser, -algunos de los cuales nos hemos abocado en las consideraciones previas, y en otros más centraremos la

⁸⁴ *Ibidem.* p. 281.

discusión en los capítulos subsecuentes- consideramos que es importante plantear cómo en el escenario del diseño institucional, la introducción de diálogos orgánicos entre los tribunales constitucionales y los parlamentos o congresos se puede considerar como una vía que, en el terreno de los hechos, se ha considerado, permitiría superar o, cuando menos aminorar, el dilema contramayoritario. Algunos de los modelos que propician esta deliberación interorgánica provienen de esquemas basados en la estructura de constituciones flexibles, es decir, constituciones que pueden ser reformadas o adicionadas mediante el mismo procedimiento legislativo ordinario. Al mismo tiempo, una buena parte de estos esquemas normativos son reflejo de cambios constitucionales ocurridos en los países de la *Commonwealth*, como Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido, cuyos cambios constitucionales se producen entre 1982 y 1998.

Estos países rechazan las características centrales del modelo americano, consistentes en la presencia de una Constitución rígida y un sistema fuerte de control de la constitucionalidad, diseñando, por el contrario, sistemas amparados en la existencia de constituciones de carácter flexibles y mecanismos débiles de revisión de la constitucionalidad en los que los tribunales constitucionales dejan de tener la última palabra en materia de interpretación constitucional. Buscando superar el dilema contramayoritario, los diseños de diálogo interorgánico tratan de conciliar la protección de los derechos fundamentales con la reivindicación de la soberanía parlamentaria.

En el caso de la Carta de Derechos canadiense, la búsqueda del diálogo sobre la interpretación de la Carta de Derechos canadiense se auspicia, básicamente, a través del contenido de dos preceptos. Por un lado, el artículo primero de la Constitución, que constituye un precepto limitativo general de los derechos fundamentales contemplados en la misma. Dicha cláusula garantiza los derechos y libertades fundamentales pero al mismo tiempo contempla la posibilidad de que tales derechos se sujeten a “límites razonables” previstos

por la ley y que encuentren su justificación en una “sociedad democrática y libre”.

En base a la lectura de este precepto se entiende que el principio tradicional de supremacía constitucional no se sostiene en el diseño constitucional canadiense y que, además, la noción de los derechos fundamentales no queda ligada al requisito del atrincheramiento. Sin embargo, el sentido del precepto de la cláusula limitativa se encuentra ligado a la redacción del artículo 33 que contempla la denominada “cláusula no obstante”, misma que contempla el derecho que tienen el parlamento federal o las legislaturas de las provincias para promulgar leyes que restrinjan o contravengan los derechos contenidos en la constitución. De esta forma, la carta canadiense permite que derechos sustanciales tales como la libertad de conciencia y religión; libertad de pensamiento, creencias, opinión y expresión; libertad de prensa y otros medios de comunicación; libertad de reunión pacífica y libertad de asociación, todos contemplados en el artículo segundo relativo a “libertades fundamentales” queden relativizados y sujetos al trabajo de la legislatura para su posible acotamiento o contravención.

Siguen la misma suerte las garantías jurídicas contenidas en los preceptos 7 al 14, donde la cláusula “no obstante” es susceptible de aplicarse al derecho a la vida, a la libertad y seguridad de las personas, así como las garantías básicas de los sujetos a detención o a proceso. Todos estos derechos y libertades pueden ser hechos a un lado desde el momento en que una ley se promulgue incorporando una declaración expresa en el sentido de que “operará no obstante” los derechos fundamentales contenidos en la Carta.

En sede jurisdiccional y ante un caso concreto en el que se ventile la posible restricción de derechos, ésta cláusula derogatoria impone a la Suprema Corte el deber de analizar el hecho de que si tal restricción está legitimada en la medida en que se encuentre prevista en la ley y es razonable y justificada en el contexto de una sociedad democrática.

Por tanto, el control judicial de la constitucionalidad de los derechos involucra dos pasos. Por medio del primero, se determina si la ley controvertida vulnera o no un derecho de la Carta Canadiense. Si el Tribunal Constitucional determina que no, el proceso concluye y la ley mantiene su validez. En caso de que la ley sea considerada como violatoria de los derechos incluidos en la Carta, la revisión pasa a un segundo paso, tendiente a identificar si la norma encuentra su fundamento en lo dispuesto por el artículo primero de la Constitución y, pese a restringir derechos, su existencia pueda ser justificada a la luz de lo que el texto constitucional denomina los límites de una sociedad libre y democrática.⁸⁵

En la determinación de este segundo paso, el mismo Tribunal Constitucional canadiense ha establecido, a través del caso *R. v. Oakes* (1986), cuatro criterios que se deben observar: primero, que la ley debe orientarse a la búsqueda de un objetivo que sea suficientemente importante para justificar la limitación a un derecho protegido por la Carta; segundo, se debe establecer una conexión racional entre la ley y el objetivo; tercero, la limitación que ejerce la ley sobre el derecho no debe ir más allá de lo necesario para cumplir con su objetivo; y, cuarto, la ley no debe ocasionar un efecto desproporcionado en las personas a quienes se aplica.⁸⁶

Ahora bien, en la Carta de Derechos canadiense no se asume que las decisiones judiciales sean siempre las que tengan la última palabra en materia de derechos fundamentales, pues la legislatura puede responder a las sentencias que traten a las leyes como inconstitucionales derogando la decisión del tribunal haciendo uso de la cláusula contemplada en el artículo 33. La ley objeto de la declaración “no obstante” producida por el parlamento contará con una vigencia máxima de cinco años, por lo que formalmente, la Carta canadiense deja abierta la discusión sobre el alcance y restricción de los derechos fundamentales.

⁸⁵ Mathews Samper, Luisa, “Introducción al estudio de la Constitución de Canadá”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, No. 22, 2004, p. 268.

⁸⁶ *Ibidem*.

Precisamente por el diseño de la cláusula limitativa de derechos, así como por el contenido de la “cláusula no obstante”, los defensores de la Carta de Derechos canadiense han sostenido que ésta propicia y fomenta el diálogo. Sin embargo, en un estudio sobre los efectos de la carta de derechos canadiense, Janet Hiebert señala que hasta el momento es engañoso aseverar que la Carta propicia un significativo diálogo, puesto que, la mayoría de las veces el parlamento simplemente reacciona a las decisiones judiciales que resuelven que las leyes son inconstitucionales. Afirma que, en realidad, existe solamente un monólogo: las decisiones judiciales y las reacciones parlamentarias, sin que exista realmente una deliberación jurídica y política.⁸⁷ Empero, reconoce que la Carta, en términos generales ha significado una contribución positiva a la política canadiense, puesto que ha generado una mayor sensibilidad tanto en los ciudadanos como en los diversos niveles del gobierno.

La Carta, además, realiza una importante aproximación a la cuestión de la resolución de conflictos en torno a los derechos: mediante la Carta se protegen los derechos; la cláusula derogatoria protege contra los conflictos político-judiciales irresolubles; y el incremento de la cultura de los derechos protege contra el mal uso de la cláusula derogatoria. Se trata, en su visión, de un interesante y funcional sistema de pesos y contrapesos.

Pero la Constitución de Canadá no es la única que incorpora instituciones semejantes a la cláusula “no obstante”. Entre las Constituciones que la contienen se encuentra la de Portugal, aunque en el caso de éstas se cuenta con mecanismos agravados, a diferencia de la canadiense, que no requiere de mayorías calificadas.

En el caso de la institución portuguesa, se establece en su Constitución un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, que el Presidente de la República puede solicitar al Tribunal Constitucional sobre cualquier norma contenida en un tratado internacional que le haya sido sometido para su

⁸⁷ Hiebert, Janet L, “Los efectos de la carta de derechos y libertades en la política canadiense”, en Mitjans, Esther y Castilla, Joseph M., (coord), *Canadá. Introducción al sistema político y jurídico*,. Centro de Estudios Canadienses. 2001, p. 206.

ratificación, de todo decreto que le haya sido enviado para su promulgación como ley o como decreto-ley o de cualquier acuerdo internacional cuyo decreto de aprobación le haya sido remitido para su firma.

En el caso de que el Tribunal Constitucional se pronuncie por la inconstitucionalidad de una norma, el sistema contempla la posibilidad de que el órgano legislativo lo confirme por una mayoría de dos tercios de los diputados presentes, siempre que esa cifra sea superior a la mayoría absoluta de los diputados en el ejercicio efectivo de sus funciones. El texto constitucional de Portugal admite entonces que el Parlamento apruebe una ley que, a través del control previo de la constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucional.

Se puede considerar que el sistema portugués posibilita una más explícita deliberación interorgánica si lo comparamos con el sistema previsto por la Carta canadiense, al propiciar el debate entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento antes de la entrada en vigor de la norma legislada, lo cual parece constituir una de las ventajas de los sistemas de control de la constitucionalidad que involucran como parte de su complejidad, el control preventivo.

Por otra parte, en otra experiencia normativa comparada, la Carta de Derechos de Nueva Zelanda, contempla un sistema en el cual, si bien se impone a los jueces el mandato de que interpreten la legislación de modo compatible con la Carta, otra de las secciones prohíbe a los tribunales de manera expresa invalidar o dejar de aplicar las leyes aún cuando consideren que la ley es inconsistente con alguno de los derechos de la Carta, estableciéndose así, aunque no de manera expresa, la facultad que tiene los tribunales para emitir declaraciones de inconstitucionalidad, pero dejando la última palabra interpretativa al legislador.

Asimismo, el sistema previsto en la Carta de Derechos de Nueva Zelanda es similar al sistema británico, previsto por la *Human Rights Act*, a partir de 1998. En el caso británico, se trata de un sistema que no consagra una carta de derechos de carácter rígido, ni tampoco un control fuerte de revisión judicial

de la constitucionalidad de las leyes, en ese sentido, los jueces no ostentan la facultad para invalidar las leyes emitidas por el Parlamento, pero si pueden formular declaraciones de incompatibilidad de las normas con las leyes fundamentales. La Carta de Derechos del Reino Unido plantea a los jueces que, en la medida de lo posible, la legislación primaria y la legislación subordinada debe ser leída y aplicada de modo compatible con los derechos de la Convención. Y en caso de que esto no sea posible, se faculta al juez para realizar una declaración de incompatibilidad de la ley con la Carta de Derechos. Esta declaración no produce la invalidez de la ley considerada incompatible ni suprime sus efectos, dejando entonces la última palabra en la figura del Parlamento.

Como se aprecia, una constante entre los sistemas de control que posibilitan o presuponen el diálogo entre los tribunales constitucionales y la figura de la representación política, es el carácter no vinculativo que tienen las declaraciones de inconstitucionalidad de los jueces constitucionales al no producir la anulación de la decisión legislativa y, por ende, quedar solamente en el nivel de una objeción razonada a la argumentación esgrimida como motivación del acto legislativo.

7. LA SOCIEDAD ABIERTA DE LOS INTÉRPRETES CONSTITUCIONALES.

Una de las aportaciones más importantes que se han generado en el ámbito de las teorías contemporáneas sobre la Constitución, la constituye el trabajo del jurista alemán Peter Häberle. Uno de los aspectos fundamentales que dan cuerpo a su vasta obra es su idea sobre la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. La presencia de un segmento del aparato conceptual del profesor Häberle en este capítulo relativo al dilema contramayoritario obedece a que considero que la propuesta de Häberle, al concebir como parte medular de una sociedad democrática la participación de los ciudadanos en la esfera hermenéutica fundamental, representa también una alternativa teórica que contribuye a controvertir la objeción contramayoritaria.

La tesis de Häberle es la siguiente: es necesario transitar de una sociedad cerrada de los intérpretes, caracterizada por la presencia de los intérpretes orgánicos típicos y por quienes participan formalmente en los procesos constitucionales, hacia una interpretación por y para la sociedad abierta, en la que los procesos de interpretación constitucional incluyen potencialmente a todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y todos los grupos, sin que exista un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución.⁸⁸

Peter Häberle considera que el concepto de interpretación está íntimamente relacionado con la “vivencia” de la norma. Esto es así porque quien vive la norma, también la interpreta. La interpretación de la norma constitucional no solamente es explicación y comprensión de la misma, piensa Häberle, sino que se requiere un concepto de interpretación más amplio, que involucre a los ciudadanos y a los grupos, a los órganos del Estado y a la opinión pública como “fuerzas productivas de la interpretación” que actuarían, por lo menos, como “intérpretes previos”, dejando la emisión de la última palabra en materia interpretativa constitucional al Tribunal Constitucional.⁸⁹

En la teoría del jurista alemán, las tesis tradicionales sobre la interpretación constitucional han subestimado el papel que los intérpretes “no oficiales” han ejercido históricamente sobre el texto constitucional: “Todo el que vive en y con las situaciones de hecho reguladas por la norma es intérprete de la misma de manera indirecta, e incluso directa. El destinatario de las normas participa más vigorosamente en el proceso interpretativo de lo que comúnmente se acepta. Puesto que no sólo los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos y ni siquiera los intérpretes primarios”.⁹⁰

Para Häberle, la inclusión que su teoría realiza sobre una pluralidad de intérpretes constitucionales no hace sino constatar la realidad de los procesos de interpretación. La interpretación constitucional irrumpe como un supuesto

⁸⁸ Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, *op.cit.*, p. 150.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 150-151.

⁹⁰ Häberle, Peter, p. 151.

democrático y como un elemento que pasa a formar parte de la cultura. Sin embargo, precisamente porque la interpretación constitucional aparece en Häberle como un supuesto democrático, es pertinente señalar como el profesor alemán sustenta su idea de la democracia en el “gobierno de los ciudadanos”, no en la idea de pueblo en sentido rousseauiano. Sostiene que en la democracia liberal, es el ciudadano y no el pueblo entendido como una magnitud uniforme, el que es el intérprete de la Constitución.⁹¹ Y precisamente por ello, en una democracia liberal adquieren prioridad las medidas de garantía de la libertad real, tales como la política de bienestar, la libertad de opinión, la constitucionalización de la sociedad mediante mecanismos como la estructuración de la división de poderes en el ámbito público y en el económico.

La teoría de Peter Häberle sobre la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales podría constituir una perspectiva que contribuye a aminorar los efectos del dilema contramayoritario del control judicial de la constitucionalidad, sin embargo, como lo ha destacado Diego Valadés, la teoría häberliana corresponde a un tipo evolucionado de sociedad, que presupone la presencia e injerencia de una sociedad altamente informada e integrada, por ende, la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales podría contribuir, en esas realidades culturales, al mantenimiento de la cohesión social y la adhesión a la Constitución. Lo que no sucedería en países con sociedades fragmentadas, sociedades en las que, por el contrario, la pluralidad de intérpretes constitucionales podría contribuir a aumentar la tensión social, en detrimento del funcionamiento de las instituciones y la consolidación del sentimiento constitucional.⁹² Pero aún así, la tesis de Häberle tendría, en la consideración de Diego Valadés, una doble función: por un lado, explica una realidad donde ya se produce, es decir en las sociedades europeas; y por el otro, indica una dirección, donde apenas se está configurando una nueva realidad.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 158-159.

⁹² Valadés, Diego, *Peter Häberle: un jurista para el siglo XXI*. Estudio Introductorio a El Estado Constitucional, *op.cit.*, p. XXXV-XXXVIII.

Empero, consideramos que la concepción de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, si bien de manera gradual y con ciertas particularidades, parece hacerse presente, quizá todavía de manera parcial, en la generación de nuevos diseños de participación ciudadana a partir de la estructura orgánica de algunas constituciones del continente americano, que no se caracterizan propiamente por la presencia de una ciudadanía plenamente integrada e informada, propiciándose, sin embargo, en algunos de estos países el desarrollo de canales de injerencia ciudadana en la construcción de la interpretación de las constituciones.

Es el caso del sistema de control jurisdiccional previsto en la Constitución de Colombia de 1991, texto fundamental que faculta a los ciudadanos para promover demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, contra las leyes, que tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación, el ciudadano considere vulneren la Carta colombiana. Además, el mismo texto faculta a los ciudadanos para demandar la inconstitucionalidad de los actos reformativos de la de la Constitución, cualquiera que sea el origen de estos, pero solamente por vicios de procedimiento en su formación.

De la misma forma, posibilita al ciudadano para denunciar la inconstitucionalidad contra decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con base en las facultades extraordinarias conferidas a éste por el Poder Legislativo y los que emita el Gobierno para poner en vigencia el Plan Nacional de Inversiones Públicas cuando el Congreso no lo aprueba en un término de tres meses después de su presentación, en ambos supuestos, el ciudadano puede invocar la inconstitucionalidad de los decretos tanto por su contenido material como por vicios en el procedimiento de creación.⁹³

El ejercicio de la acción de inconstitucionalidad del sistema colombiano ostenta un carácter público puesto que cualquier ciudadano, sufra o no un agravio personal y directo por la legislación, puede controvertir la congruencia

⁹³ Dichas facultades se encuentran previstas en el artículo 241 de la Constitución de Colombia.

de una norma inferior con la Constitución. En este sentido se ha concebido como un derecho prioritario de participación política que tiende a desarrollar a la democracia participativa. La propia Constitución colombiana en su artículo 40 considera, explícitamente, al derecho del ciudadano para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución como uno de los derechos que inciden en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Además, la acción ciudadana de inconstitucionalidad se caracteriza por su flexibilidad e informalidad, que no se sujeta, en su prosecución, a un exceso de reglas técnicas. Así, el Decreto 2067 de septiembre de 1991, que regula los juicios y actuaciones que se llevan a cabo ante la Corte constitucional, señala reglas mínimas en la tramitación de esta importante acción ciudadana. Para la tramitación de la demanda de la acción pública de inconstitucionalidad basta que se señalen y se transcriban de forma literal por cualquier medio las normas reputadas como inconstitucionales o en su defecto se exhiba un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; además, se deben señalar las normas constitucionales presuntamente vulneradas y las razones por las que dichos textos se estiman violados, así como la razón por la que se considera que la Corte es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad.⁹⁴

Otra de las características de la acción de inconstitucionalidad de Colombia que la aproximan a un escenario de apertura hermenéutica, es la posibilidad jurídica con la que cuenta todo ciudadano para comparecer al juicio como impugnador o defensor de las normas sometidas al control de la constitucionalidad en los procesos promovidos por otros ciudadanos.

Las perspectivas abiertas sobre el protagonismo hermenéutico de los destinatarios del derecho constitucional, como es el caso de la experiencia colombiana, pueden ser consideradas alternativas de diseño constitucional que permitirían relativizar la objeción contramayoritaria.

⁹⁴ Los requisitos de las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se contienen en el artículo segundo del Decreto 2067 de 1991.

8. EL PROBLEMA DE LAS SENTENCIAS *ERGA OMNES*

Las sentencias emitidas en el curso de los procesos vinculados al control de la constitucionalidad de la legislación ostentan una trascendencia no solamente jurídica, sino también, revisten una importancia política y social que usualmente no tienen las resoluciones emitidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios.

Esto es así porque el tipo de resoluciones generadas en el ámbito de la competencia de los tribunales constitucionales puede generar desde una mutación orgánica en el entramado institucional del sistema, o en su caso, derogar o abrogar una norma general y abstracta, así como producir una nueva adscripción de sentido o significado al texto normativo fundamental. Asimismo, su influencia puede recaer en la protección o en la restitución de los derechos fundamentales de los gobernados.

Conceptualmente la sentencia constitucional ha sido entendida como aquella cuya temática “no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aun más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta al resto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales tienen importancia precisamente porque cautelan, fundamentalmente dos aspectos que son clave, los derechos fundamentales y la jerarquía normativa”.⁹⁵

Considero que es precisamente un rubro de la tipología de las sentencias emitido por los tribunales constitucionales o, en su caso, por las cortes supremas, el que también se encuentra vinculado al dilema contramayoritario.

⁹⁵ García Belaunde, Domingo, “Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, No. 8, 2005, pp.139-144.

Me refiero a la dicotomía planteada entre sentencias constitucionales *erga omnes* o de efectos generales, y sentencias constitucionales de carácter concreto o *inter partes*.

Ya en sí misma, la expresión “sentencias *erga omnes*”, denota una carga de significado que se separa de lo que parece ser el uso paradigmático del vocablo “sentencia”, usualmente vinculado a la idea de una decisión o acto mediante el cual una figura heterocompositiva, el juzgador, resuelve y supera en el fondo, una controversia concreta, afectando solamente a las partes materiales involucradas en el litigio sometido al proceso jurisdiccional.

Por el contrario al aludir a las sentencias constitucionales con efectos *erga omnes* estamos ante la presencia de un modelo resolutivo puesto por primera vez en el diseño kelseniano del juez constitucional como “legislador negativo”, en el que las sentencias del juez constitucional que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de la ley impugnada generan un alcance general, cuyo efecto principal es derogar o abrogar, en su respectivo caso, una parte o la totalidad del producto legislativo.

Es aquí donde irrumpe, precisamente, la posibilidad de extender el aparato crítico de la objeción contramayoritaria, usualmente enfocado a la crítica de la existencia de los jueces constitucionales como figuras no representativas y no responsables. En este caso, el dilema contramayoritario se enfoca ya no directamente a la existencia de la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación, sino al impacto general o concreto que tendrán sus actos resolutivos.

En ese sentido, se han articulado una serie de objeciones a los efectos generales de las sentencias constitucionales. En primer término, se ha considerado que los jueces constitucionales no están facultados para emitir normas de carácter general puesto que, mediante ello, se proscribiera el derecho de todos los ciudadanos a participar en el amplio debate que encierra un proceso constitucional.

En segundo término, se piensa que los efectos *erga omnes* de las sentencias de contenido constitucional pueden propiciar un caos jurídico en el caso de los sistemas de control difuso de la constitucionalidad, al darse la posibilidad de que en un caso concreto un juez considere inconstitucional una norma mientras que otro juzgador, en un caso análogo, tenga un criterio distinto, por lo que se avizora, que al darse efectos generales a ambas resoluciones se generarían altos grados de incertidumbre jurídica.

En tercer lugar, se considera que los efectos genéricos de las sentencias constitucionales aumentan los riesgos de abuso del poder por parte de los operadores jurisdiccionales, en especial en contextos caracterizados por contar con instituciones débiles y frágiles democracias, además de la vulneración al ideal de la representación ciudadana y, por ende, a la estructura republicana de gobierno.

Empero, estas posiciones críticas ante los efectos *erga omnes* de las sentencias constitucionales se podrían objetar. Por ejemplo, la posición que considera que las sentencias *erga omnes* excluyen la deliberación puede atenuarse, puesto que, en todo caso la deliberación y el diálogo interorgánico, así como la participación popular pueden confluir en etapas anteriores a cualquier etapa resolutive. Orgánicamente, la presencia de una sentencia con efectos generales no implica el desplazamiento de la deliberación en momentos procesales anteriores a su emisión. Por otra parte, las sentencias con efectos particulares y concretos, es decir, las sentencias *inter partes*, no garantizan por sí mismas la existencia de un auténtico debate que materialmente preceda a la resolución.

Adicionalmente, el temor al caos que se generaría por los efectos *erga omnes* de las sentencias constitucionales en los sistemas de control difuso de la constitucionalidad puede constituir un falso problema. Las propias características de los sistemas difusos de la constitucionalidad señalan el carácter *inter partes* de las sentencias de los jueces de esos sistemas, y, además, el progresivo acercamiento entre los dos sistemas típicos de control

judicial de la constitucionalidad contempla el carácter de generalidad de las resoluciones del control difuso pero solamente en el nivel en que se consolida la figura del precedente o la institución del *stare decisis*, como un rasgo saliente de los sistemas difusos, la figura del *stare decisis* o la figura del precedente.

Además, como ya lo expusimos, se ha considerado que una sentencia que ostente efectos *erga omnes* vulnera el principio de la representación y altera el principio de la división de poderes, pero consideramos que la sola presencia del efecto general de una sentencia no violenta el principio de la representación ciudadana, que puede salvarse mediante los mecanismos de diálogo interorgánico o inclusive con la apertura del propio sistema a acciones populares de inconstitucionalidad. Además, en todo caso, el dilema por la posible ofensa de la representación por parte del control judicial de la constitucionalidad se extiende más allá de los posibles efectos del último momento de la prosecución judicial.

Finalmente, se puede afirmar que las críticas que se advierten hacia la posibilidad de una sentencia con efectos generales y abstractos se basan en una ideología que considera como portadoras exclusivas de la generalidad y la abstracción a las leyes emanadas del poder legislativo ordinario y que, al mismo tiempo, considera como requisitos esenciales de una sentencia, las características de particularidad y concreción. Se trata de una ideología muy afianzada en el pensamiento exegético del siglo XIX. Actualmente la generalidad, la abstracción, la concreción y la particularidad no se consideran requisitos esenciales de una norma jurídica.⁹⁶

⁹⁶ En la caracterización de las propiedades de generalidad, abstracción, particularidad y concreción sigo a Norberto Bobbio y entiendo como norma general aquella que se dirige a una universalidad de destinatarios; norma abstracta la que mantiene universalidad con relación a la acción tipo modalizada deónticamente; norma particular la que vincula a un sujeto que representa un individuo singular; norma concreta la que regula una acción particular. Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogota, 2002, pp.128-132.

9. LA CONSTITUCIÓN A DETALLE

Uno de los argumentos que se ofrecen para aminorar o, en su caso, diluir el dilema contramayoritario de la revisión judicial es el que se inclina por la existencia de constituciones que contengan, sobre todo, disposiciones específicas en lugar de principios abstractos. La parte medular de la argumentación a favor de la “Constitución a detalle” es la reducción de la discreción judicial de los jueces constitucionales.

Esta tesis se apoya en el presupuesto ideológico de que, a diferencia de los procesos legislativos ordinarios, los procesos de generación y reforma de las Constituciones reflejan de manera más nítida la voluntad popular en virtud de los mecanismos orgánicos de rigidez que caracterizan la promulgación o modificación de las normas constitucionales. Esa voluntad popular debe quedar resguardada en disposiciones constitucionales específicas que aminoren la discrecionalidad de los intérpretes constitucionales.

Una de las más influyentes concepciones teóricas que se han vertido en torno a la defensa de una Constitución a detalle es la desarrollada por Hans Kelsen, particularmente en su texto *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Para Kelsen, la aplicación de normas distintas a las normas jurídicas, tales como las que él denomina normas “superpositivas” y que son, dice el jurista vienés, las normas provenientes de un supuesto “derecho natural” que es colocado por encima de la Constitución positiva, deben considerarse particularmente excluidas en la interpretación de la Constitución.⁹⁷ El profesor señala que esas concepciones podrían desempeñar, particularmente en el ámbito del derecho constitucional, un papel sumamente peligroso. Kelsen señala que: “Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a conformarse con la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etcétera, como direcciones relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que sólo

⁹⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 77.

sería así cuando la Constitución fijara una dirección precisa, es decir, cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera... Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de justicia o cualquiera otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegio de jueces compuesto de manera más o menos arbitraria, desde el punto de vista político, como sería el tribunal constitucional. Para evitar un desplazamiento del poder – que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente contraindicado- del Parlamento a una instancia que le es extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un tribunal constitucional, abstenerse de ese género de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible.”⁹⁸

Ferreres, por su parte, siguiendo la terminología de Ronald Dworkin, considera que la concepción de una “Constitución de detalle” se basa en la teoría que considera legítimo que la Constitución establezca restricciones a la legislación que pueda aprobar el parlamento democrático, en la medida en que los procesos a través de los cuales la Constitución es aprobada (y reformada) expresan la voluntad popular de un modo más auténtico que los procesos legislativos ordinarios, en virtud de que el trabajo constituyente implica procedimientos más rígidos que las leyes ordinarias, lo que garantiza en mayor medida la incorporación de la voluntad popular.⁹⁹

En la inclinación hacia una Constitución de detalle se considera que la voluntad popular expresada a través del proceso constituyente debe quedar formulada en preceptos constitucionales específicos que no permitan ámbitos extensos de franquía para la interpretación como suele suceder con las cláusulas excesivamente abstractas. Pero además, esta concepción impone

⁹⁸ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 80

⁹⁹ Ferreres, Víctor. “Justicia Constitucional y Democracia”, en Carbonell, Miguel, (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. Porrúa-UNAM. México. 2005, p. 267-268.

ciertas cargas al juzgador para que evite utilizar como parámetro de validez de la ley, las cláusulas abstractas que la Constitución pudiera contener; así como la prohibición de recurrir a la analogía para extender el sentido de la disposición específica. Finalmente, se considera que el juez constitucional no debe interpretar las intenciones históricas del poder constituyente a partir de un elevado nivel de abstracción.¹⁰⁰

Sobre la Constitución de detalle se podría advertir que sus alcances podrían enfocarse, aparentemente sin grandes problemas hermenéuticos a las partes orgánicas o procesales del texto, mismos que podrían expresarse mediante las fórmulas canónicas de expresión de las reglas; en cambio, difícilmente la Constitución detallista tendría éxito en la parte relativa a los contenidos de los derechos fundamentales protegidos por el texto constitucional, en virtud de que sería complicado considerar que de antemano se podrían fijar de manera exhaustiva la totalidad de las condiciones y las formas específicas de ejercicio de tales derechos, mismos que por su propio carácter de “fundamentales” tienden a expresarse con amplios márgenes de textura abierta.

La presencia de conceptos esencialmente controvertidos en las Constituciones complica la tesis de una Constitución de detalle. Estos conceptos presentan ciertas características, siguiendo a Marisa Iglesias Vila, quien reconstruye lo que ya en 1956, el filósofo Walter Bryce Gallie denominó con ese nombre: a) se trata de conceptos evaluativos, pues presentan siempre una dimensión valorativa al expresar un valor o referirse a algo que se valora positiva o negativamente. Aquí se trata de una categoría de términos o expresiones con un significado evaluativo y que, por tanto, usamos principalmente para asignar un valor a cierto estado de cosas; b) Los

¹⁰⁰ *Ibidem.* p 268.

conceptos esencialmente controvertidos son conceptos complejos, porque se refieren a estándares y bienes sociales a los que atribuimos un carácter o una estructura compleja. A pesar de que se considera y se valora el bien en su conjunto, éste tiene diferentes aspectos que pueden ser relacionados entre sí de diversas formas, por lo que se requiere elaborar teorías o juicios complejos que involucren otros conceptos, para poder indicar cuál es la relación de prioridad entre los diferentes rasgos conceptuales; c) Los conceptos esencialmente controvertidos son conceptos argumentativos, puesto que existen algunos conceptos relativos a instituciones sociales que suelen estar envueltos en una permanente controversia. Esta controversia no se concreta en un mero conflicto de intereses y actividades, sino en un debate acerca del uso adecuado de los términos que se utilizan. Los conceptos esencialmente controvertidos suscitan o dan cuenta de ciertos debates semánticos caracterizados, en primer término, por el tipo de desacuerdo existente entre los interlocutores y, en segundo lugar, por la actitud de estos interlocutores ante el desacuerdo; d) Los conceptos esencialmente controvertidos son conceptos funcionales, ya que la existencia de estos conceptos garantiza que se producirán determinados debates porque su función no consiste en generar consenso. Lo que hace que un concepto sea esencialmente controvertido es, precisamente su dimensión dialéctica: la demanda de justificación de cualquier posición que trate de dar contenido a este concepto.¹⁰¹

10. EL RECURSO AL CONSTITUCIONALISMO THAYERIANO.

Otra de las formas tendientes a matizar o disuadir lo que desde los tiempos de Jefferson se ha denominado, por sus críticos, “el gobierno de los jueces”, es el de recurrir a modelo de deferencia hacia el legislador. Y una de las variantes que mayor eco ha encontrado en la doctrina es la aportación de James Bradley Thayer. Este autor sostuvo que la Suprema Corte debería

¹⁰¹ Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104.

mantener una actitud de deferencia frente a las decisiones vertidas por los poderes públicos, sugiriendo que los jueces deberían actuar con extrema prudencia y autocontención como operadores de la *judicial review*.

La teoría de Thayer consiste, sustancialmente, en la idea de que los jueces constitucionales deben proceder a la declaración de inconstitucionalidad de una ley sólo en el caso de que exista suficiente evidencia de que los legisladores “no han cometido un mero error sino un error muy claro, tan claro que no está sujeto a la inquisición racional...Esta regla reconoce que, tomando en consideración las grandes, complejas y nunca del todo claras exigencias del gobierno, mucho de lo que sería inconstitucional para un hombre, o colectivo, puede razonablemente no serlo para otros; que la Constitución frecuentemente admite distintas interpretaciones; que hay frecuentemente un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, pero deja abierto ese margen de opción; que cualquier alternativa racional es por tanto constitucional”.¹⁰²

Thayer considera que la tarea de la revisión judicial se refiere a los límites constitucionales de la autoridad legislativa y no a la sabiduría del ejercicio de esa autoridad por parte de la legislatura, y que como potestad judicial, puede ejercerse sólo dentro del contexto del litigio en que surgen las cuestiones constitucionales. Este autor hace una comparación entre el conocimiento limitado de casos en que los tribunales están autorizados a revisar la legislación a fin de determinar su constitucionalidad, y el ilimitado alcance de la revisión por parte de la legislatura. Para Thayer, la legislatura no puede actuar sin efectuar ese tipo de juicio y la apreciación de ese cuerpo puede ser definitiva, pues muchos de sus actos no pueden ser revisados por los tribunales. Sostiene que, al limitar el alcance de la revisión judicial, el sistema implica que la revisión legislativa a fin de determinar la constitucionalidad

¹⁰² De Lora, Pablo, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 56.

depende principalmente de la legislatura y que el juicio legislativo tiene derecho a ser respetado¹⁰³

Para Thayer, entonces, lo medular no es inquirir sobre el verdadero significado de la Constitución, sino sobre el propio sostén de la legislación.¹⁰⁴

¹⁰³ Lyons, David, *Aspectos morales de la teoría jurídica*, Gedisa, Barcelona, p.230 y 242.

¹⁰⁴ De Lora, Pablo. *op.cit.*, p.56.

CONCLUSIONES.

En este capítulo se abordó la objeción o el dilema contramayoritario que, en una de sus modalidades afirma que la revisión judicial de la constitucionalidad constituye una fuerza que se opone o controvierte la voluntad de las mayorías al tergiversar las intenciones de los órganos representantes del pueblo. La objeción sostiene que no existiendo suficientes motivos para desconfiar del legislador democrático es necesario mostrar una actitud deferente con su investidura de representante electo, en virtud de que se encuentra en una mejor posición institucional para reflejar la voluntad popular.

Asumimos que una de las corrientes contemporáneas que han revitalizado la objeción contramayoritaria es el denominado “constitucionalismo popular” que doctrinalmente se pronuncia por una reivindicación del poder interpretativo del pueblo sobre la Constitución, orientándose, en sus versiones más extremas por la eliminación del control judicial de la constitucionalidad, o, en el caso de sus facetas más moderadas, por la exclusión de la posibilidad de que sean los tribunales constitucionales los últimos intérpretes de la Constitución.

Al denunciar la sensibilidad antipopular de la comunidad teórica, el constitucionalismo popular se decanta por una interpretación de tipo extrajudicial en la que el pueblo sea el agente protagónico ante su escepticismo por la interpretación judicial.

Sin embargo, la corriente no logra precisar con contornos definidos qué debemos entender por el “poder del pueblo” en materia interpretativa y sobre la forma en que “la voz del pueblo” se unifique en una eventual labor hermenéutica popular, más allá del marcado optimismo que ésta corriente pone en la figura de la representación como garante de las libertades básicas.

Asimismo, considero que la crítica al elitismo epistemológico constituye otra de las facetas en que se manifiesta la objeción contramayoritaria. En grandes trazos, la tesis que se orienta por el elitismo epistemológico asume

que para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse y lograr el equilibrio imparcial de los intereses de todos los afectados por la decisión.

Adicionalmente, se asienta en este capítulo la tesis de que la introducción de diálogos orgánicos entre los tribunales constitucionales y los órganos de representación popular pueden ser caracterizados como mecanismos que permiten superar, o en su caso, aminorar el dilema contramayoritario.

El diálogo interorgánico se posibilita en sistemas constitucionales de tipo flexible y que cuentan con mecanismos débiles de revisión judicial de la constitucionalidad, sistemas en los que los tribunales constitucionales dejan de tener la última palabra en materia de interpretación constitucional y en los que se busca conciliar la protección de los derechos fundamentales con la presencia de la soberanía parlamentaria.

Asimismo, la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales puede ser considerada como una alternativa teórica que permite relativizar el dilema contramayoritario.

La participación de los destinatarios del derecho en la hermenéutica constitucional, aún cuando no sean ellos mismos los que tengan la última palabra, aminora la eficacia de la objeción contramayoritaria.

Si bien la apertura hermenéutica constitucional se puede colocar en el nivel del deber ser, en el sentido de que la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales operaría solamente en sociedades altamente informadas y democráticas y no en la realidad de las sociedades con altos grados de escasez, actualmente es posible evidenciar, como se hace en este capítulo, diseños constitucionales en los que, mediante la instauración de canales de participación ciudadana, se busca una aproximación al ideal de una sociedad abierta en materia de interpretación constitucional.

Por otra parte, el dilema contramayoritario se ha planteado no solamente en términos generales sobre la presencia de la revisión judicial de la constitucionalidad, sino también en el impacto concreto de uno de sus

productos, cuando menos en el caso de los sistemas de control concentrado, como lo son las sentencias constitucionales con efectos *erga omnes*.

En ese sentido, las objeciones sobre los efectos generales de ese tipo de resoluciones fueron presentadas en este capítulo como manifestaciones de la objeción contramayoritaria, al constituirse, según estas críticas, en auténticas normas generales que vulneran el ideal de la ley y el proceso del cual emana, además de la oposición al ideal de la representación ciudadana.

Se concluye que la sola presencia de las sentencias *erga omnes* no vulnera el principio de la representación ni el principio de la división de poderes y que las objeciones se adhieren al antiquísimo postulado exegético que considera como exclusivas portadoras de la generalidad y la abstracción a las normas emanadas del proceso legislativo ordinario.

CAPÍTULO III

LA BÚSQUEDA DE LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. INTRODUCCIÓN

El problema en torno a la legitimidad de los intérpretes finales de la Constitución ha provocado, en los últimos años, intensos debates relacionados con la respuesta a la cuestión sobre quién, dentro de las opciones legislativa o jurisdiccional, debe proporcionar la decisión definitiva en materia de interpretación constitucional.

Este debate contemporáneo presenta múltiples aristas, pues los participantes suelen partir de premisas muy diversas aún cuando algunos de ellos suscriban conclusiones similares. Esto se observa tanto en los defensores de la labor de la judicatura para intervenir en dichos procesos, como en quienes mantienen la tesis de la participación representativa de la legislatura.

Críticos y defensores tanto de la revisión judicial de la constitucionalidad como del constitucionalismo tienen en mente, al momento de construir sus argumentos, las concepciones de la democracia y los derechos fundamentales. En la primera parte de este capítulo analizo la construcción teórica que vincula la democracia con la simple regla de la mayoría. Asumo que dicha perspectiva que vincula la regla mayoritaria con un sistema de ejercicio del poder o, aún más, con un sistema político fundacional, irrumpe de manera tardía, pues el sentido originario de dicha regla no expresa sustancia o un sentido axiológico, sino más bien, la idea de un método. Esa idea de la democracia como simple camino procedimental alimenta la noción de una democracia mínima en la que la figura del control judicial de la constitucionalidad es prescindible. No así en la noción de “democracia constitucional”, en la que tanto el atrincheramiento de ciertos derechos como el control de la constitucionalidad en manos de los jueces constituyen imprescindibles mecanismos en la defensa de las libertades

y los derechos básicos, entendidos éstos no solamente bajo la tradición liberal sino también bajo la perspectiva del reconocimiento jurídico de las diferencias que los sistemas jurídicos han venido desarrollando en sede jurisdiccional.

Sin embargo, diversas posiciones teóricas se han pronunciado por una defensa de los derechos básicos sin control judicial de la constitucionalidad y sin atrincheramiento de los derechos fundamentales. Incluyo en este capítulo la exposición y el análisis de una de las más influyentes y paradigmáticas, como es el caso de los argumentos de Jeremy Waldron, autor que sostiene una defensa de la regla de la mayoría en la toma de decisiones en torno a los derechos poniendo énfasis en la noción de los desacuerdos y en el reconocimiento de la autonomía de los individuos para deliberar en el terreno de la moralidad, así como en la idoneidad de la figura de la representación política de las legislaturas.

Posteriormente hago referencia a las aportaciones de un clásico de la discusión, el profesor John Hart Ely que, sin rechazar la participación de las Cortes, limita su papel a ser garantes de las reglas del proceso político. El juez constitucional, en la postura de John Hart Ely sólo tendría participación cuando el proceso democrático se encuentre en riesgo al obstruirse los canales tradicionales de participación.

2. REGLA DE LA MAYORÍA Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Para los críticos del control judicial de la constitucionalidad y del constitucionalismo ambos son figuras sustancialmente antidemocráticas. El primero, porque, se ha dicho con frecuencia, deja en las manos de un grupo de elite, carente de representación y de responsabilidad, el proceso controlador de los actos de los otros poderes, especialmente el de los actos del legislativo, poder que, se presupone, encarna la voluntad popular. En el caso del segundo, porque se parte de la idea de que el constitucionalismo atrinchera un catálogo de derechos fundamentales y de decisiones políticas que se retiran del influjo

de las decisiones mayoritarias. En ambos casos, la concepción que se tiene de la democracia es la que reduce su noción a la regla de la mayoría.

Quienes suelen adoptar la posición de la democracia como regla de la mayoría asuman que ese es el sentido originario del vocablo, vinculando tal significado a las etapas clásicas de la ciencia y el comportamiento político. Sin embargo, esta aseveración se puede poner en cuestión, pues si bien es cierto que la regla de la mayoría se evidenciaba continuamente a través de las prácticas y los procedimientos mayoritarios, lo que llevó a Atenas a elaborar uno de los sistemas más depurados de decisión mayoritarios en la institución de la *Ecclesia* y en las asambleas ciudadanas, sede de elecciones y deliberaciones en los que la aclamación era el objeto a ponderar, no menos cierto es, como afirma Giovanni Sartori, que el procedimiento mayoritario constituía un procedimiento eminentemente práctico, instrumental, ajeno a una doctrina que lo soportara o lo vinculara con la noción de democracia. No era pues, la regla de la mayoría un concepto estructurado teóricamente, era solamente una vía o un instrumento para tomar decisiones.¹⁰⁵

El mismo Aristóteles asume que la cuestión mayoritaria no define un tipo de régimen, ya que constituye un simple instrumento, un procedimiento, que es compatible con cualquier forma pura de gobierno, prueba de ello es que en las oligarquías es principio fundamental que la decisión de la autoridad es la de la mayoría de los gobernantes. Para Aristóteles es un accidente el que los pocos o los muchos tengan el poder, unos en las oligarquías y otros en las democracias. Los asuntos de orden numérico, bajo el esquema aristotélico, no pueden constituir una diferencia esencial, pues en lo que verdaderamente difieren entre sí la democracia y la oligarquía es en la pobreza y en la riqueza.¹⁰⁶ En este sentido, lo que distingue a una forma de gobierno de otra no es el número, sino la condición social de quienes gobiernan, no un elemento

¹⁰⁵ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?* Taurus, México, 2003.

¹⁰⁶ Aristóteles, *La Política*, Porrúa, México, 1976, p. 205.

cuantitativo sino uno cualitativo.¹⁰⁷ De modo que el régimen de decisión mayoritario no es una característica exclusiva de las democracias sino un medio para otorgarle validez a la deliberación realizada por un grupo de personas que siendo libres e iguales toman parte de los asuntos públicos.

En tal vertiente, la visión del mundo de los ciudadanos puede ser descrita por la posición que ésta ocupa en una dimensión única, ordenada. Para Aristóteles, la dimensión es la riqueza o la clase. Además la posición del ciudadano en esta dimensión determina cuál es la acción de gobierno que más le agrade.

Para Aristóteles, la decisión de conceder el voto a grupos diferentes cambia la distribución de las preferencias en la *polis* y esta distribución modifica la constitución política de la sociedad. Así, la democracia es un gobierno en el que los pobres son numerosos y se les faculta para votar; en cambio, un gobierno en el que sólo votan los ricos constituye la oligarquía. Pero ninguna de estas sociedades es realmente compatible con la virtud, pues ni son justas ni son estables.¹⁰⁸

Tampoco en Roma, aparece con claridad una idea sobre la importancia de la mayoría, ya que en el derecho romano, mayoría y minoría no funcionan como dos partes enfrentadas en la defensa de unos derechos contrapuestos dentro del todo que es la corporación. Tal como lo destaca Norberto Bobbio, en el derecho romano la regla de mayoría fue concebida como el procedimiento necesario, o el más idóneo, para la formulación de una decisión colectiva en las *universitates*, esto es, asociaciones de personas en las que la unión de los individuos produce un sujeto colectivo diferente de sus partes y superior a ellas.¹⁰⁹

En la Edad Media, sus técnicas electorales inicialmente aplicadas, no provenían de los griegos, sino de las órdenes religiosas y de las técnicas de los

¹⁰⁷ Bobbio, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

¹⁰⁸ Cfr. Hinich, Melvin y Munger, Michael, *Teoría analítica de la política*, Gedisa, Barcelona, 2003.

¹⁰⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 464-465.

monjes enclaustrados en sus conventos-fortalezas que al elegir a sus superiores lo hacían por medio del voto. En este sentido, por lo que esto entrañaba, al elegir a un jefe absoluto se recurría, por primera vez, al voto secreto, así como a reglas de tipo mayoritario.¹¹⁰

En la misma Edad Media, a partir del siglo XII, y por la influencia del derecho romano se acoge la ficción de que la mayoría representa a todos y éstos a su vez, a la persona jurídica, pero es el derecho canónico quien empieza a transformar ese criterio mayoritario incluyendo el aspecto cualitativo al ya existente aspecto cuantitativo. Así las cosas bajo el nuevo planteamiento canónico no es suficiente contar las voluntades sino que éstas deben ser pesadas, llegándose al caso en que las minorías numéricas podrían llegar a decidir atendiendo a la *melior pars* y no a la *maior pars*.

Por otra parte es necesario resaltar que en el proceso de construcción jurídica medieval de la regla de la mayoría se utilizaron inicialmente como paradigmas los conceptos de *universitas* y de corporación al hilo de la glosa del *Habeas iuris civiles*. Los glosadores retomaron por tanto la *fictio* romana, aunque la depuraron en gran medida, precisando en esta línea el modo de aplicación de la regla: convocatoria, quórum, etc. Es precisamente en esta época en donde se ensaya por primera vez la delimitación del ámbito de validez de los acuerdos obtenidos en relación con los derechos y libertades individuales.

Es posible entonces que la construcción teórica que vincula la regla de la mayoría con un sistema de ejercicio del poder, o inclusive con un sistema político fundacional, sea tardía. Esto sucede cuando John Locke describe, en su teoría, la forma en que surge la sociedad política o civil, es decir, el momento en que cada uno de los miembros haya abandonado su poder natural, abdicando de él en manos de la comunidad. De este modo, si para constituir la sociedad política o civil era necesario contar con el consentimiento de cada uno de los integrantes de la comunidad, ya que solamente a través de

¹¹⁰ Sartori, Giovanni, *op.cit.*, p. 140.

éste se podía renunciar a la libertad que implica para el individuo el estado de naturaleza, una vez que se ha configurado esa sociedad política, adquiere el carácter de cuerpo único que para poder actuar en calidad de tal, para Locke, ha de ser por voluntad y determinación de la mayoría, “[p]ues cuando un número cualquiera de hombres, con el consentimiento de cada individuo, ha formado una comunidad, ha hecho de esa comunidad un cuerpo con poder de actuar corporativamente; lo cual sólo se consigue mediante la voluntad y determinación de la mayoría. Porque como lo que hace actuar a una comunidad es únicamente el consentimiento de los individuos que hay en ella, y es necesario que todo cuerpo se mueva en una sola dirección, resulta imperativo que el cuerpo se mueva hacia donde lo lleve la fuerza mayor, es decir, el consenso de la mayoría”.¹¹¹

Ese carácter sustancial con el que Locke dota al principio mayoritario, no se aprecia en anteriores esquemas filosóficos, en los que, teniendo presente la regla mayoritaria, ésta no representa más que un aspecto instrumental. Por el contrario, en la obra de Locke, su importancia se explicita en varias ocasiones, al grado de irrumpir como elemento de legitimación del ejercicio del poder. Refiriéndose a la regla de la mayoría, dice Locke: “...Así, lo que origina y de hecho constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad. Eso es, y solamente eso, lo que pudo dar origen a los gobiernos legales del mundo”.¹¹²

A partir de entonces, la idea de democracia se vincula a la regla de la mayoría. La democracia irrumpe como un mandato de la mayoría. En tal sentido, se entiende que en la democracia se someten las decisiones a la regla mayoritaria. Ese cambio acontece precisamente con la filosofía política de John Locke, puesto que, el derecho de la mayoría se inserta en un sistema constitucional que lo disciplina y controla.

¹¹¹ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, op.cit, p. 112.

¹¹² *Ibidem*, p. 114.

Empero, reducir la idea de la democracia a un procedimiento en el que se privilegia la regla de la mayoría, como lo siguen haciendo hoy en día algunos de los críticos más importantes del constitucionalismo y de sus dos elementos básicos, como lo son la rigidez constitucional y el control judicial de la constitucionalidad encuentra severas objeciones.

La primera, porque los teóricos de la democracia como regla mayoritaria parecen derivan una legitimidad axiológica del mero recuento de votos. Hay una especie de sobre valuación de la dimensión axiológica del voto. El argumento se reduce a lo cuantitativo. Es una suma de cosas iguales, dice Sartori, igual voto, iguales derechos, esto se convierte en una situación que genera “mayor derecho”.¹¹³ Pero los números pueden generar fuerza pero no legitimidad. “Una mayoría es siempre y únicamente una cantidad, y una cantidad no legitima nada”.¹¹⁴ Sobre la imposibilidad de justificar el principio de de mayoría atendiendo al aspecto meramente cuantitativo, también se pronunció Hans Kelsen: “Sería imposible justificar el principio de la mayoría diciendo que más votos tienen mayor peso que menor cantidad de ellos. De la presunción puramente negativa de que uno no vale más que otro, no puede deducirse positivamente que deba prevalecer la opinión de la mayoría. Si se tratase de inferir el principio de la mayoría de la sola idea de la igualdad, se le daría el carácter mecánico y ausente de espiritualidad que le reprochan los partidarios de la autocracia. Sólo sería la expresión pobremente formulada de la realidad de ser superiores los muchos a los pocos, y la afirmación de ser la fuerza antes que el Derecho, sólo quedaría superada por convertirla en principio jurídico”.¹¹⁵

Pero además, anteriormente señalamos que la regla de la mayoría, en su concepción originaria, era solamente un instrumento, pero a partir del advenimiento del pensamiento moderno, la regla mayoritaria ostenta inclusive un carácter fundacional. El reencuentro con su sentido originario expresaría

¹¹³ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, op.cit., p. 141

¹¹⁴ *Idem*

¹¹⁵ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...op.cit.*, p. 23

que la regla de la mayoría es solamente una técnica, o si se quiere un método, pero no expresa ni pretende expresar un sentido axiológico.

Ahora bien, si acercamos la débil noción de democracia entendida como un simple mecanismo mayoritario a la existencia de una carta constitucional que suele atrincherar una serie de bienes y valores jurídicos que dejan de estar a disposición de la voluntad de las mayorías y que además incorpora la existencia de un órgano encargado de ejercer un control jurisdiccional sobre los actos, que emanados del legislativo, vulneren o restrinjan las propias disposiciones de la carta constitucional, aparece la idea de una “democracia constitucional” a la que se le ha concebido como un *oxímoron*, es decir, la combinación en una misma estructura sintáctica de dos palabras o expresiones de significado opuesto, que origina un nuevo sentido.

Por ende, irrumpe el dilema de optar por la democracia o por la constitución. Bajo esta vertiente, hablar de una democracia constitucional implicaría una contradicción que difícilmente podría ser superada si seguimos sosteniendo la definición de democracia como un sistema en el que las decisiones fundamentales se toman en base a la regla de la mayoría, pues como Stephen Holmes lo dice: “La existencia de una tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno”.¹¹⁶

Esta tensión irreconciliable, desde nuestro punto de vista, subsiste en las teorías que sobre la democracia han vertido algunos de los más importantes teóricos del derecho. Es el caso de Hans Kelsen, quien como ya se dijo, pese a marcar la imposibilidad de justificar el principio mayoritario por medio de una regla estrictamente cuantitativa, la considera un instrumento que, a nivel parlamentario, resulta adecuado para evitar la hegemonía de una clase y conciliable, además, con los derechos de las minorías.¹¹⁷ Según Kelsen, las ventajas que ofrece el principio de mayoría dentro del sistema parlamentario

¹¹⁶ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, (comp.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 219.

¹¹⁷ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op.cit*, p. 81.

como principio de transacción y elemento de equilibrio entre los términos políticos opuestos, resultan apreciables a simple vista en la práctica parlamentaria.¹¹⁸ En ese sentido, Kelsen define a la democracia del Estado moderno como una democracia mediata, parlamentaria, en la cual la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos.¹¹⁹ Puede apreciarse entonces que la noción kelseniana sobre la democracia califica a ésta como un simple método de adopción de las decisiones colectivas. Método que como tal, no involucra la adopción de aspectos sustantivos en el orden social, económico o axiológico.

Ahora bien, otro de los más connotados teóricos del derecho que en sus últimos trabajos se ocupó decididamente por el concepto de democracia es el profesor Norberto Bobbio. En este caso, se trata, cuando menos en algunas de sus partes, de una concepción formal o procedimental. Este autor, al proponer lo que él mismo denomina una definición mínima de democracia la caracteriza como un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.¹²⁰ Al priorizar en esa definición mínima el quién y el cómo, la regla fundamental de la democracia, según Bobbio, es la regla de la mayoría, es decir, “la regla con base en la cual se consideran decisiones colectivas y por tanto obligatorias para todo el grupo las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben de tomar la decisión”.¹²¹

Pero según Bobbio, esta definición mínima requiere de otra condición, o precondition, si se quiere, y que hace residir en el hecho de que quienes estén llamados a decidir se planteen alternativas reales y estén en condiciones de decidir entre una alternativa y otra. Es aquí donde el profesor Bobbio tiene que recurrir al garantismo de ciertas libertades básicas, como la libertad de opinión,

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 86.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 47.

¹²⁰ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 24.

¹²¹ *Ibidem*, p. 25.

de expresión, de reunión y de asociación. Los derechos, en suma, bajo los cuales emerge el Estado liberal.¹²² Al incorporar este tipo de condiciones la asunción de Bobbio se torna ambigua. O aludimos a la democracia como una simple vía, un procedimiento, un método que como un conjunto de reglas del juego indican el quién y el cómo se pueden tomar las decisiones colectivas, como lo llegó a sostener expresamente.¹²³ O la democracia esta supeditada a una serie de condiciones que quedan fuera de la discusión democrática, lo que aproxima a la noción de una democracia sustancial.

El otro problema que presenta la concepción de la democracia de Bobbio radica en que, en su búsqueda del fundamento ético de la democracia, lo hace consistir en el reconocimiento de la autonomía del individuo. Ahí radica, dice Bobbio la fuerza moral de la democracia. Y su justificación, dice Bobbio, se encuentra en el presupuesto de que el individuo, como persona moral y racional, es el mejor juez de sus propios intereses.¹²⁴

Pero entonces, se explicita la tensión, puesto que no queda claro en la teoría de Bobbio si la existencia de los derechos “liberales” fundamentales incorporados en las cartas constitucionales podría constituir o no una limitación a la autonomía política de los individuos. Por lo tanto, el problema subsiste.

Sin embargo, considero que el aparato conceptual que permite superar tal situación es el que se separa de la tradicional noción de Estado de Derecho y accede a la estructura del Estado Constitucional de Derecho. En la noción típica del Estado de Derecho prima la figura del legislador y su voluntad. Del mismo modo, el producto normativo del legislador, la ley y el proceso del cual emana, la legislación, ocupan un estatus primordial.¹²⁵ En cambio, en el Estado

¹²² *Ibidem*, p. 26.

¹²³ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003. pp.459-460. En esta obra Bobbio expone: “Una definición mínima es, precisamente porque es mínima, realista. Una vía, un método. Se denomina habitualmente concepción procedimental de la democracia: pone el acento sobre las llamadas reglas del juego, el conjunto de reglas que deben servir para tomar decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y el mínimo de violencia”.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 457.

¹²⁵ Tal como nos ilustra uno de los máximos representantes del realismo jurídico escandinavo, el profesor Alf Ross, quien en su obra más conocida *Sobre el derecho y la justicia*, publicada por primera vez en 1958, señala: “La fuente más importante en el derecho de Europa continental de hoy está constituida, sin

Constitucional de Derecho el legislador es una instancia acotada, sujeto a límites y restricciones. La noción de la representación se relativiza y las características de omnipotencia y omnipresencia del legislador desaparecen para dar pauta a la “esfera de lo indecible”, es decir, aquella porción de decisiones políticas fundamentales que se sustraen del alcance del poder legislativo.

Ante tal escenario, el concepto de democracia, que bien podríamos identificar como un concepto de democracia eminentemente formal, concebido como un método para tomar decisiones públicas mediante el principio de las mayorías y que únicamente suele hacer referencia al quién y al cómo de las decisiones, deja de ser prioritario, para dar paso a una concepción de la democracia de corte sustancial en la que son los derechos fundamentales los vínculos tanto negativos como positivos impuestos a la democracia constitucional. Los primeros, entendidos como vínculos generados por los derechos de libertad que ningún tipo de mayoría puede restringir o excluir, y los segundos, concebidos como vínculos relativos a lo que la misma Constitución, en el ámbito de sus prescripciones fundamentales considera como tareas que el legislador debe cumplir, sobre todo, en el ámbito de los derechos sociales.

En este contexto, alejado de la democracia como mera regla o principio de las mayorías, la legitimidad de las instituciones públicas aparece vinculada a la tutela y efectividad de los derechos fundamentales. En esta dimensión, los actos del legislativo, presupuestamente representante típico de las mayorías,

duda, por las normas sancionadas por las autoridades públicas. De hecho, los jueces se sienten obligados, en alta medida, por las declaraciones de la legislatura, y la doctrina ideológica oficial expresa que el derecho legislado (en sentido amplio) tiene fuerza obligatoria absoluta”. En la obra del célebre iusfilósofo la Constitución forma parte de la “legislación en sentido amplio”. Dice Alf Ross: “Toda sanción en ejercicio de una competencia es conocida bajo el nombre común de legislación. Tomada la palabra en un sentido amplio, la legislación comprende no solo la constitución (si es escrita) y las leyes del Parlamento, sino también todo tipo de normas sancionadas subordinadas y autónomas, cualquiera sea el nombre con que se les designe: órdenes del Consejo, reglas y órdenes estatutarias, reglamentos de autoridades locales, de corporaciones autónomas, de iglesias, etc.”. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, pp. 76-77. Asimismo, gran parte de la ideología que entroniza al legislador y su producto se encuentra en el pensamiento exegético, según la cual el derecho es siempre creado por el legislador. el derecho se encuentra en el código y es creado de una vez y para siempre, con pretensiones de plenitud, coherencia y completa unidad.

deberán sujetarse a los derechos fundamentales y a las garantías de los mismos puestas regularmente en la Constitución.

La concepción del Estado Constitucional de derecho, en el que lo medular, a riesgo de redundar, es el respeto a los derechos fundamentales y donde la lectura de las restantes reglas del ordenamiento debe hacerse a partir de la existencia de los mismos, permite delinear la posibilidad de una legitimación democrática del juez constitucional. Claro está, sería imposible aludir a una legitimidad democrática de dicha figura si tenemos en mente la idea de la democracia como la regla de la mayoría, pero si por el contrario, concebimos la idea de la democracia vinculada al respeto de derechos fundamentales básicos es posible delinear el reforzamiento del juzgador constitucional, a partir de cierta noción de republicanismo que destaca la limitación del poder y entroniza la opción por los principios inherentes a las libertades básicas de los individuos.

Es pertinente en este punto, recordar las consideraciones planteadas por el profesor Luigi Ferrajoli, quien al aludir al viejo paradigma del Estado de Derecho sostiene que la sujeción del juzgador con relación a la ley ya no se agota en la sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea éste su significado, “sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”.¹²⁶ Y esta sujeción a la Constitución, diríamos nosotros, implica, cuando menos en el panorama del constitucionalismo contemporáneo, la sujeción de la ley a las libertades y derechos fundamentales de los individuos.

La Constitución que se tiene en mente hoy, representa un conjunto de normas jurídicas que no solamente justifican su carácter constitutivo en el establecimiento, diseño, organización y relaciones mutuas de los poderes públicos,¹²⁷ sino en la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales

¹²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2006.

¹²⁷ Este tipo de conceptos que fijan como contenido esencial de una Constitución el aspecto orgánico, prevalecieron durante mucho tiempo en las doctrinas constitucionales tradicionales, a partir del influjo de obras como la de Georg Jellinek que señala que la Constitución de los Estados comprende “...los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado”. Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Oxford, México, 1999, p. 302. En el mismo sentido, el profesor Felipe Tena Ramírez señala: “Crear y organizar a los poderes públicos

básicos que, por regla general, quedan excluidos de la dimensión participativa del concepto tradicional de la democracia.

Si bien el significado de la expresión de “derechos fundamentales” es una expresión difícil de significar,¹²⁸ siguiendo a Luigi Ferrajoli, son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.¹²⁹

Es precisamente en su faceta de garante de los derechos fundamentales¹³⁰ donde es posible configurar un aspecto positivo en la problemática legitimidad del control judicial de la constitucionalidad. En la aproximación de la jurisdicción constitucional al rubro de los derechos fundamentales puede adquirir el juez

supremos, dotándolos de competencia, es, por lo tanto, el contenido mínimo y esencial de toda Constitución”. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1990, p. 22.

¹²⁸ Sobre la equivocidad del término, Antonio Pérez Luño, divide en tres grupos los usos que la doctrina en general realiza sobre los derechos fundamentales. En primer lugar, algunos autores utilizan la expresión para referirse a los derechos humanos positivizados en las constituciones estatales; otros designan con ella los principios que contienen la cosmovisión que inspira cada ordenamiento; y unos terceros aluden a la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos públicos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho. Barranco, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, 2010.

¹²⁹ Ferrajoli, Luigi, *op.cit.* p. 37. Nos adherimos a la definición de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales pues consideramos se separa del esencialismo al que se orientan muchas de las definiciones de cuño iusnaturalista que consideran a los derechos fundamentales como derechos emanados de una supuesta “naturaleza de las cosas”, con contenidos ahistóricos, eternos, inmutables y trascendentes. Ferrajoli caracteriza su propia definición, primero, como una definición teórica –no dogmática– pues aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por las leyes y constituciones en las actuales democracias, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, e incluso del hecho de que aparezcan enunciados en normas de derecho positivo. En segundo término, como definición formal o estructural, en el sentido de que prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tutelados mediante su reconocimiento como derechos fundamentales, y se basa únicamente en el carácter universal de su imputación. Y en tercer término, se trata de una definición ideológicamente neutral, en cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales.

constitucional una legitimidad propia, sobre todo en el contexto de las exigencias que el constitucionalismo social impone a la agenda de la jurisdicción constitucional contemporánea, acostumbrada solamente en el pasado a tomar conocimiento, por un lado, de las disputas orgánicas por la distribución del poder político, y, por el otro, a tener cierta injerencia en la protección de las denominadas libertades negativas de los ciudadanos.

Hoy ese paradigma ha sufrido cambios, al extenderse la materia fundamental de los derechos a los derechos económicos y sociales –de segunda y tercera generación- que implican el goce de las libertades positivas consagradas en el constitucionalismo social. Esto expande el tradicional papel de la justicia constitucional hacia la definición del alcance de las prestaciones sociales del denominado Estado de bienestar.

Es el juez constitucional el que se encuentra legitimado bajo esta concepción de la democracia constitucional para pronunciarse a favor de los derechos inalienables e indisponibles a la voluntad de las mayorías. No es el legislador el que en este panorama sea capaz de propiciar la mejor defensa a los derechos fundamentales de los gobernados. En la defensa de lo que no se puede decidir y de lo que no se puede no decidir, facetas negativas y positivas del coto vedado, la representación, la voluntad general y el influjo mayoritario pudieran representar un riesgo y un retroceso en la lucha histórica por los derechos fundamentales. La regla de la mayoría, excluida de un escenario dirigido por los objetivos ceñidos a una práctica política y social sustantiva que privilegie derechos fundamentales básicos se reduce a una versión numérica del poder del más fuerte. Y un sistema mayoritario puro no susceptible de sujetarse a condiciones sustantivas mínimas puede establecer, ante el simple recurso a su fuerza mayoritaria, cualquier tipo de contenido en las disposiciones fundamentales.

De la evolución de la incorporación de los derechos fundamentales a las cartas constitucionales se puede apreciar como, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los ordenamientos jurídicos occidentales cuentan

con Constituciones que han introducido un gran número de principios básicos relativos no solamente a derechos de libertad, certidumbre e igualdad sino también derechos sociales básicos que imponen a los Estados acciones de intervención en la sociedad, de forma que, las instituciones políticas no pueden limitar su comportamiento al ámbito de la no interferencia de los derechos de libertad de los ciudadanos, sino que tendrían que desplegar acciones positivas tendientes a aminorar la brecha existente entre validez y efectividad de las normas.

Los derechos sociales de cuya protección también la jurisdicción constitucional contemporánea tiende a ocuparse cada vez en mayor medida, pueden constituir, en algunos casos, auténticos presupuestos para que los derechos a las libertades básicas puedan ser ejercidos por los individuos de manera plena.

Sin embargo, estamos conscientes de que uno de los grandes problemas que enfrentan los derechos sociales es el de sus garantías, puesto que ni siquiera en sistemas políticos de amplio desarrollo estos derechos están asegurados para toda su población. En ese sentido, el tratamiento que la jurisdicción constitucional debe proporcionarles haría énfasis en el progresivo desenvolvimiento de los alcances de su ejercicio.

Por ende, este enfoque hacia la legitimidad de la actuación de los jueces constitucionales implica que, hoy en día, el papel de dichos operadores no debe concebirse como un mero legislador negativo, como en los orígenes del control judicial de la constitucionalidad europeo fue diseñada su función, sino como un auténtico legislador positivo que, sin caer en el activismo judicial desbordado y arbitrario, desempeñe la función de garante de la Constitución cuidando no solamente la coherencia del propio ordenamiento al detectar las posibles contradicciones entre actos legislativos ordinarios y normas constitucionales, sino también expandiendo su papel a la búsqueda de la reducción de la falta de completitud del ordenamiento, sobre todo, en el desarrollo de la idea de los derechos fundamentales de la libertad y en el

ámbito de los derechos sociales consagrados regularmente en las Constituciones con diversos grados de ambigüedad y vaguedad.

Esta tutela de la jurisdicción constitucional sobre los derechos fundamentales hasta antes de la segunda posguerra resultaba una atribución competencial inexistente, sobre todo en los sistemas de control constitucional concentrado, enfocado muchas de las veces hacia disputas sobre la competencia de los órganos del Estado y los ámbitos espaciales de su actuación, desplegando pues, una jurisdicción constitucional que no terminaba de entender su papel como garante de los derechos materiales básicos de los individuos.

El garantismo de los derechos fundamentales que hoy pueden ofrecer los tribunales constitucionales se podría equiparar, en el contexto de una sociedad democrática contemporánea, con la importancia que tiene la incorporación de los derechos fundamentales en las cartas constitucionales, pues esos derechos sin garantías que los sustenten, no significarían algo más que una abstracción artificiosa.

Cabría preguntarse entonces qué rol desempeña la jurisdicción constitucional en el contexto de una democracia mínima o procedimental y qué papel desenvuelve en el escenario de una democracia constitucional. En ese sentido, se podría afirmar que en una democracia mínima o estrictamente procedimental su papel se reduce al de una figura heterocompositiva que busca superar el conflicto en la lucha por la competencia orgánica de los distintos rubros del poder público; en cambio, la jurisdicción constitucional aparece, en la democracia constitucional como uno de los más importantes mecanismos en la defensa de las libertades y los derechos básicos.

En la democracia constitucional, tanto el atrincheramiento de los derechos fundamentales como el control judicial de la constitucionalidad son elementos imprescindibles. En la democracia mínima ni uno ni otro de estos elementos son necesarios. El ejemplo más evidente de este último escenario puede ser Inglaterra, país que no cuenta con una carta constitucional en la que se

establezcan de manera explícita los derechos fundamentales, así como tampoco cuenta con mecanismo de control judicial de la constitucionalidad. Pero los ejemplos de sistemas políticos que carezcan de control judicial de la constitucionalidad son aislados y donde aún perduran se trata de países caracterizados por altos niveles de eficacia y eficiencia de sus normas, así como una acentuada cultura de la legalidad y un respeto a las libertades de los ciudadanos. En esos sistemas, la democracia tiende a funcionar mediante otros mecanismos de control y equilibrio entre los poderes, así como por medio de instancias de representación efectiva. No sucede lo mismo en sistemas donde la democracia representativa¹³¹ es demasiado frágil y tanto los intereses como las demandas de los grupos y los individuos no encuentran un encauzamiento efectivo por esa vía. Como Pérez Tremps lo dice, puede constituir un lugar común pero es pertinente considerar que en muchos países latinoamericanos existe, en mayor o menor medida una crisis de legitimidad de las instituciones y que responde a un cúmulo de razones entre las que se encuentra, entre otras,

¹³¹ La crítica al principio de la representación es antiquísima pues solamente basta recordar el escepticismo de Rosusseau frente al mismo: “La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada: consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; o es ella misma, o es otra: no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, pues, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus delegados; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley que no haya ratificado personalmente el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés se cree libre, y se equivoca de parte a parte; sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; en cuanto lo ha elegido, es esclavo, no es nada.” Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, M.E. Editores, Madrid, 1993, p.130. Asimismo, es pertinente traer a colación la crítica de la representación que se esboza a partir de una perspectiva marxista reconstruida por el profesor Carlos de Cabo Marín, quien sostiene que la teoría de la representación constituye un montaje teórico que desempeña un papel muy concreto en la operación ideológica de ocultamiento de la realidad, de presentación puramente aparential de la misma que tiene lugar a través de múltiples y complejos procesos: “El de referencia es bien conocido: desde los supuestos de libertad e igualdad, en el concreto sentido en que son necesarios a las relaciones propietario-trabajador, se proclama la libertad e igualdad abstractas; de esta forma, homogeneizada la sociedad mediante su reducción a un conjunto de hombres “libres e iguales”, se configura ideológicamente la unidad sociopolítica “nación”; a partir de esta unidad aparential se construye el supuesto legitimador de la soberanía nacional, soberanía que sólo adquiere expresión unitaria y entidad operativa concreta a través de las instituciones estatales y mecanismos descritos. Y todo esto ¿qué supone? Supone, ni más ni menos, que las clases no aparecen, en virtud de este proceso ideológico, por ninguna parte; que se desconocen, que se actúa como si no existieran, que se trata en definitiva de evitar su penetración política; y precisamente las teorías de la representación y sus correctivos son las encargadas de hacer finalmente operativa esta defensa en la última y definitiva fase del proceso; contribuyen, pues, a lograr el llamado “efecto aislamiento” de las relaciones económicas, típico del Estado capitalista, y a la vez a construir su unidad, que no es sino la reconstrucción a nivel político de la clase o clases dominantes.

La representación, pues, utilizada primero para evitar los peligros de la democracia directa, ha servido después para evitar los peligros de las clases”. De Cabo Martín, Carlos, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp.132-133.

la propia crisis de los partidos políticos, abusos sistemáticos del poder, elementos estructurales de tipo económico, prácticas de corrupción política, etc.¹³²

3. DIFERENCIAS Y CONSTITUCIONALISMO

En los últimos años es común observar cómo las minorías excluidas de una decisión legislativa, o ante la omisión histórica de la representación frente a sus pretensiones y expectativas en materia de derechos básicos, recurren a los tribunales constitucionales en busca de la determinación final sobre la juridicidad de dichas pretensiones.

Una buena parte de esas expectativas giran en torno a la significación jurídica de las diferencias. Luigi Ferrajoli define a las diferencias, sean de tipo cultural o de tipo natural, como los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Dicho término –sugiere Ferrajoli– habría que distinguirlo del de “desigualdades”, sean económicas o sociales, y que consisten en las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras constituyen las distintas identidades, mientras que las segundas forman las diversas esferas jurídicas.

Las diferencias son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones y privilegios, por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales de libertad; en cambio, las desigualdades son, en su caso, reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de igualdad sustancial que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales sociales. Sin embargo, en ambos casos, la igualdad está conectada a los derechos fundamentales.

Como lo ha señalado Miguel Carbonell, la distinción trazada por Ferrajoli es pertinente en la medida en que suelen ir de la mano el no reconocimiento

¹³² Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, Porrúa, México, 2005.

cultural con fuertes discriminaciones y situaciones sociales de infraprivilegio, lo cual puede conducir a que se confundan unas y otras y no se aborden los problemas y sus correspondientes soluciones por separado.¹³³

Además en ambos supuestos se pueden derivar obligaciones negativas y positivas a cargo de los poderes públicos.

Ahora bien, las posibles respuestas que dan los ordenamientos jurídicos al estar frente al escenario de las diferencias pueden ser de cuatro tipos:

En primer término el modelo de la “indiferencia jurídica de las diferencias”. Bajo este modelo, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se les ignora. Estamos frente al paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje. Podría ser un exceso hablar de una relación entre derecho y la diferencia, pues lo que priva es la ausencia de los derechos.

En segundo término está el modelo de la “diferenciación jurídica de las diferencias” expresado en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, así como en la jerarquización de las diferentes identidades. Las diferencias valorizadas son las relativas al sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras. Estas son asumidas como estatus privilegiados en base a un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; en cambio otros son asumidos como estatus discriminatorios y sufren represión y exclusión, tales como los de mujer, judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etc. En este caso estamos en el mundo jurídico paleoliberal propio de un mundo jurídico no solamente premoderno sino también es el panorama que existe en los inicios de la modernidad, cuando los derechos “universales” aparecen en las constituciones liberales pero sólo teniendo como destinatarios a los varones, blancos y terratenientes. Manifestaciones de este modelo llegan hasta el siglo pasado con la discriminación de las mujeres respecto a sus derechos políticos y el mantenimiento de la esclavitud cuando menos hasta la primera parte del siglo.

¹³³ Carbonell, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, Fontamara, México, 2004.

El tercer modelo es el de la “homologación jurídica de las diferencias”, en el que las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de la igualdad. Es el caso, por ejemplo, del modelo de serialización llevado a cabo por los socialismos reales y burocráticos. En este modelo se lleva a cabo una homologación, neutralización e integración general.

El cuarto modelo es el de la “valoración jurídica de las diferencias”, que se basa en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales – políticos, civiles, de libertad y sociales- pero también, basado en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Este modelo no ignora las diferencias sino que tiende a garantizar su libre afirmación y desarrollo. Asimismo, reconoce todas las diferencias y las valoriza como rasgos de la identidad de las personas. En este modelo la igualdad en los derechos fundamentales se traduce en el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad al dotarse de igual valor todas las diferencias y se prescribe para todas ellas igual respeto y tratamiento.

Sin embargo, pensamos que ese cuarto modelo caracterizado por Ferrajoli como uno en el que los sistemas jurídicos tienden a valorar las diferencias se encuentra todavía en el nivel normativo de la cuestión. Una buena parte de los sistemas jurídicos contemporáneos tienden, en efecto, cada vez con mayor amplitud, a reconocer la igualdad de los sujetos en el tratamiento que el derecho les proporciona, pero en realidad las garantías que posibiliten el tránsito de una igualdad formal hacia una igualdad real no suelen estar explicitadas en las normas fundamentales de los ordenamientos jurídicos.

En buena medida y bajo casos paradigmáticos, el reconocimiento jurídico de las diferencias por parte de los sistemas jurídicos se ha venido desarrollando a partir de la labor de los tribunales constitucionales. El caso de las denominadas acciones afirmativas y la “discriminación inversa” irrumpen como artificios pragmáticamente necesarios para contribuir al aminoramiento de la brecha entre una igualdad de forma y una igualdad de tipo material.

El principio de igualdad exige al Estado superar las desigualdades injustas mediante, en caso necesario, otras desigualdades de tipo compensatorio.

John Rawls, al pronunciarse sobre el “principio de diferencia” sostiene que éste dota de valor a las consideraciones particularizadas por el principio de compensación: “Este principio afirma que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo: Así, el principio sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección hacia la igualdad”.¹³⁴

En una aproximación similar, Norberto Bobbio afirma: “No es superfluo reclamar atención sobre el hecho de que, precisamente con el objeto de situar individuos desiguales por nacimiento en las mismas condiciones de partida, puede ser necesario favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, es decir, introducir artificialmente, o bien imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes... De tal modo, una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; de modo que la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades”.¹³⁵

Si bien los orígenes de la discriminación inversa suelen identificarse en la labor de la Suprema Corte estadounidense en los inicios de la década de los setenta bajo los famosos casos *Bakke* y *De Funís*, sus orígenes pudieran ubicarse ya en la tercera década del siglo XX, en la India, como una política aceptada por los colonizadores británicos con el fin de superar la marcada división en castas de esa sociedad. Sin embargo, su conocimiento y extensión

¹³⁴ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, op.cit., p. 103.

¹³⁵ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 78-79.

actual se debe a su introducción en los Estados Unidos a partir de la década de los setentas.

Aunque no existen contornos precisos en cuanto a una definición normativa, jurisprudencial o teórica de la discriminación inversa, esta puede ser vista como una especie del género “acciones afirmativas o positivas”. Así las acciones afirmativas pueden ser consideradas como medidas o mecanismos que tienden a utilizar políticas de tipo diferenciado para favorecer a personas o colectivos que se encuentran en una situación social desventajosa que propicia su discriminación. Estas acciones pueden justificarse por el valor que se asigna a los elementos de la propia cultura de que se trate o, en su caso, como resarcimiento a discriminaciones históricas. Las acciones afirmativas suelen comprender el diseño y ejecución de medidas de motivación o estímulo para equilibrar situaciones que, de origen, son desventajosas para ciertos grupos o personas.

La discriminación inversa puede verse entonces, como una modalidad de la acción afirmativa que se verifica en concreto ante la presencia de dos supuestos desiguales y que erige un tratamiento desigual en beneficio de quien ocupa la posición más desventajosa.

Desde luego, la discriminación inversa no está exenta de las críticas susceptibles de englobarse en el reproche que se vierte a partir de la consideración de que la discriminación inversa puede socavar el contenido de determinados derechos garantizados en igual medida a todos los ciudadanos y que su sola presencia haría que disminuyeran a favor de otros, es decir, a favor de los colocados en la situación desventajosa de origen. Sin embargo, considero que la discusión sobre los derechos ya no debe quedar reducida o sujeta a las restricciones de la concepción liberal-individualista. En algunos de los casos paradigmáticos que los máximos tribunales han conocido sobre la discriminación inversa se puede controvertir la coherencia de las medidas que las instituciones toman para la consecución del objetivo de disminuir la desigualdad, pero difícilmente se podría controvertir la legitimidad del objetivo

en sí mismo. Sobre todo, cuando pensamos que el escenario, denominado por Ferrajoli, como el de la “valoración jurídica de las diferencias” puede ser un cuadro que se ubique no solamente en el nivel de la abstracción del deber ser, sino también, que cuando menos cuente con ciertos grados de efectividad.

La tarea de los tribunales constitucionales en el desarrollo de las aplicaciones de las nociones de las acciones afirmativas y de la discriminación inversa no debe ser infravalorado. Las normas constitucionales relativas a las denominadas “cláusulas de igualdad” – cuyo modelo es la decimocuarta enmienda de la Constitución norteamericana- suelen ser formuladas, por el propio carácter de los textos constitucionales, en forma ambigua, pero una forma de legitimación de la justicia constitucional puede ser aquella que encamine la interpretación de las cláusulas de la igualdad en abstracto hacia la exclusión de las prácticas discriminatorias mediante la convalidación u homologación judicial de las prácticas de la acción afirmativa y la discriminación inversa, extendiendo el ámbito de éstas más allá de las típicas cuestiones relacionadas con el ámbito laboral y educativo, en las que, en sus orígenes, la discriminación inversa como materia de la jurisdicción constitucional estuvo presente. Llevando sus efectos hacia la protección de los grupos desfavorecidos: minorías étnicas, minorías lingüísticas, minorías religiosas, personas con capacidades diferentes, extranjeros, etc.

4. UNA DEFENSA DE DERECHOS BÁSICOS SIN CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD: JEREMY WALDRON

El planteamiento de Waldron representa una de las versiones más radicales de la oposición a la *judicial review*.

La postura de Waldron no es escéptica respecto a la existencia de los derechos fundamentales puesto que en su filosofía aparecen en un primer plano. La idea de Waldron es que precisamente porque existen derechos fundamentales no puede existir el control judicial de la constitucionalidad.

La tesis de Waldron aparece con mayor nitidez en *A Right Based Critique of Constitutional Rights*, -cuyo contenido después fue publicado en un trabajo más amplio denominado *Law and Disagreement*- texto motivado por la propuesta de incluir una carta de derechos para Gran Bretaña a la que Waldron se oponía, sin embargo, lo que nos interesa es rescatar su postura sobre la *judicial review*.

El profesor Waldron sistematiza su aportación eslabonando cuatro ideas principales.

En primer término, la suscripción de una teoría moral basada en los derechos no conlleva necesariamente a pugnar por la promulgación de una declaración de derechos y de un órgano de control judicial de constitucionalidad.

En segundo lugar, Waldron establece que precisamente por la complejidad y dificultad existente para definir los derechos, los filósofos políticos deberían dudar de la oportunidad de canonizarlos en una carta constitucional si ello supone dejarlos fuera de la discusión libre y democrática.

En un tercer plano, Waldron considera que los filósofos no han puesto suficiente atención a los procesos de toma de decisiones tomadas en una comunidad bajo condiciones de desacuerdo involucrando el problema de la autoridad como elemento necesario para la argumentación sobre los derechos.

Finalmente, sostiene que el respeto por los derechos de participación política comprometidos con la idea de los valores de la autonomía, la libertad y la responsabilidad es incompatible con la *judicial review* si el contexto es el del desacuerdo y la evolución social.

4.1. UNA OBJECCIÓN A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS

El planteamiento de Waldron está basado también en una teoría de los derechos anclada en una tendencia liberal. Waldron sostiene que, desde luego, es una obligación tomarse los derechos en serio, pero precisamente por la trascendencia que llevan consigo los derechos no es deseable atrincherarlos en una declaración formal de los mismos. Sostiene que los textos

constitucionales reflejan una actitud de desconfianza respecto a la autonomía y responsabilidad de los ciudadanos, puesto que la importancia de un derecho de los ciudadanos se asienta en una perspectiva de reconocimiento de la persona individual como un agente pensante dotado de una habilidad para deliberar en el terreno de la moralidad y para trascender el ámbito de sus particulares intereses.

La tesis se opone tajantemente a la cristalización de los derechos en una Constitución al considerar que esta pretensión está motivada por una visión depredadora que tiende a excluir al pueblo del escenario de una política democrática.

Para Waldron no existe una relación de implicación lógica entre la existencia de los derechos básicos y la pretensión del constitucionalismo de atrincherar los derechos.

Los argumentos que el teórico utiliza para poner en entredicho la conveniencia de la constitucionalización de los derechos son básicamente dos. Ambos argumentos guardan una conexión y están orientados al principio de la participación del pueblo en la toma de las decisiones.

El primero tiene que ver con la rigidez de las cláusulas constitucionales. A los derechos legales se les busca consolidar y proteger como derechos constitucionales a través de su formulación en una carta fundamental bajo los auspicios de la intención de articularlos bajo una fórmula canónica, propia de una fraseología que abusa de obsesivas muletillas. El problema radica en que por este mecanismo, el valor enunciado en el concepto queda atrapado por esa fórmula canónica de difícil enmienda, perdiendo la flexibilidad que tenía en su origen. En este sentido, la constitucionalización de los derechos se traduce, en virtud de los propios obstáculos que genera la rigidez del texto, en una dificultad política considerable para una sociedad democrática que llegase a

considerar incorrectos los valores enclaustrados en la enunciación constitucional.¹³⁶

El segundo argumento se refiere a lo que el profesor Waldron, inspirado en Wesley Hohfeld, denomina una “discapacidad” de los procesos democráticos, puesto que se impide a la legislatura ordinaria realizar sus funciones habituales de revisión, reforma e innovación de la ley. Entonces la inmunidad constitucional se traduce, indirectamente, en una discapacidad de los ciudadanos al quedar acotados sus representantes legítimos.¹³⁷

Por la importancia y complejidad de los derechos, Waldron pone énfasis en que la filosofía política tiene una tarea por delante: mostrarse más cauta en sus razonamientos sobre el tema de los derechos sobre todo ahí donde existe un escenario de discrepancia tanto en las opiniones de los filósofos como en el ámbito social y político. El tema del desacuerdo es un punto nodal en la teoría de Waldron. Asume que el desacuerdo esa presente en todas partes y en todas las materias: en política social, justicia social y derechos de los individuos. Por la presencia habitual de los desacuerdos es preciso tratar de establecer un marco común. En este sentido, es deseable configurar una teoría de la autoridad por medio de la cual se pueda fijar alguna clase de instrumento para superarlas, pero el encuentro de ese mecanismo es una cuestión independiente de la discusión moral sobre los derechos. Por tanto, en este punto se puede encontrar por parte de Waldron una apelación a Thomas Hobbes. Es precisamente porque estamos atrapados en el desacuerdo que requerimos apoyarnos en una perspectiva como la de Hobbes, en la cual el valor intrínseco de las órdenes del soberano pasa a un segundo plano.

En la concepción de Hobbes, dice Waldron, el derecho está inmerso en un conflicto entre perspectivas e intereses rivales. Es el caso de las diferentes concepciones que se tienen respecto a la justicia. Ese es precisamente el contexto que hace a la legislación necesaria, pero también para Hobbes es el

¹³⁶ Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon. Oxford. 1999. p. 220 y ss.

¹³⁷ *Ibidem*. p 221.

contexto que hace a las reglas secundarias reglas de reconocimiento necesarias.

Para Hobbes no es suficiente con que la ley se formule y se publique sino que deben existir suficientes signos de su autor y de la autoridad –las marcas de una ley válida- a efecto de que se tenga la certeza de que se está frente una autoridad soberana que es la que puede proporcionar bases para la paz y el orden social. En la postura de Hobbes, advierte Waldron, se conciben una variedad de propuestas legislativas en conflicto propuestas por los individuos pero el soberano adopta una solución de manera autoritaria y se promulga con los signos formales de esa autoridad.¹³⁸

Sin embargo, afirma Waldron, las legislaturas modernas ya no funcionan estrictamente de esa manera. Las legislaturas modernas más que responder al desacuerdo lo “internalizan”. Por tanto, las legislaturas modernas emergen de procesos deliberativos en donde cualquier propuesta legislativa se someta a la consideración a través del debate parlamentario en busca de los acuerdos. Para ello, las legislaturas modernas están estructuradas para asegurar esto a través del establecimiento de reglas sobre la representación relativas a partidos, lugares e intereses. Reglas sobre las audiencias y discusiones; reglas sobre enmiendas y sobre todo, reglas relativas a la votación.

Waldron realza la importancia de este tipo de reglas secundarias puesto que permiten configurar el tipo de procedimiento legislativo deseado y al mismo tiempo planean la distinción entre los momentos de la deliberación y la promulgación. La primera valorada por su diversidad y carácter adversarial y la segunda por su determinación y univocidad.¹³⁹

La legislación emerge, pues, como un mecanismo que puede superar la discrepancia. No en el sentido de que ésta sea capaz de determinar lo que es justo, problema que seguirá, a final de cuentas, vigente. Sino más bien como instrumento para terminar, de manera provisional y contextual, el desacuerdo.

¹³⁸ Waldron, Jeremy, *op.cit.* p.39

¹³⁹ *Ibidem.*

4.2. LA PARTICIPACIÓN Y LA *JUDICIAL REVIEW*

Como hemos señalado, la participación aparece como un derecho fundamental para Waldron, puesto que sirve como un instrumento primordial para dar cauce a la pluralidad política de la comunidad así como para la solución del desacuerdo que priva entre las diferentes nociones de los derechos y la justicia.

Es menester, por tanto, involucrar en la toma de decisiones la opinión de los sujetos que se verán afectados por dichas medidas. Además, es menos probable que se tomen decisiones perjudiciales a los individuos si ellos mismos participan en su configuración.

El principio democrático defendido por Waldron se pronuncia por una participación igualitaria en la toma de las decisiones colectivas y la concepción de que, por tanto, el control de constitucionalidad es antidemocrático.

Asimismo, como citamos anteriormente, el profesor Waldron no desestima una teoría moral basada en los derechos, pero ésta, lejos de apropiarse de la noción del constitucionalismo –existencia de carta de derechos y control judicial de constitucionalidad- debería optar por un modelo que privilegiara la “regla de la mayoría”. Esto es, “un procedimiento que no restringe nada del conjunto de decisiones adoptable; ni siquiera la posibilidad de decidir no volver a usar ese procedimiento que, dadas las condiciones de la política a las que nos enfrentamos (las del desacuerdo razonable sobre el paisaje del coto vedado), Waldron considera más legítimo (la pura regla de la mayoría)”.¹⁴⁰

Es en este punto donde surge una aguda crítica a la tesis que Waldron formula en su oposición a lo que se ha denominado constitucionalismo fuerte y que ha permitido a Juan Carlos Bayón articular una noción de constitucionalismo débil.

Afirma Bayón que Jeremy Waldron ha incurrido en un acto de legitimidad de un “suicidio democrático” puesto que Waldron sugiere que nos enfrentemos a

¹⁴⁰ De Lora, Pablo, “La posibilidad del constitucionalismo thayeriano”, *Doxa*, núm. 23, pp.51-52.

una elección última entre dos reglas de decisión colectiva, como son la regla de la mayoría y el constitucionalismo, habiendo olvidado una cuestión: que una de las cosas que cabría decidir usando la primera es la adopción de la segunda, de manera que, aun concediendo como hipótesis la justificación última de la regla de la mayoría, justificado quedaría igualmente lo que trajese causa de ella. Se tendría entonces un sistema político en el que los derechos no serían concebidos como un límite externo y previo al procedimiento mayoritario, sino como un producto generado por su propio funcionamiento. Por tanto, si se defiende la posición de Waldron se tendría que defender una versión cerrada al cambio de dicha regla, expulsando de la agenda de la decisión la posibilidad de usar, en lo sucesivo, un procedimiento distinto.¹⁴¹

Pero además, en opinión de Bayón, no basta con que se prohíba el suicidio democrático sino que también es necesario proteger las condiciones mínimas que hacen posible el ejercicio de la democracia. Sin embargo, en la tesis de Waldron, no tiene sentido aludir a dichas condiciones puesto que no pueden quedar predeterminadas, en virtud de que su contenido queda siempre como objeto de la discusión deliberativa, siempre contextual y provisional.

En suma, la propuesta de Bayón a Waldron se orienta en el sentido de sugerir que Waldron asuma como condición mínima la existencia de un “coto vedado” para la subsistencia de un régimen democrático. La constitucionalización del coto vedado en forma de principios haría necesario un procedimiento de determinación correspondiente al propio legislador, obteniendo una Constitución flexible. El “constitucionalismo débil” de Bayón, sugiere que es deseable un diseño institucional que logre conciliar el respeto al mayor valor intrínseco del procedimiento democrático, -lo que implicaría que no sean los jueces constitucionales los que, en la práctica, tengan la última palabra sobre el contenido y el alcance de los derechos- y que, al mismo

¹⁴¹ Bayón, Juan Carlos, *op.cit.*, p. 222.

tiempo, aproveche las posibles ventajas instrumentales del control jurisdiccional de constitucionalidad.¹⁴²

5. OBJECIONES A JEREMY WALDRON

Como hemos visto, el planteamiento de Waldron presenta una de las más radicales posturas contemporáneas en contra la revisión judicial.

Jeremy Waldron, en uno de sus más recientes trabajos ha enfocado sus críticas a la institución de la *judicial review* considerada en su versión fuerte, al considerarla ilegítima en una sociedad democrática. Esa sociedad democrática que el profesor Waldron tiene en mente, está supeditada por cuatro condiciones que, según el autor, deberán estar presentes para que su crítica tenga base suficiente y que, dada su importancia, se reproducen.

La primera de ellas, que la sociedad cuente con instituciones democráticas que funcionen razonablemente bien, y en las que se incluya una representación legislativa electa sobre la base del sufragio universal de ciudadanos adultos; la segunda, que se cuente con un aparato de instituciones judiciales que también funcionen razonablemente bien y cuyos integrantes sean designados de forma no representativa y que tengan a su cargo la resolución de disputas judiciales individuales, así como la defensa del Estado de Derecho; en tercer término, el compromiso de la mayoría de los miembros de la sociedad, así como de la mayoría de sus funcionarios públicos, con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y, finalmente, un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de los derechos.

Sin embargo, y siendo optimistas con la idea de la democracia, se podría estar de acuerdo con la caracterización de una sociedad democrática como la que Waldron presenta, y al mismo tiempo, seguir concibiendo la pertinencia de la revisión judicial de la constitucionalidad, puesto que Waldron no demuestra, que, por su sola existencia, la institución de la *judicial review*, impugna las

¹⁴² *Ibidem*, p. 233-234.

motivaciones o los valores de los ciudadanos o de los legisladores que los representan.

Por otra parte, Richard Fallon, ha sostenido que ante la existencia de desacuerdos entre los ciudadanos de buena fe con relación a la significación y alcance de esos derechos, la institución de la *judicial review* no necesariamente debe aparecer como sustituto del proceso legislativo, sino que ambos poderes deben estar coordinados en la defensa de los derechos fundamentales y ambos, contar con la facultad de anular las leyes que razonablemente se consideren como violatorios de esos derechos fundamentales.¹⁴³

Además, la sola existencia de desacuerdos razonables sobre los derechos, propios de una sociedad democrática, no implica que una institución necesariamente articule resultados más correctos que otra.

Los desacuerdos, a los que tanta atención pone el profesor Waldron sobre los derechos y sobre las condiciones mismas de la democracia no dicen nada, en sí mismos, a favor de la regla de la mayoría.

En el caso de que ese desacuerdo en torno a los derechos fuera suficiente para preferir la regla de la mayoría, bastaría entonces observar y tomar nota de la serie de desacuerdos sociales que se han producido en la sociedad contemporánea sobre los derechos de las minorías, y constituirían un argumento que sería suficiente para preferir la regla de la mayoría, superando a final de cuentas el desacuerdo pero sin demostrar el valor de la regla mayoritaria.

En otro de los argumentos torales de Jeremy Waldron, uno de los aspectos principales gira en torno a la idea de que una teoría moral basada en los derechos no conduce necesariamente a defender ni la promulgación de una carta de derechos ni la existencia de un órgano de control judicial de constitucionalidad, pero la existencia de una teoría moral basada en los derechos que Waldron suscribe no tiene porque derivar necesariamente en una

¹⁴³ Fallon, Richard H, "The core of an uneasy case for judicial review", *Harvard Law Review*, t,121, p. 1699.

deliberación en sede legislativa y desechar tampoco la cristalización de algunos de esos derechos en una carta constitucional.

Enseguida, intentaré establecer algunas razones por las cuales considero refutables algunos de los argumentos del profesor Waldron.

En primer lugar, sostengo la idea de que para criticar el constitucionalismo es difícil sostener la tesis de Waldron, en el sentido de que el constitucionalismo, tal como asume el teórico, represente una actitud de desconfianza en torno a la autonomía y responsabilidad de los individuos, puesto que la existencia o ausencia de la autonomía de los sujetos es un problema que controvierte no la existencia de las cartas constitucionales y la presencia de tribunales constitucionales sino la existencia de todo el sistema jurídico. Mantener como vigente la idea de que las normas deben tomar en cuenta el reconocimiento de la persona individual como un agente pensante dotada de habilidades para producir una deliberación en torno a los derechos que le afectan y para trascender el ámbito de sus particulares intereses es algo que debe reflexionarse –y de hecho, ha sido una reflexión histórica en el ámbito de la filosofía del derecho- desde la perspectiva de todo el sistema jurídico y no solamente desde la óptica de los derechos que las cartas constitucionales y los tribunales superiores contemplan en sus respectivos textos. Si Waldron sostiene que las cartas constitucionales y la presencia de tribunales específicos que las interpretan socavan la autonomía de los individuos significa que considera que las leyes emanadas de la legislatura son en realidad paradigmas del reconocimiento de la persona individual y de su autonomía.

Pero Jeremy Waldron parece ser muy optimista en este sentido, puesto que la labor de la legislatura representa para los ciudadanos vinculados por la norma un procedimiento con una fuerte carga heterocompositiva que difícilmente las figuras de la representación y la responsabilidad del legislador pueden excluir o aminorar. Esa falta de autonomía que Waldron resalta cuando alude a las cartas constitucionales y a la presencia de la judicatura

constitucional es la misma falta de autonomía que caracteriza al proceso de la legislatura y a su producto normativo.

Por otra parte, como es posible observar previamente, el tema del desacuerdo es un punto de suma importancia en la construcción de Waldron. El desacuerdo, asume el profesor, está presente en todas partes y en todas las materias. Son las legislaturas las que en esta tesis cumplen la función de integrar el desacuerdo a los procesos deliberativos en busca de los acuerdos. Así, la legislatura, se concibe como un mecanismo para superar la discrepancia, cuando menos de forma provisional y bajo determinados contextos.

En este sentido, tal vez la teoría de Waldron subestima la capacidad de otros operadores jurídicos para terminar, bajo las mismas características que subraya Waldron, el desacuerdo. En realidad, lo que hace la legislatura es lo mismo que pueden hacer otros agentes del derecho cuando de clausurar una controversia de derechos se trata. Las asambleas constituyentes originarias, por ejemplo, han servido como agentes que superan, temporalmente y bajo determinadas circunstancias el conflicto. Lo mismo se puede afirmar, bajo otras modalidades y otras circunstancias, de los tribunales constitucionales.

Se me podría objetar que la culminación del conflicto en Waldron solamente se entiende previa verificación de los principios de la participación y la deliberación, pero las reglas del proceso legislativo en las que Waldron pone énfasis para defender el debate parlamentario en busca de los acuerdos tales como reglas sobre las audiencias y discusiones; reglas sobre enmiendas y reglas sobre votación, no garantizan que la superación del conflicto en sede legislativa abone más a una teoría que sobre los derechos dice sustentar Waldron que la superación del desacuerdo por vía jurisdiccional. La noción del desacuerdo que parece total en la teoría de Waldron puede desembocar en otras vías no legislativas y encontrar respuestas de superación del propio desacuerdo aplicando reglas secundarias del tipo de las que menciona. Además, Waldron parece por alto que, en muchas ocasiones, la superación de

los desacuerdos por la vía del derecho no es resultado de la puesta en aplicación de reglas secundarias que regulen la participación y la deliberación sino resultado de un discurso de poder que por no encontrar otro medio superior de revocación o revisión tiende a clausurar de plano nuestras controversias sobre algunas de las concepciones fundamentales.

Además, la importancia decisiva que el profesor Waldron parece dar a la regla de la mayoría y al voto de los ciudadanos podría relativizarse, puesto que el tipo de decisiones que usualmente entran en juego en el tratamiento de los derechos y la esfera pública en la deliberación de sociedades democráticas difícilmente puede quedar vinculado a una mera regla aritmética. Lo deseable es que la discusión se coloque en un contexto mucho más amplio que el que proporciona la simple regla puesta por la mayoría, donde el recurso a ciertos contenidos preconstituidos funcione como límite.

Puede ser un exceso, además, el considerar el derecho al voto como “el derecho de los derechos” tal como Waldron lo sugiere, pues si bien es cierto el voto es un mecanismo fundamental en las democracias representativas no significa que sea el acto más importante y la manifestación más importante de la autonomía de los individuos. El sufragio puede constituir uno de varios mecanismos tendientes a la distribución y a la legitimación del poder, pero no el único. Pero además, el mecanismo de control judicial de constitucionalidad no excluye la influencia de las opiniones de los ciudadanos, ni tampoco la existencia de un debate público más o menos general que, en ocasiones precede a la decisión del tribunal y que puede llegar a tener más impacto material en la decisión del órgano que aquel que usualmente tiene la ficción de la representación.

Por otra parte, la tesis del profesor Waldron parece no tomar en cuenta la decadencia de la institución legislativa que se manifiesta en el déficit de la representación generada por la propia complejidad que han ido adquiriendo las distintas formas de organización ciudadana, tanto en el ámbito económico,

como en el social y cultural, formas de agrupación ciudadana que desbordan los clásicos mecanismos de representación.

En términos generales, las construcciones doctrinales que afirman la existencia de una crisis de la institución parlamentaria, se centran en la pérdida de independencia de la institución representativa en relación con las demás instituciones del Estado en general y con el Ejecutivo en particular, y en relación también con los elementos no institucionales del sistema, como serían los partidos políticos y la dinámica generada por los mismos.¹⁴⁴

6. JOHN HART ELY: UNA RESPUESTA ACOTADA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Uno de los planteamientos ya clásicos con relación al papel que deben jugar las cortes constitucionales en un sistema democrático es el del profesor John Hart Ely.

A diferencia de los enfoques que parecen pronunciarse tajantemente por la conveniencia o inconveniencia de la *judicial review*, la tesis de Ely representa un punto de vista por virtud del cual, si bien se acepta el control judicial de constitucionalidad, éste se encuentra limitado. De forma tal que el juez constitucional sólo tendría participación cuando el proceso democrático esté en riesgo al obstruirse los canales tradicionales de participación, tales como el derecho al voto o los derechos de expresión o asociación, o cuando, en virtud de la existencia de prejuicios se pongan en riesgo los derechos de las minorías.

La teoría de John Hart Ely se encuentra expuesta en su texto *Democracy and distrust*, publicado por primera vez en 1980. El libro del autor norteamericano se convirtió rápidamente en un referente obligado para cualquier aproximación que se quiera hacer a la legitimación de los jueces constitucionales y a la interpretación constitucional. Contiene una de las formas

¹⁴⁴ GARCIA MORILLO, Joaquín, “Mitos y realidades del parlamentarismo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 9, 1991, p. 115.

de auto restricción judicial que pretenden superar el dilema o la objeción contramayoritaria. Uno de los rasgos fundamentales de su obra radica en la primacía otorgada a determinados valores democráticos sin que los derechos fundamentales ocupen un lugar primordial.

6.1. UNA BREVE AGENDA DE LA TAREA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En *Democracy and Distrust*, Ely toma como punto de partida de su teoría la necesidad de superar la que él considera la discusión típica entre lo que el profesor denomina *interpretativism* y *non-interpretivism*. El primero sostendría que la actividad de los jueces debe limitarse a hacer efectivas las normas que están explícitamente establecidas, o claramente implicadas en el documento constitucional. En cambio, el *non-interpretivism* afirma que los jueces no tienen porque estar constreñidos al texto constitucional y deberían buscar las respuestas incluso fuera de las normas.

Ely rechaza ambas tesis, la primera porque involucra, en principio, un problema generacional al constreñir a los jueces a la aplicación de normas que fueron promulgadas por constituyentes anacrónicos; pero además, porque el texto constitucional contiene cláusulas demasiado abstractas cuyo sentido no puede desprenderse del texto o de los debates de los constituyentes.

En cuanto a la segunda, Ely considera que tampoco es correcta porque no es legítimo que los jueces decidan con base en los principios que ellos privilegien en detrimento de las decisiones de una sociedad democrática.

Para superar ese debate, Ely propone que el contenido de las cláusulas con alto grado de abstracción debe buscarse no en la cláusula misma pero sí en el texto constitucional considerado en su totalidad y no fuera de él, y como para Ely, el propósito de la Constitución norteamericana es la protección de los procesos democráticos, la búsqueda del contenido de las cláusulas abstractas debe orientarse por esta temática.

En ese sentido, Ely formula una teoría adjetiva sobre la tarea que deben desempeñar los jueces constitucionales. Se muestra reacio a aceptar que el texto constitucional cumpla efectivamente con la tarea de garantizar derechos sustantivos, pero no propone suprimir por ello la institución del control constitucional, sino más bien orientarlo a la vigilancia de la faena legislativa con el objeto de que se propicie la protección de los derechos políticos que mantengan la dignidad y legitimidad de los procesos democráticos, así como la protección de las minorías.

Congruente con su perspectiva de considerar a la Constitución sobre todo como texto de derechos procesales, Ely sostiene que la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos la cual determina que ningún Estado puede “privar a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal” ha sido interpretada de manera incorrecta. Para Ely, la errónea interpretación de la citada cláusula es propia de quienes consideran que antes de que pueda determinarse que alguien tiene derecho al “debido proceso” debe demostrarse que la persona ha sido privada de un “interés de libertad” o quizá de un “interés de propiedad”.¹⁴⁵ Esta errónea interpretación se encuentra vinculada al panorama hermenéutico norteamericano surgido a partir de la sentencia *Lochner vs. New York*, fallo histórico de la jurisprudencia norteamericana en la que la Corte Suprema determina que la cláusula del debido proceso protege determinados derechos sustantivos tales como el derecho a la libertad contractual y el derecho a la propiedad.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, p. 19.

¹⁴⁶ El fallo emitido en el caso *Lochner vs New York*, fue motivado a raíz de la existencia de una ley de Nueva York vigente en 1895 que establecía para los trabajadores de negocios de panaderías una jornada laboral máxima de diez horas diarias y sesenta por semana. En el caso concreto el propietario de uno de esos establecimientos, de nombre Joseph Lochner, fue sancionado por hacer trabajar a uno de sus empleados más del tiempo permitido por dicho estatuto. En su fallo la Corte determinó la inconstitucionalidad de la norma razonando que a Lochner, le asistía el derecho a realizar un contrato laboral en relación a su establecimiento comercial, puesto que eso era parte de la libertad protegida por la Decimacuarta Enmienda, y esto incluía, según la sentencia de la Corte, el derecho a comprar y vender el trabajo, respectivamente para cada una de las partes contratantes. La Corte consideró que no había motivo razonable, según los parámetros de salubridad, para interferir con la libertad de la persona o el derecho de

El gran error de la era Lochner, según Ely, es el hecho de que la Corte Suprema discutía cuestiones de derechos sustantivos a los que la Constitución no otorga respuestas.

En cambio, uno de los mecanismos que el juez de Ely deberá tener siempre como objeto de su protección es el derecho al sufragio, pues aunque tal derecho no encuentre enunciación expresa en la Constitución norteamericana –tal como sucede con la libertad de asociación- su impedimento implica una esencial obstaculización del proceso democrático¹⁴⁷.

Otra de las tareas fundamentales que justifican la labor de las Cortes Supremas en la perspectiva del profesor Ely es el cuidado de la transparencia del propio proceso legislativo, sin embargo, el profesor Ely es escéptico sobre la realización práctica de la jurisdicción constitucional en esta actividad de vigilancia, esto en virtud de la relación entre costos y beneficios que tal operación traería consigo.¹⁴⁸

Otro de los puntos de la injerencia de los tribunales constitucionales es una cuestión relativa a la restricción de la actividad administrativa en el ámbito de la actividad legislativa. Dice Ely que, en teoría, el legislativo crea las leyes y el ejecutivo las aplica en determinados ámbitos, pero en la realidad el poder administrativo desempeña una función materialmente legislativa, por lo que es necesario implementar una agenda exhaustiva de la actividad legislativa que no deje espacios para la injerencia del poder administrativo. En ese poder administrativo en funciones de legislador, el profesor Ely reconoce un riesgo en virtud de la dificultad de control democrático que esto engendra, así como la menor carga de representatividad y responsabilidad.¹⁴⁹

libre contratación. A partir de esta resolución, la tendencia de la Corte fue interpretar la Decimocuarta Enmienda vinculándola a derechos sustantivos.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 116-117.

¹⁴⁸ *Ibidem*. p.125-131.

¹⁴⁹ *Ibidem*. p. 131- 134.

6.2. LA REPULSA A UNA TEORÍA SUSTANCIAL DE LOS DERECHOS EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En su manera de entender la función de la jurisdicción constitucional, Ely niega que exista el recurso a un supuesto método de filosofía moral al que los jueces tendrían acceso y que al mismo tiempo les permita encontrar el camino correcto en la determinación de los derechos y que por lo tanto no tiene sentido distinguir a los buenos de los malos jueces utilizando como criterio su capacidad para identificar ese supuesto método.¹⁵⁰ Ese argumento ha servido, sostiene Ely, para intentar justificar el papel de los jueces constitucionales.

Pero tal recurso a una teoría moral no es el único medio de que se han servido algunos teóricos para legitimar el papel de los juzgadores, sino también, sostiene Ely, “en una visión aún más desacreditada”, como lo es la ideología que versa sobre la existencia de derechos naturales a partir de los cuales se posibilitaría la evaluación del derecho positivo.¹⁵¹ En virtud de la vaguedad de la idea de los derechos naturales ha sido posible justificar casi cualquier cosa bajo ese rótulo.

Un argumento similar mantiene el profesor Ely con relación a otras posibles fuentes epistemológicas para el descubrimiento de los valores constitucionales. Ely manifiesta una repulsa a la tradición¹⁵² al considerar que por su ambigüedad difícilmente puede utilizarse como argumento para dar sustento a una posición, ya que prácticamente puede utilizarse para fortalecer cualquier punto de vista. Además, suele presentar problemas obvios, en virtud de la imposibilidad de saber qué tradición es la que se debe considerar. Y aunque pudiera identificarse afrontaría serios problemas teóricos como fuente de valores constitucionales en virtud de su fuerte carácter retrógrado que pone en evidencia su naturaleza antidemocrática, lo cual resulta difícil de ajustar, sostiene Ely, con la teoría del gobierno estadounidense, “según la cuál, la

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 56-57

¹⁵¹ *Ibidem*, p.48-54

¹⁵² *Ibidem*. p. 60-63.

mayoría de ayer, suponiendo que haya sido una mayoría, debería controlarla la de hoy”.¹⁵³

Algo semejante ocurre con su idea sobre el consenso, pues no le reconoce calidad epistémica, sino que el recurso al consenso solamente significaría la fijación de la postura de un grupo y la exclusión de los puntos de vista de otros. Además no hay, de hecho, un consenso por descubrir.¹⁵⁴ Y en el caso de que éste se presentara, de la opción entre los tribunales y las legislaturas, es claro que las legislaturas estarían mejor situadas para reflejarlo. Se puede conceder, según Ely, que las legislaturas no son completamente democráticas, pero esto no hará que los tribunales sean más democráticos que las legislaturas¹⁵⁵

Por tanto, al rechazar el derecho natural, la tradición y el consenso, Ely considera que no existe alguna fuente objetiva que permita a los jueces dilucidar el contenido de los derechos sustantivos, puesto que ni la misma Constitución consagra, en la tesis de Ely, ese tipo de derechos. En tal vertiente, sólo les corresponde a los jueces constitucionales asegurar un conjunto de procedimientos que tiendan a proteger los derechos políticos de los gobernados.

6.3. UNA OBJECCIÓN A LA TESIS ADJETIVISTA DE JOHN HART ELY

Algunos juristas objetan a Ely su aseveración de que la Constitución solamente contemple derechos adjetivos o procesales y no elementos sustantivos.

Al calificarla como una tesis inevitablemente reduccionista, se ha observado que Ely no justifica adecuadamente su inclinación a restringir el papel de la revisión judicial a una sola función como lo es desbloquear la construcción del proceso democrático, dejando intacto, por ende, lo que Stephen Holmes denomina “el mito” de una tensión fundamental entre constitucionalismo y democracia. Según Holmes aunque el argumento del profesor Ely es

¹⁵³ *Ibídem*, p. 62.

¹⁵⁴ *Ibídem*, p. 63.

¹⁵⁵ *Ibídem*, p.67.

persuasivo en algunos aspectos, sin embargo es de reprocharse su poca elaboración teórica abstracta, pero sobre todo, su falta de trasfondo histórico, puesto que, ciertos ejemplos históricos, como es el caso de la Corte *Warren*, evidencian la preocupación de la revisión judicial por diversidad de valores, como la imparcialidad, independientemente de su compromiso con la democracia.

Para Holmes, algunos derechos surgen de las necesidades del gobierno representativo, pero otros no. Pero aún más, para éste autor, la debilidad fundamental del argumento de Ely radica en otra parte: “Ely tiene razón al objetar a los jueces que, amparándose con el pretexto de la razón, el derecho natural o el modo americano, en realidad basan sus decisiones en normas subjetivas, que ocultan prudentemente tras un lenguaje confuso. Pero se equivoca al sugerir que ha resuelto este problema perenne. Su idea de “democracia” dista mucho de ser una norma libre de toda controversia que pudiera liberar a los jueces del cargo de subjetividad”.¹⁵⁶

Pero aún suponiendo que la Constitución se agote en su carácter procedimental, la sola noción de la “protección del proceso democrático” al que alude el profesor Ely genera cuestionamientos sustantivos con relación a su necesidad, así como en la identificación de los sujetos que deberán ejercer el sufragio; la participación de las mayorías; o simplemente la cuestión de cuándo estamos ante la presencia de una minoría.

Por eso se ha pensado que el juez moderado construido por la teoría de Ely, es, o puede ser, en el fondo, un auténtico activista.

¹⁵⁶ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster Jon y Slagstad, Rune, (comp.), *Constitucionalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 220.

CONCLUSIONES

En este capítulo asumimos cómo el uso de la regla de la mayoría, cuando menos en sus etapas originarias, se encuentra más orientado a la idea de un instrumento, práctica o procedimiento que a la concepción de un mecanismo vinculado a la consecución de finalidades sustantivas. En este sentido, la consideración de la regla mayoritaria como sistema democrático es tardía y fue necesaria la irrupción de la teoría contractualista de John Locke para percibir el influjo de la fuerza mayoritaria como criterio orientador del movimiento del cuerpo social y político y, además, como instrumento de legitimación del ejercicio del poder.

A partir de esos momentos del pensamiento político se intenta acceder a una legitimación axiológica por medio del recuento votos, estableciéndose entonces una ecuación identificativa entre democracia y regla de la mayoría.

En el marco de esta débil noción de “democracia”, el dualismo democracia y Constitución es insostenible, pues la simple existencia de una carta constitucional supone que un conjunto de derechos fundamentales quedan a salvo del vaivén mayoritario. Las concepciones “mínimas” o meramente “procedimentales” de la democracia no logran superar la tensión entre ésta y el constitucionalismo.

Ante esta irreductible tensión es necesario transitar del paradigma del Estado de Derecho, caracterizado por la omnipresencia del legislador y su producto normativo, hacia un Estado Constitucional de Derecho donde la legislación es una figura acotada y relativizada en virtud de la preeminencia de la Constitución y donde la legitimidad de las instituciones se encuentra íntimamente vinculada a la tutela, expansión y efectividad de los derechos fundamentales, derechos que no pueden quedar reducidos a los derechos típicos de la concepción paleoliberal correlativos a la obligación que el Estado tiene de no interferir en su esfera primordial, sino extenderse a los derechos sociales que imponen a los Estados acciones de intervención en la sociedad.

El papel de la jurisdicción constitucional en el Estado tradicional de derecho puede evaluarse como el de un típico legislador negativo, cuya función principal es la de fungir como figura heterocompositiva ante el conflicto de las competencias de los órganos públicos; en cambio, en la democracia constitucional la jurisdicción constitucional aparece como el instrumento total en la defensa de la libertad y de la igualdad.

Y es el ámbito de la defensa de la igualdad donde los tribunales constitucionales han asumido un papel protagónico, manifestado en el campo de la discriminación inversa como una modalidad de las acciones afirmativas. Bajo casos ejemplares, el reconocimiento jurídico de las diferencias se ha venido desarrollando, en alguna medida, a través de la actividad de los tribunales constitucionales.

La jurisdicción constitucional encuentra entonces en el contexto de la democracia constitucional y en la efectividad de los derechos de libertad e igualdad algunas pautas indicativas de su propia legitimidad.

No obstante lo anterior, la institución de la jurisdicción constitucional ha encontrado fuertes reticencias en la figura de filósofos contemporáneos del derecho, como es el caso paradigmático del profesor Jeremy Waldron, quien considera a la revisión judicial de la constitucionalidad una figura ilegítima en el contexto de una sociedad democrática. Al pronunciarse por una participación igualitaria en la toma de decisiones colectivas y al considerar que la noción del desacuerdo sobre los derechos es una cuestión fundamental que solamente puede tomarse en serio en el contexto de procesos deliberativos en sede legislativa que aseguren el respeto del principio de representación, Waldron considera que la institución de la revisión judicial de la constitucionalidad es antidemocrática. Sin embargo, en este capítulo se consideró que esta perspectiva no demuestra, que por su sola existencia, la institución de la jurisdicción constitucional impugna las motivaciones o los valores de los ciudadanos o de la legislatura que los representa.

Asimismo, se hizo hincapié en que la simple presencia de desacuerdos sobre los derechos no conduce a la afirmación de que una institución produzca resultados más plausibles que otra y tampoco permite apreciar el valor de la regla mayoritaria.

Waldron no toma en cuenta la posibilidad de que otros operadores jurídicos cuenten con la capacidad y las herramientas para superar, de manera provisional y bajo determinados contextos, el desacuerdo, como podría acontecer, verbigracia, con las asambleas constituyentes originarias, entidades que, aunque sólo sea de manera temporal y bajo determinadas circunstancias históricas, tienden a superar el conflicto. Y lo mismo podría suceder, a partir de otros escenarios, con los tribunales constitucionales.

Asimismo, se consideró que ante el tipo de decisiones que entran en juego en el tratamiento de los derechos la importancia concedida por perspectivas como la de Waldron a la regla de la mayoría debe relativizarse. La discusión sobre los derechos amerita colocarse en un contexto más amplio que el proporcionado por la mera regla de la mayoría. Contexto en el que el recurso a ciertos contenidos preconstituidos funcione como límite.

Con relación a la tesis de John Hart Ely, que tiende a reducir el papel de los tribunales constitucionales a la defensa de determinados derechos políticos cuya vulneración implique una obstaculización al procedimiento democrático, pretendiendo alejar del conocimiento de la jurisdicción constitucional todo conocimiento de derechos sustantivos se argumentó que la misma implicación de la defensa o la protección del proceso democrático conlleva cuestionamientos sustantivos con relación a su propia justificación y desarrollo.

CAPÍTULO IV

EL ÁRBOL VIVIENTE Y LOS DERECHOS EN SERIO EN LA DEFENSA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior, además de orientar la búsqueda por la legitimidad de la revisión judicial de la constitucionalidad en la defensa de los derechos fundamentales y en la concepción de la democracia constitucional, analizamos y objetamos la perspectiva de una de las críticas más desarrolladas a la revisión judicial de la constitucionalidad. En este capítulo analizo y hago una evaluación de la perspectiva de dos de los más importantes defensores de la *judicial review*: Wilfrid Waluchow y Ronald Dworkin. En el caso de Wilfrid Waluchow centraremos la discusión en su metáfora de la Constitución como árbol viviente, metáfora que permite reconocer el valor de las cartas constitucionales no como acuerdos definitivos, sino como entidades en constante crecimiento y evolución. En el caso de Ronald Dworkin se toman en consideración aspectos típicos de su construcción argumentativa, tales como su distinción entre derechos individuales y objetivos colectivos; su perspectiva de la democracia constitucional y su “lectura moral de la Constitución”. Estos tres elementos los vinculamos a una orientación que defiende la intervención de la revisión judicial de la constitucionalidad. En este capítulo hago también una revisión de las críticas que Andrei Marmor ha formulado a la perspectiva de Wilfrid Waluchow.

2. LA METÁFORA DEL ÁRBOL VIVIENTE

Wilfrid Waluchow ha propuesto en tiempos recientes incorporar al debate la idea de observar e interpretar la Constitución como si la misma fuera un “árbol viviente”. Se trata de una perspectiva originariamente introducida hace varias

décadas por Lord Sankey en el caso constitucional canadiense conocido como “Edwards” decidido en 1930.¹⁵⁷ Sankey introdujo en el derecho constitucional canadiense la metáfora del “árbol viviente”, en la cual la carta constitucional es considerada una planta viva capaz de crecimiento y expansión dentro de sus propios límites naturales. Sujetos los actores legales a una carta de derechos concebida así, sus decisiones estarían supeditadas a diversos contextos sociales, políticos y legales, inmersos en permanente cambio que se aleja del paisaje estático con el que usualmente se identifica el atrincheramiento constitucional.

Este atrincheramiento de los derechos contenidos en las cartas a los que la doctrina del árbol viviente se opone es un punto de partida compartido, según Waluchow, tanto por defensores como detractores de las cartas constitucionales, puesto que ambos parten de la idea de que las cartas pretenden establecer un punto fijo, una cuestión estable caracterizada por el acuerdo y el precompromiso, figuras que suelen poner límites morales considerados apropiados al poder político a través del establecimiento de mecanismos que imponen un coto vedado de derechos reconocido generalmente en el esquema de constituciones rígidas y que presuponen que en los momentos de creación constitucional, la sociedad actúa racionalmente, decide imponerse autolimitaciones y atrincherar cuestiones que se consideran importantes para evitar en el futuro su revisión o modificación por mayoría.

Desconfiando de la racionalidad de generaciones posteriores se utiliza la conocida versión de la estrategia de Ulises. Ulises decide atarse al mástil de su barco conociendo de antemano la irresistible seducción del canto de las sirenas, cancelando de ese modo la posibilidad de tomar decisiones que traerían efectos desastrosos o fatales. La metáfora invita a pensar que la sociedad necesita de una Constitución de la misma forma que Ulises necesita sus ataduras.

¹⁵⁷ Waluchow, Wilfrid, *A Common Law Theory of Judicial Review*, Cambridge University Press, 2007, p.182

Pues bien, los apologistas de las cartas consideran que ese punto fijo puesto por las cartas es no solamente posible sino también moral y políticamente deseable. En tanto que los detractores suelen también partir de la concepción del atrincheramiento pero sólo para oponerse a éste y negar que sea moral y políticamente deseable.

En esta última vertiente, una de las críticas más influyentes es la expuesta por el profesor Waldron al argumentar que las situaciones de acuerdo y precompromiso de las que parten los apologistas sencillamente no puede existir dentro de lo que Waldron denomina “las circunstancias de la política”. Esta concepción de las circunstancias de la política, Waldron la adapta a su obra a partir de una idea de la discusión de John Rawls acerca de lo que éste último denomina, siguiendo a su vez a Hume, “las circunstancias de la justicia” y que “pueden describirse como las condiciones normales en las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria. Así, aunque la sociedad sea una empresa cooperativa para beneficio mutuo...está igualmente caracterizada tanto por un conflicto de intereses como por una identidad de los mismos. Existe una identidad de intereses dado que la cooperación social hace posible para todos una vida mejor que la que uno podría tener si tuviera que tratar de vivir únicamente gracias a sus propios esfuerzos. Existe un conflicto de intereses dado que los hombres no son indiferentes a la manera como habrán de distribuirse los mayores beneficios mediante su colaboración, ya que con el objeto de promover sus propios fines cada uno preferiría una porción mayor que una menor”.¹⁵⁸ Constituyen pues aspectos de de la condición humana, tales como la escasez moderada y el altruismo limitado de los individuos, los cuales hacen de la justicia una virtud y una práctica tanto posible como necesaria.

Recordemos que Rawls señalaba que una sociedad en la que existen las “circunstancias de la justicia” es aquella en la que no existe ni una extrema escasez pero tampoco una abundancia de bienes y en donde las personas, en

¹⁵⁸ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997. p. 126.

lo que se refiere a sus capacidades físicas y mentales, son más o menos iguales entre sí, pero al mismo tiempo vulnerables ante las agresiones de los demás. En ese sentido, para Rawls, no existe un parámetro o criterio independiente que nos permita alcanzar a deducir lo que es justo, aunque es optimista en cuanto a que sí existen procedimientos que nos permitan alcanzar tales estándares equitativos.¹⁵⁹

Esas “circunstancias de la justicia” propuestas por Rawls permiten a Waldron establecer una analogía con lo que él denomina “circunstancias de la política” y que hace consistir en la necesidad de un fieltro entre los miembros de sociedades pluralistas para un marco común en la decisión o curso de acción en alguna materia, aún dentro del marco del desacuerdo. Y esas circunstancias, según Waldron, resultan esenciales para la comprensión de muchas de las virtudes políticas, como la civilidad, la tolerancia al disenso, la práctica de la oposición respetuosa y sobre todo las reglas del derecho.¹⁶⁰

El acuerdo y el precompromiso generalmente presupuestos por los apologistas de las cartas de derechos no pueden coexistir con esas circunstancias de la política. Waldron considera que si la gente perteneciente a una sociedad pluralista no puede convenir en el contenido de los límites morales¹⁶¹ incorporados en sus constituciones, la misma no puede inteligentemente establecer un precompromiso orientado al punto estable y fijo de los límites constitucionales dentro de los cuales el poder del gobierno debe ser ejercido en su representación. Y si la gente no puede, racionalmente pre comprometerse, entonces ninguno de las bondades o beneficios que se anuncian con la protección de las cartas constitucionales, es posible. Por ende, no tenemos ninguna razón de adoptar una.

Es aquí donde el profesor Waluchow intenta ofrecer un marco alternativo que no se tipifique dentro de la asunción compartida tanto por los críticos como

¹⁵⁹ Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, España, p. 35.

¹⁶⁰ Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 102.

¹⁶¹ La controversia tratada en este capítulo sobre la posibilidad o imposibilidad de acceder a acuerdos sobre los principios morales se ubica en el plano de una moral convencional no en el plano de una moral “verdadera” o trascendente.

por los apologistas de las cartas. Como se ha señalado, tanto unos como los otros suelen dar por presupuesta una concepción de las cartas ligada a su atrincheramiento y rigidez. Lo que Waluchow hace es ofrecer una visión de acuerdo con la cual las cartas constitucionales no pretenden establecer puntos fijos de acuerdo y precompromiso y al mismo tiempo no tienen la necesidad de suponer un nivel de confianza excesiva hacia la rectitud de los jueces acerca de su concepción sobre los derechos morales.

La tesis de Waluchow no se basa en la confianza en el texto o en las intenciones de los autores de la Constitución, su punto de partida es el reconocimiento de que nadie tiene todas las respuestas a todas las cuestiones relevantes en materia de moralidad política.¹⁶²

Para apartarse de esa asunción compartida entre apologistas y detractores de las cartas, Waluchow articula un argumento sustentado en un análisis de H.L. Hart propuesto en su *Concepto de Derecho*. Dice Hart que: “De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto”.¹⁶³ Hart sigue diciendo que, en ocasiones, es posible advertir desde un principio que el campo jurídicamente tratado contempla casos individuales cuyas características son tan variables en su dimensión social que los convierten en esferas impredecibles, que por ende, imposibilitan a la legislatura para promulgar por anticipado reglas generales.

Este último campo es bastante extenso porque se presentan situaciones imprevistas que no es posible estén contemplados previamente en las reglas

¹⁶² Waluchow. Wilfrid, “A Common Law Theory of Judicial Review”, *Problema*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, núm 1, 2007. p.118 y ss.

¹⁶³ Hart, H.L.A, *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

generales de la legislación, por lo que de empeñarnos en sacar luz de la normatividad general y abstracta lo único que produciría es acceder a resultados absurdos o indeseables.

Sin embargo, en este sentido, el recurso a la textura abierta del derecho –de nuevo Hart- se traduce en que hay ciertas áreas de la conducta humana donde muchas cuestiones deben dejarse para que sean desarrolladas por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.

Esta necesidad de los sistemas jurídicos denunciada por Hart se traduce en que los mismos requieren de una mixtura de elementos de estabilidad tanto como elementos de flexibilidad. Y el profesor Waluchow es optimista en cuanto a que una lectura de las cartas constitucionales concebidas como árboles vivientes constituye una estrategia capaz de alcanzar una mezcla aceptable de ambos requerimientos pretendidos en la teoría de Hart.

En ese tenor, piensa Waluchow que en su concepción del árbol viviente se cuenta con un documento escrito que salvaguarda importantes derechos constitucionales pero afortunadamente no concebidos como sujetos a una forma fija en donde se permite, por ende, que los derechos morales relevantes se desarrollen en contextos cambiantes en los cuales la aplicación de estos derechos conlleva la posibilidad del debate en el escenario de la adjudicación constitucional. Si esta opción es viable, sigue diciendo Waluchow, entonces estamos fuera de la simple discusión compartida entre críticos y defensores de las cartas en la que promulgar una carta de derechos y rechazarla es un juego del todo o nada.¹⁶⁴

Al mismo tiempo, al incorporar las ideas de Hart, la pretensión de Waluchow es articular una tesis que permita salir adelante de las “circunstancias de la política” expuestas por Waldron en la que él mismo acepta, una lectura tradicional de las cartas constitucionales resulta insuficiente.

¹⁶⁴ Waluchow, Wilfrid, *op.cit.*, p. 118 y ss.

En el paquete del árbol viviente, las decisiones judiciales en casos constitucionales tienen una ventaja crucial en la aproximación que el juzgador hace a la manera del caso por caso. La norma constitucional se desarrolla a la manera del sistema del *common law*, partiendo de decisiones concretas sobre cuestiones particulares hacia una generalidad gradualmente mayor y no a la inversa.

Waluchow considera, siguiendo a Hart que el *common law* es un sistema que permite cumplir con las expectativas de estabilidad y flexibilidad. Y aún cuando Waluchow reconoce que el punto de la fijeza que Hart atribuye a ese sistema ha sido controvertido por la doctrina, Waluchow resalta la propiedad de adaptabilidad del *common law* apoyándose en la propia historia del sistema. Sistema que en la concepción de Waluchow aparece como un paradigma que permite la comprensión de las cartas y la revisión judicial, y esto es así porque, como ya lo avizoraba Hart, en ocasiones se pueden presentar situaciones imprevistas que pueden materializarse, por ejemplo, en agresiones a derechos morales y políticos claves, y como no se puede anticipar, naturalmente, cuándo y cómo esto va a ocurrir, por lo que, dice Waluchow, las cartas representan tanto el reconocimiento público de estos hechos como una promesa de que estas cuestiones serán tratadas al presentarse, más adelante, en casos concretos.

No obstante, el profesor Waluchow introduce también la postura de que es necesario hacer una distinción entre las meras opiniones morales y los verdaderos compromisos morales puestos en un equilibrio reflexivo. En este punto Waluchow se aproxima a John Rawls, quien en su *Teoría de la Justicia* afirma que en el camino para resolver nuestras dudas y en la búsqueda de la descripción preferida de una situación empezamos por describirla de tal modo que represente condiciones generalmente compartidas y preferentemente débiles. “Vemos entonces si estas condiciones son lo bastante fuertes para producir un conjunto significativo de principios. Si no, buscamos ulteriores premisas igualmente razonables. Y si es así y estos principios corresponden a

las convicciones meditadas que tenemos de la justicia, tanto mejor. Es de suponer, sin embargo que habrá discrepancias. En este caso tenemos que elegir. Podemos, o bien modificar el informe de la situación inicial, o revisar nuestros juicios existentes, ya que aun los juicios que provisionalmente tomamos como puntos fijos son susceptibles de revisión”¹⁶⁵

Ese camino supone avance y retroceso, supone también posiblemente alterar las condiciones de las circunstancias contractuales y de esa forma acceder a una descripción que exprese condiciones razonables y produzca principios que correspondan a nuestros juicios debidamente retocados y adaptados.¹⁶⁶ Precisamente a ese estado de cosas se refiere Rawls como el equilibrio reflexivo¹⁶⁷ que Waluchow introduce en su obra: “Es un equilibrio porque finalmente nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación”.¹⁶⁸ Waluchow piensa que el árbol viviente permitirá en el ámbito de la justicia constitucional este escenario.

3. UNA REVISIÓN AL ÁRBOL VIVIENTE DE WILFRID WALUCHOW

Sostengo la postura de que la concepción basada en la metáfora de la Constitución como un árbol viviente proporciona un argumento que puede contribuir a la legitimidad de las Cortes Supremas para pronunciar el criterio decisivo con relación a la existencia y alcance de los derechos fundamentales.

En este sentido, utilizar el argumento propuesto por Waluchow posibilita superar la discusión entablada entre defensores y críticos de las cartas de derechos sobre el atrincheramiento de las mismas. El argumento sirve para superar la polarización reflejada en la opción por la bondad y ventajas del

¹⁶⁵ Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, *op.cit.*, p. 32.

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ La noción de equilibrio reflexivo que posteriormente Rawls incorpora en sus obras más importantes, se encuentra ya en su primer artículo, publicado en 1951, *Out of a Decision Procedure of Ethics*. En *A Theory of Justice*, sigue en este punto las ideas generales de ese artículo. Cfr. Peña, Carlos. *Rawls: El Problema de la Realidad y la Justificación en la filosofía política*, Fontamara, México, 2008.

¹⁶⁸ *Idem.*

atrincheramiento o el rechazo de la rigidez de las mismas. Ya no se trata de jugar al juego del todo o nada, como bien lo dice Waluchow.

Concebir la metáfora de la Constitución como planta viva, permite entenderla como una entidad en constante crecimiento, siempre susceptible de adaptarse a las circunstancias, creencias y tendencias actuales y que sugiere apartarse de las posiciones originalistas defensoras de la supuesta omnipresencia de la “mano muerta del pasado” y de ilusorios puentes fijos de acuerdos y precompromisos.

Tal como advertimos, concebir el texto constitucional como una planta viva, como tal en constante desarrollo y evolución, cuyas raíces son fijadas por factores tales como precedentes judiciales, juicios morales de la comunidad puestos en equilibrio reflexivo y los términos que dicha comunidad ha elegido para expresar los compromisos fundamentales implícitos en su moralidad constitucional hacen de la tesis del árbol vivo una tesis que permite concebir – tal como Waluchow lo afirma- a las Cartas y a las declaraciones de derechos como mejores instrumentos para lidiar con nuestras limitaciones epistémicas sobre los efectos del poder del Estado en nuestros derechos fundamentales. Derechos en los que, pese a los dogmas de la plena certeza y seguridad que muestran algunas tesis decimonónicas, existen serias dudas en torno a su naturaleza, alcances y efectos, pero cuya importancia ha sido reconocida al incluirse en las Constituciones de cada país.

Pero la tesis de Waluchow no se agota en una recapitulación de la importancia de la concepción metafórica de las constituciones y de las cartas de derechos como un plantas vivas, pues este árbol vivo es uno que requiere, en la tesis de este autor, una casuística metodología del *common law* para la resolución de conflictos. Es esta metodología la que permitiría, a fin de cuentas, encontrar esa mezcla de estabilidad y flexibilidad de la que Hart hablaba.

Puesto que no se pueden definir de manera apriorística y para todos los casos que vayan surgiendo una regla general, el sistema debe permitir que se

vaya determinando, a través de una metodología ascendente –tal como la del *common law*- el sentido de los valores y los derechos fundamentales.

Los rasgos que Waluchow rescata del *common law*, son: primero, no hay formulaciones canónicas ni formulaciones autoritativas; segundo, no es elaborado por las legislaturas sino por las Cortes simultáneamente al aplicar las reglas al caso concreto; tercero, es creado por las Cortes en el mismo proceso de aplicación y aplicado retroactivamente a los hechos que se presentan antes del establecimiento de la regla; cuarto, la regla del *common law* no solamente se crea intersticialmente, esto es, no se trata de solamente de cubrir los vacíos del derecho legislado sino que tiende a realizar una función modificadora ahí donde la aplicación del derecho generaría un resultado pernicioso en el caso concreto.

De la misma forma, la tesis del árbol viviente permite suponer que la actividad judicial obtiene una ventaja importante pues permite una liberación de la participación del juzgador al permitirle una aproximación a la manera del caso por caso. Las expectativas en torno a la estabilidad y la flexibilidad de un sistema jurídico parecerían ganar terreno con la idea de la Constitución como un árbol viviente. Las cartas constitucionales representan, inclusive, en este sentido, el reconocimiento de la posibilidad siempre presente de que se actualicen situaciones o hechos imprevistos que puedan traducirse en agresiones a derechos morales y políticos trascendentes, entre ellos, por supuesto los derechos de las minorías y el reconocimiento también del desconocimiento de las circunstancias del tiempo y la forma en que esto va a ocurrir.

Sin embargo, al privilegiar Waluchow una concepción de los textos constitucionales como “árboles vivos” y de su aplicación a la manera del *common law* cabría preguntarse si para la subsistencia de la metáfora del árbol viviente el panorama debe reducirse a la metodología ascendente del *common law* o si por el contrario la perspectiva del “árbol vivo” puede ir más allá y ser compatible con el papel que otros intérpretes pueden jugar en el escenario de

una democracia constitucional. Entre estos operadores estarían, por ejemplo, los constituyentes originarios, los constituyentes reformadores, los legisladores, los abogados y los propios ciudadanos, y no solamente los jueces.¹⁶⁹

Pero eso quizá sea una empresa que Waluchow no tenga mente. Su visión de la metáfora del árbol viviente está vinculada a una metodología ascendente, en el que casuísticamente se van encontrando espacios para la flexibilidad y la estabilidad a través del cual se van construyendo las decisiones fundamentales de una manera gradual y humilde.

Se trata de una concepción alternativa, como el mismo Waluchow la denomina. Y es una concepción basada en el *common law* y no en una teoría general de la democracia constitucional. Pero además, al aceptarse como una premisa fundamental el que, en muchas ocasiones no sabemos por anticipado cuáles son nuestros derechos y libertades, esta carencia de perspectiva moral deriva, en la práctica, dice Waluchow, en un amplio cantidad de violaciones no intencionales a derechos básicos cometidas por el legislador y el ejecutivo, puesto que cuando estos agentes aprueban leyes simplemente desconocen el grado en el que su legislación, -por lo demás legítima y sensata- compromete derechos fundamentales, valores u objetivos sociales. Por ello, los sistemas jurídicos son típicamente sensibles a este rasgo de la condición humana y suelen emplear un conjunto de medidas para lidiar con ello.¹⁷⁰ El *common law*, en la teoría de Waluchow parece ser un mecanismo eficaz.

Pese a lo anterior, el profesor Kenneth Einar Himma, en un trabajo reciente,¹⁷¹ reprocha a Wilfrid Waluchow que en su obra no queda clara la cuestión relativa a si el derecho al auto gobierno es o no vulnerado por la revisión judicial de la constitucionalidad, pero si bien es cierto que en el contexto de la obra de Waluchow se puede apreciar que la autonomía es

¹⁶⁹ Flores, Imer, “The living tree: Fixity and flexibility a general theory of (judicial review in a) constitutional democracy?”, *Problema*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, núm 2, 2008, p.285- 305.

¹⁷⁰ Waluchow, Wilfrid, *op.cit.*, p. 11.

¹⁷¹ Himma, Kenneth E., “Constitutionalism, Judicial Supremacy, and Judicial Review: Waluchow’s Defense of Judicial Review Against Waldron”, *Problema*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, núm 3, 2009, pp. 86-87.

relegada en la justificación de la *judicial review*, consideramos que esto es así en virtud de que no tendría sentido vincular la autonomía de los sujetos a la presencia o ausencia de la revisión judicial, porque la cuestión de los derechos es una cuestión que se decide en el futuro, en el modelo ascendente del caso por caso.

Pero además, se puede considerar que la autonomía de las personas no resulta restringida o vulnerada si ellas mismas deciden transferir su decisión a otra persona porque consideran que tiene un conocimiento mayor sobre la materia sujeta a controversia.

4. LAS OBJECIONES DE ANDREI MARMOR

El profesor Andrei Marmor, en su ensayo *Are Constitutions Legitimate?* objeta algunas de las consideraciones de Waluchow. Su punto de partida parece ser la crítica al argumento que sostiene que las constituciones pretenden atrincherar los supuestos principios morales y políticos que reflejan un alto nivel de consenso en la comunidad. Paradójicamente, como observamos anteriormente, el propio Waluchow intenta evadir tal tipificación y parece no simpatizar tampoco con esa asunción. Pero parece que la pretensión de Marmor es volverlo meter en esa camisa de fuerza. Sigue diciendo Marmor que el punto medular del atrincheramiento constitucional es proteger profundamente los valores de la amenaza de los caprichos de tentaciones políticas momentáneas, y que por tanto, esta tendencia considera justificado remover la protección de esos valores por parte del procedimiento democrático regular y confiarlo a la Corte.

Marmor cita una de las afirmaciones de Waluchow en el sentido de que el papel de los jueces no es doblegarse a los inauténticos deseos de la mayoría y a sus opiniones morales equivocadas y disonancia evaluativa, puesto que su trabajo es respetar y hacer cumplir los verdaderos compromisos de la moralidad constitucional de la comunidad en un contexto de equilibrio reflexivo.

Marmor afirma, que en efecto, en sociedades pluralistas la gente no parece convenir en muchos juicios morales sobre la concepción de lo bueno o lo justo. Y que esos desacuerdos morales son copiosos, pero el argumento que Marmor quiere rebatir es el que afirma que existe un nivel más profundo de compromisos morales compartido extensamente en la comunidad y que es este nivel más profundo del consenso el que se debe estar presente en la decisión de los casos constitucionales. Marmor considera que aunque el punto de Waluchow es un poco más sutil -porque éste último afirma que no hay necesidad de asumir que tal profundo nivel de consenso moral está de alguna forma explícito, y que en lo que no hay consenso es en los detalles- Waluchow está de todas formas defendiendo el argumento. El punto es que hay un marcado compromiso moral compartido en un nivel profundo para generar una mayor moralidad constitucional articulada por un cierto proceso de razonamiento o equilibrio reflexivo.¹⁷²

En este tenor, Andrei Marmor piensa que aún cuando se aceptara tal parámetro de consenso profundo todavía se tendría que demostrar que la judicatura es más indicada que la legislatura democrática para aplicar esos valores correctamente en las decisiones constitucionales y la respuesta que proporciona Waluchow, en opinión de Marmor, es que el descubrimiento y aplicación de esos valores profundos se hace en el enfoque del “*bottom up*”, en la decisión del caso por caso y a sabiendas de que no necesitamos presuponer que sabemos todas las respuestas a cuestionamientos sobre valores de una manera anticipada. En tal escenario, -como ya vimos lo advierte Waluchow - las decisiones constitucionales se adaptan a las circunstancias particulares y a las necesidades sociales que están presentes en el momento en que se toma la decisión. Por ende, el constitucionalismo, no tiene porque minar el respeto por el pluralismo y no implica tampoco restricciones intergeneracionales que el precompromiso asume.

¹⁷² Marmor, Andrei, “Are constitutions legitimate?”, *Problema*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, núm 1, 2007, pp. 73-115.

Pero Marmor sugiere que lo que en realidad hace la postura de Waluchow es que no toma en serio al pluralismo aunque parezca defenderlo con su concepción evolutiva y que lo que Waluchow hace es comprimir la idea de la democracia hasta ligarla, inevitablemente, hacia el detalle y lo inauténtico. Dice Marmor, que en el contexto de Waluchow, solamente un proceso no democrático, un proceso que no se diseñe para agregar voluntades particulares u opiniones morales puede permitir la “voluntad general” o la subyacente “moralidad constitucional” y hacer que ésta triunfe.

El profesor Marmor afirma que, por el contrario, una inclinación al pluralismo se basa en la observación de que en sociedades pluralistas, la gente se encuentra dividida en cuanto a sus concepciones sobre los valores. Pero estas controversias son en sí mismas, controversias morales profundas, que se encuadran dentro de ciertos límites, razonables y dignas de respeto. Asimismo, Marmor destaca un aspecto relevante de la corriente pluralista, el hecho de que el pluralismo no mantiene que cada cuestión moral es razonable y profundamente polémica, puesto que existen muchos valores morales que sería irracional no compartir. Marmor ejemplifica su postura con el caso sobre la discusión sobre el aborto.¹⁷³ Aquí el dilema, asegura, es entre quienes piensan que el aborto es como un homicidio y por tanto debe ser prohibido y sancionado y los que consideran que el aborto no es un homicidio. Obviamente, los que consideran que el aborto no es un asesinato concederían que si en efecto lo fuera, entonces debería ser prohibido. Esa disputa no es un desacuerdo superficial que podamos considerar como poco auténtico. Al juego entran, generalmente, profundas creencias religiosas o la negación de ellas. Y esas cuestiones de convicción profunda en torno a las cuales discrepamos son razonables y deben ser respetadas. La objeción de una postura opuesta como la del constitucionalismo¹⁷⁴ estaría basada, en cambio, en la idea de que estos valores compartidos son demasiados generales y abstractos para llevarse

¹⁷³ Marmor, Andrei, *op.cit.*, p.109.

¹⁷⁴ Marmor considera a Waluchow un representante del constitucionalismo.

hasta las controversias morales y políticas de corte particular que tienden a presentarse en los casos constitucionales.

Asimismo, Marmor reprocha a Waluchow su excesiva confianza en las supuestas aptitudes del sistema del *common law* cuando de cuestiones constitucionales se trata, y que –dice Marmor- hace pensar a Walchow que en oposición a la legislatura que debe promulgar típicamente reglas generales, el desarrollo caso por caso llevado a por las cortes les permite centrarse en las delicadezas morales particulares del caso en revisión, desarrollando el derecho constitucional gradual y humildemente. Marmor objeta a Waluchow que esta visión trae además otra consecuencia: el hecho de que si suscribimos esa tesis estamos dotando de mucho menor importancia al texto constitucional que lo que usualmente se hace.¹⁷⁵ Aunque esto depende, acepta Marmor, del tipo de tradición constitucional que se asuma.

Pero además, Marmor critica el optimismo de Waluchow sobre su concepción que tiene sobre el *common law* como un sistema eminentemente progresivo y moralmente confiable. Señala, por tanto, que el *common law* puede ser, por el contrario, un sistema de mirada estrecha y carente de un adecuado proceso de regeneración. Es de una perspectiva estrecha, afirma, porque se encuentra sujeto a un proceso de toma de decisión centrado en casos particulares, esto es, en un proceso adversarial que no necesariamente permite que se aprecie en su totalidad el problema social o moral con toda su gama de complejidades. La vinculación del juzgador a las características particulares del caso en revisión así como a los argumentos y la evidencia fáctica aportados por las partes inmiscuidas en el litigio puede permitir que se emita, en ocasiones una buena decisión, pero a menudo esto no es así.

Por otra parte, añade Marmor, la aplicación del *common law* está basado en la fuerza obligatoria del precedente lo que justo como permite la expansión de ideas consistentes, al mismo tiempo expande el efecto de posibles errores porque un sistema cerrado como el *common law* tiene, en opinión de este

¹⁷⁵ Marmor, Andrei, *op.cit.*, p.110

autor, muy pocas oportunidades para corregirse. Los jueces son a menudo bloqueados por un cúmulo de precedentes.

En oposición a las limitaciones que tiene que encarar la judicatura, los legisladores en opinión de Marmor, cuentan con un mecanismo más desarrollado de respuesta y regeneración a su disposición. Aquí la perspectiva se amplía porque a diferencia del esquema particular adversarial que sujeta a los jueces, frente al legislador aparecen una serie de factores y agentes, tales como los grupos de interés, organizaciones populares, otras agencias gubernamentales, resultados electorales y las cortes, inclusive. Factores cuya injerencia se despliega sobre los potenciales o actuales efectos de la legislación.

Marmor es cuidadoso en distinguir la función que el *common law* cumple en cuestiones constitucionales y cuestiones ordinarias. En los casos no constitucionales el *common law* puede concebirse como un sistema más abierto, puesto que en cualquier momento la legislatura podría intervenir y ambas instituciones complementarse mutuamente convirtiéndose el derecho en un proceso en curso de negociación entre la legislatura y la judicatura. El problema del *common law* constitucional en un sistema de constitucionalismo robusto es precisamente la carencia de este proceso de ajuste mutuo, generando un sistema cerrado en el que las Cortes vierten la opinión final en materias constitucionales y sus decisiones son muy difíciles de cambiar. Las enmiendas son difíciles de hacer y las decisiones constitucionales tienden a ser duraderas. Dice Marmor que entonces no es posible apreciar la humildad de este proceso y tampoco es posible reconocer la sensibilidad del mismo en el reconocimiento de nuestra falibilidad moral como Waluchow sostiene.

Por ende, la legislación democrática, asevera el profesor, tiene la ventaja de que sus decisiones son alcanzadas por un proceso democrático y pueden ser modificadas por esa misma vía. Aún si la decisión es particularmente controversial no es probable que dure mucho tiempo. En una sociedad

democrática no hay vencedores o perdedores eternos, parece afirmar Marmor, y esa pudiera ser una de las claves de una sociedad pluralista.

5. CRÍTICAS A ANDREI MARMOR

Como hemos visto, Marmor objeta a Waluchow en varios puntos, sugerí que contrario a lo que señala Marmor en el sentido de que Waluchow no toma el pluralismo demasiado en serio acotamos que Waluchow es más pluralista de lo que parece.

Empero, como hemos visto, el trabajo crítico de Marmor reprocha también a Waluchow una confianza excesiva en las supuestas aptitudes del sistema de *common law* cuando de aspectos constitucionales se trata. Marmor muestra su desacuerdo sobre la visión de Waluchow de considerar que en oposición a la legislatura que promulga leyes generales, el desarrollo caso por caso llevado por los tribunales les permite centrarse en las delicadezas morales particulares del caso en revisión, desarrollando el derecho constitucional que se construye así de una manera gradual y humilde. La objeción se articula en el sentido de que de esta forma no le estamos dando la importancia debida al texto constitucional. Este argumento de Marmor es demasiado vago, pues no muestra las razones por las cuales optar por la intervención legislativa significaría un mayor respeto al texto constitucional.

La otra objeción radica en la crítica al excesivo optimismo que según Marmor presenta la tesis de Waluchow con relación a las bondades del *common law*, al que presenta como un paradigma de un sistema progresivo y moralmente confiable. Por el contrario, las características que Marmor le asigna al sistema son antitéticas: el *common law* es un sistema de mirada estrecha y, además, carente de un adecuado proceso de renovación. Sostengo la idea de que, en efecto habría un exceso en la concepción del *common law* como un sistema moralmente confiable, pero solamente si traemos a colación la idea del consenso profundo como mecanismo para encontrar una supuesta moral objetiva. No así si vemos al sistema de *common law* como un sistema evolutivo

y gradual bajo el cual las condiciones sociales determinan el cambio y en el cual las opiniones y convicciones morales diversas sean tomadas en cuenta en el razonamiento de los operadores del sistema.

De tal forma que el sistema del *common law* solamente resulta excesivo si bajo esa caracterización de sistema moral confiable Waluchow sigue pensando en el requisito de los verdaderos compromisos morales puestos en un equilibrio reflexivo. Bajo este tenor es difícil sostener que el sistema del *common law* a lo largo de su historia haya garantizado este equilibrio. Pero, haciendo a un lado esta pesada carga que en el contexto de su obra Waluchow parece imponerle a este sistema judicial, el *common law* si puede observarse como un sistema progresivo que ha posibilitado una ganancia en los derechos de las personas a través de la interpretación de la Constitución. La adaptabilidad del sistema es difícil poner en entredicho y permite, en efecto, enfrentar situaciones imprevistas que pudieran traducirse en violaciones a los derechos.

La caracterización que hace Marmor sobre el *common law* al calificarlo como un sistema de mirada estrecha porque se encuentra orientado a un proceso cuya toma de decisión se basa en casos particulares bajo una estructura estrictamente adversarial que no permite observar en su totalidad la problemática social o moral en su totalidad se basa en la idea de que lo único que existe, dice Marmor es una vinculación del juzgador a las características del caso, a los argumentos y a las pruebas aportadas por las partes. Esta vinculación no permite una perspectiva amplia. Pero el argumento de Marmor es cuestionable puesto que lo que en realidad ocurre en el funcionamiento del *common law* es que esta vinculación a esos elementos sólo es relativa y no excluye la posibilidad de una interpretación que tradicionalmente ha ido más allá de estos elementos. Sostengo el argumento de que el mecanismo adversarial ha permitido que a partir del caso concreto se posibilite una toma de posición moral que excede, en mucho, a una típica y simplista relación entre las características del caso, los argumentos de las partes y la evidencia fáctica. Incluso, el mero conflicto material que con toda su carga moral se ventila en la

sede del proceso puede generar mayores elementos para el razonamiento de los jueces que lo que en una asamblea legislativa se pudiera discutir. El principio de exhaustividad conlleva que el juzgador produzca un análisis pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes en debate puedan tener de la materia o cuestión que se ventila.

Por lo que corresponde a la flexibilidad del *common law*, el profesor Brian Bix, en un trabajo reciente¹⁷⁶ sostiene que lo que mantiene flexible al proceso en la mayoría de los sistemas del *common law* son las siguientes características: primero, los tribunales están generalmente obligados sólo por la decisión del tribunal previo y por el razonamiento necesario para llegar a esa decisión (*ratio decidendi*); no están obligados por otras declaraciones del tribunal previo (*obiter dictum*), y, segundo, los tribunales posteriores usualmente tienen una discreción relevante sobre cómo caracterizar las resoluciones y los razonamientos de los tribunales previos; no necesitan acatar la caracterización que de esa decisión haga el referido tribunal. La combinación de estas dos características permite que los tribunales tengan una gran libertad para “discernir” decisiones previas que no vienen al caso en un asunto que actualmente se plantea ante el tribunal.

Sigue diciendo Brian Bix que los tribunales están vinculados por decisiones autoritativas previas, pero los límites sobre cuándo y cómo los casos previos vinculan a los jueces, deja espacio para aquella flexibilidad para la cual la toma de decisiones judiciales del *common law* es bien conocida.¹⁷⁷

Brian Bix aclara que los tribunales están limitados sólo por un aspecto específico de la decisión previa (usualmente alguna combinación del resultado y una caracterización limitada de la regla o argumento que subyace a dicho resultado).

Por otro lado, Marmor es demasiado optimista al suponer que el carácter rígido que se empeña en atribuir al *common law* contrasta radicalmente con la

¹⁷⁶ Bix, Brian H, *Diccionario de teoría jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 205.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 252

naturaleza de la legislatura. El filósofo piensa que aquí la perspectiva se expande por la presencia de una serie de factores y agentes tales como grupos de interés, organizaciones populares, agencias gubernamentales ajenas a la legislatura, resultados electorales y las mismas cortes. Factores que influyen los potenciales o actuales efectos del trabajo legislativo.

Pero este punto también hay que relativizarlo, porque el trabajo de las Cortes, cuando menos en cuestiones constitucionales, nunca ha estado exento de la injerencia de estos factores sociales. En las decisiones de los tribunales vertidas en asuntos de suma importancia en los cuales se debate el establecimiento de derechos fundamentales o la prioridad de unos derechos sobre otros, la presencia de factores externos es una constante, e inclusive, en los sistemas modernos la tendencia es que la judicatura, de manera abierta, atienda las opiniones de los que directa o indirectamente están involucrados en el conflicto, lo que hace del sistema adversarial un sistema que no parece ser lo cerrado y rígido que Marmor parece caracterizar.

Además, dentro de las ventajas que Marmor encuentra en la legislación remiten al hecho de que sus decisiones sean alcanzadas en un proceso democrático y que puedan ser modificadas por esa misma vía. Dice Marmor que aún si la decisión es particularmente controversial no es probable que dure mucho tiempo. No obstante, la concepción de Marmor es ambigua al remitir solamente a un procedimiento que en la perspectiva de Marmor introduciría por sí sola la noción de la flexibilidad. Esta idea de Marmor parece alejarse de la realidad del funcionamiento de las legislaturas contemporáneas donde, contrario a lo que Marmor afirma, las decisiones particularmente controversiales es muy probable que duren mucho tiempo. La extrema solemnidad de los pasos legislativos retrasa cotidianamente la emisión de decisiones sobre cuestiones trascendentales. La flexibilidad y la rapidez de las legislaturas que Marmor señala difícilmente se pueden considerar como rasgos que contribuyan a su definición.

6. LA DEFENSA DE RONALD DWORKIN A LA *JUDICIAL REVIEW*

El trabajo de Ronald Dworkin constituye una de las defensas más influyentes y vigorosas de la labor de las Cortes Supremas para decidir sobre cursos de acción dentro del escenario de la repartición del poder norteamericano. La posición de Dworkin evidentemente busca convalidar la faceta de la Corte Suprema norteamericana al sugerir una lectura moral de la Constitución.

De cualquier forma, las aportaciones de Dworkin con relación a la fundamentación de la legitimidad moral de los tribunales constitucionales constituyen referencias obligadas en el debate teórico contemporáneo. Desde luego, dichas aportaciones se encuentran inmersas en un conjunto de textos que dan pie a una teoría del derecho y a una teoría del derecho constitucional, pero lo que interesa en este trabajo es abordar solamente lo relativo a la función y justificación de las Cortes Supremas para decir la última palabra en materia de interpretación.

Para hacerlo, podemos partir de algunas consideraciones que el autor hace en *Los Derechos en Serio*, particularmente de la distinción que establece entre los derechos individuales y los objetivos colectivos. Estos últimos, dice Dworkin, constituyen finalidades políticas no individualizadas¹⁷⁸, esto es, estados de cosas en cuya especificación no se requieren expectativa alguna o recurso o libertad en particular para individuos determinados. Estos objetivos tienen como función estimular los intercambios de beneficios y cargas en el seno de una comunidad, con el fin de producir algún beneficio global para ésta en su totalidad. Es el caso, por ejemplo de lo que Dworkin denomina “la eficiencia económica”, puesto que ésta necesita una distribución de oportunidades y riesgos que produzca la mayor acumulación de beneficios económicos definidos.

¹⁷⁸ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Planeta, México, 1993, p.159

Otro ejemplo de ellos son algunas concepciones de la igualdad, verbigracia, una comunidad puede tener como meta una distribución de tal forma que la riqueza máxima no exceda el doble de la riqueza mínima, o, en otro escenario, que ningún grupo racial o étnico esté mucho peor que los otros. Lo importante, parece decir Dworkin, es que la regla sea que todo objetivo colectivo propicie una distribución determinada, dados ciertos hechos determinados, aún cuando en cada caso concreto, los principios distributivos se subordinen a alguna concepción del bien colectivo acumulativo, de tal forma que proporcionar a un individuo una menor cantidad de algún beneficio sea un acto que se pueda justificar demostrando que así se llegará a un beneficio general superior.

Dworkin se refiere a las políticas públicas como proposiciones que precisamente describen objetivos colectivos. A diferencia de los objetivos colectivos, los derechos individuales son divisibles igualitariamente y siempre cuenta con un titular específico del mismo. En la concepción del filósofo norteamericano, algo puede ser llamado derecho sólo en la medida en que esa entidad pueda ser presentada como “carta de triunfo”, inclusive, frente a los objetivos colectivos en general. Supongamos, dice Dworkin, que alguien dice reconocer el derecho a la libertad de expresión, pero agrega que la libertad de expresión debe restringirse toda vez que su ejercicio puede molestar al público, lo que ese sujeto en realidad afirma, agrega Dworkin, es que reconoce como objetivo general el bienestar colectivo, y la distribución de la libertad general sólo en la medida en que tal objetivo colectivo la recomienda en determinadas circunstancias. Por tanto, concluye Dworkin, su posición política se agota en el objetivo colectivo y no tendría sentido reconocer a la libertad de expresión como derecho.¹⁷⁹

A partir de esta distinción entre derechos individuales¹⁸⁰ y objetivos sociales colectivos Dworkin inicia la construcción de su teoría sobre la legitimidad de los

¹⁷⁹ Dworkin, Ronald, *op. cit.* p. 161

¹⁸⁰ Dworkin establece distinciones entre diferentes tipos de derechos. Por ejemplo entre derechos básicos que son los que proporcionan una justificación que proviene de la sociedad en abstracto y derechos institucionales cuya justificación proviene de alguna institución política.

jueces constitucionales al establecer que si bien la situación de que el acto legislativo debe estar a cargo de funcionarios electos por la mayoría y responsables políticamente ante ella no admite objeciones cuando se concibe a la legislación como política¹⁸¹, esto es, como un compromiso entre objetivos colectivos y propósitos individuales en la búsqueda del bienestar de la comunidad. En ese sentido, los objetivos colectivos constituirían la tarea fundamental y exclusiva de los políticos.

Sin embargo, con relación a la tutela de los derechos individuales, la misma quedaría como objeto de la labor de los jueces constitucionales, operadores que tendrían la carga de formular lo que Dworkin denomina “argumentos de principio”, que son los argumentos que atienden a algún interés presentado por el proponente del derecho que describe. La importancia del interés individual que Dworkin hace suponer es de tal magnitud que hace que pierdan importancia las sutiles distinciones que pudieran oponer los argumentos políticos. Dworkin considera que en el caso de la protección de los derechos individuales, un juez que se encuentre separado de las pretensiones de la mayoría política cuyos intereses pudieran menoscabar tales derechos individuales estaría ubicado en una mejor posición para evaluar el argumento.¹⁸²

Dworkin enuncia una segunda objeción a la labor de los jueces y de la misma forma la resuelve mediante el recurso a la distinción entre derechos y objetivos colectivos. Afirma que si bien es cierto que en un escenario de decisiones generadas por directrices políticas sería injusto sacrificar los derechos de un inocente en nombre de un deber nuevo, creado después del hecho, no pasa lo mismo cuando se trata de razones que no son políticas, sino de principio. Según Dworkin, esta objeción no es aplicable en el caso de la

¹⁸¹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p.151

¹⁸² *Ibidem*, p.152

utilización de argumentos de principio, puesto que “si el demandante tiene un derecho en contra del acusado, entonces este último tiene un deber correspondiente, y es este deber, y no uno nuevo creado en el tribunal, lo que justifica que se falle en su contra. Aun si el deber no le ha sido impuesto por una legislación previa explícita, no hay más injusticia en imponérselo –salvo una diferencia- de la que habría habido en el caso contrario. La diferencia, naturalmente, reside en que si el deber hubiera sido creado por ley, el acusado habría tenido noticia explícita y hubiera podido prever las consecuencias de su conducta”.¹⁸³

No obstante, Dworkin desestima el hecho de que el acusado no tenga conocimiento del deber que se le reclama, puesto que en la opinión de Dworkin lo importante es que el demandante ostente título jurídico suficiente para contar con el derecho. “Si es obvio e indiscutible que tiene ese derecho, el acusado no está en situación de alegar que fue injustamente sorprendido, simplemente porque el derecho se generó de alguna manera diferente a la publicación en una ley”.¹⁸⁴

En este punto en particular el argumento de Dworkin en la identificación de los derechos y deberes se articula más allá de una legislación explícita en el contexto de un argumento de principio, siempre y cuando derecho y deber estén plasmados en un título jurídico suficiente, si bien dicho aseveraciones son congruentes con una teoría de los derechos como la propuesta por Dworkin, en donde los mismos no identifican su existencia en la noción de una legislación que preceda a éstos, el argumento no parece ser suficiente para demostrar la existencia del deber y el derecho en casos en donde se controvierte la existencia de algunos de los derechos individuales citados por el propio Dworkin, como podría ser el caso del derecho a la libertad de expresión o cualesquier otro derecho fundamental. En este caso sería muy difícil entender que el deber de respetar el ejercicio de la libertad de expresión quedará sujeto

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ *Idem.*

a la capacidad del demandante para hacer llegar al juez constitucional la convicción de que ostenta título jurídico suficiente en contra de las pretensiones e intereses de quien intenta vulnerarle su derecho.

6.1. DERECHOS INDIVIDUALES Y OBJETIVOS POLÍTICOS EN LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

La imposición de límites a las mayorías por medio de la promoción de principios básicos como el principio de igual consideración y respeto en torno del cual gira el sistema teórico de Dworkin, es una de las cuestiones centrales que el filósofo norteamericano intenta fundamentar con el apoyo de dos casos constitucionalmente ventilados ante la Corte Suprema de Estados Unidos.¹⁸⁵ En ellos, el autor justifica el trabajo del máximo tribunal mediante el recurso a sus nociones de argumentos de principios y argumentos políticos en el entorno de un escenario de discriminación y lo hace presentando, por un lado, el caso de un hombre negro de apellido *Sweatt* que intentó ingresar, en 1945, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, al cuál se le negó la admisión porque las leyes de ese Estado prescribían que la admisión era un derecho exclusivo de los blancos.

En ese caso, la Suprema Corte determinó que esa ley atentaba contra los derechos consagrados al promovente en la Décima Cuarta Enmienda a la Constitución norteamericana, misma que establece que ningún Estado puede negar a un hombre la igual protección de sus leyes. Por el otro lado, Dworkin analiza el caso *De Funnis*, el cual conjuntamente con el caso *Bakke*¹⁸⁶, inician

¹⁸⁵ Dworkin, Ronald, *op.cit.*, p. 327

¹⁸⁶ El caso *Bakke*, conocido por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1978, resolvió la situación de un estudiante blanco rechazado por la Facultad de Medicina de la Universidad de California, la cual reservaba un número determinado de plazas para minorías desfavorecidas desde los planos educativo y económico. La Corte estadounidense resolvió que tal reserva debería de considerarse inconstitucional. A pesar del fallo del tribunal, la importancia del caso *Bakke* es que inició la discusión judicial sobre las medidas de discriminación positiva que consideran la raza como un elemento relevante en ciertos casos para fundamentar el test de razonabilidad que se exige al momento de de aplicar el principio de igualdad. Podía decirse que, desde entonces, la Suprema Corte estadounidense ha decidido los casos en la materia dependiendo de la especificidad o del tipo de medida de que se trate. En este sentido, Alfonso Ruiz Miguel, tomando en cuenta la reconstrucción propuesta por Gerald Gunther ha considerado que la exigencia de mayor rigor en las discriminaciones recuerda las diferencias que la Suprema Corte de Estados Unidos ha

en la sede judicial estadounidense la discusión en torno a la discriminación inversa constituyendo dos de los casos más importantes ventilados en la historia judicial estadounidense. El caso *De Funnis* se origina en 1971, por un estudiante de origen judío que fue rechazado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington debido a sus políticas internas de discriminación inversa, la que establecía un sistema de selección que otorgaba puntos extra para minorías raciales desfavorecidas. El demandante consideró en su petición a la Suprema Corte que se declarara que la práctica de la Facultad de Washington que imponía estándares menos exigentes a los grupos minoritarios, violaba los derechos que le concedía la Decimocuarta Enmienda.

La visión que Dworkin tiene de ambos casos es muy diferente en uno y en otro. Así, Dworkin justificó la decisión que la Corte emitió en el asunto en el que falló a favor de *Sweatt* al considerar que se había lesionado el derecho constitucional de un hombre de color a ser tratado como igual. En cambio, con relación al caso de *De Funnis* consideró que no le asistía derecho constitucional alguno.

El argumento de Dworkin radica en la distinción que el autor hace entre el derecho a igual tratamiento y el derecho a ser tratado como igual. Afirma Dworkin que el derecho a igual tratamiento se identifica con una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas, esto es, una igualdad política; en cambio, el derecho a ser tratado como igual implica ser tratado con la misma

ido desarrollando a lo largo del tiempo en el examen o test utilizado para analizar las alegaciones de violación de la cláusula de igual protección de las leyes garantizada por la Decimocuarta Enmienda. Según esta reconstrucción tal jurisprudencia puede sistematizarse en tres tipos de test: “ a) un test estricto denominado *strict scrutiny*, para las distinciones normativas que afectan derechos fundamentales o son “sospechosas” (esto es, utilizan la raza o, con menos rotundidad, la filiación legítima), conforme al cual los fines de la norma o medida deben ser “perentorios” y la distinción necesaria para la realización de tales fines, (b) un test mínimo denominado *Minimum Rationality Requirement* o *Racional Basis Test*, utilizado en principio para la generalidad de las distinciones normativas, que exige únicamente que los fines sean lícitos en el marco de alguna concepción del interés general y que la distinción esté ‘racionalmente relacionada’ con ellos y (c) un test intermedio –llamado *Intermediate Review*- que se ha ido abriendo paso entre los dos anteriores para las distinciones que utilizan categorías ‘sensibles’ (aunque no sospechosas) como el sexo, la discapacidad o la edad, y por el que se exige que el fin de la norma o medida sea ‘importante’ y que la distinción esté ‘sustancialmente relacionada’ con tal fin”. Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, núm 19, 1996, pp. 39-86.

consideración y respeto que cualquiera, es decir, la igualdad como derecho.¹⁸⁷ El derecho a ser tratado como igual es fundamental y de él deriva el derecho a igual tratamiento. Dar igual tratamiento a alguien es asignar iguales recursos a dos personas sin atender a las diferencias que pueda haber entre ellas; por ejemplo, proporcionar igual cantidad de medicamentos tanto a una persona al borde de la muerte como a otra que apenas tiene una dolencia leve. En este ejemplo, no se estaría tratando con igual consideración y respeto a la persona más grave.

En algunas circunstancias, según Dworkin, el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede en todos los casos. En el caso del ejemplo del enfermo de gravedad, su derecho a ser tratado con igual consideración y respeto llevaría aparejado un derecho a un desigual tratamiento

En el caso a estudio, Dworkin consideró que *De Funnis* no tiene un derecho a la igualdad de tratamiento porque las plazas en la universidad no constituyen algo a lo que todo individuo tenga un derecho prioritario. Por tanto, el caso de *De Funnis* es un caso que se relaciona con la acepción política de la noción de igualdad, más no con la igualdad como derecho. Dworkin vincula esta idea de la igualdad como acepción política enlazándola con la prioridad de ciertos objetivos sociales: “Cualquier práctica de admisión que se siga pondrá en desventaja a algunos aspirantes, y se puede suponer razonablemente que una política preferencial para los solicitantes de grupos minoritarios beneficiará a la comunidad como tal, incluso teniendo en cuenta la pérdida de candidatos como *De Funnis*. Si hay más abogados negros, éstos ayudarán a que la comunidad negra cuente con mejores servicios jurídicos, con lo que se reducirán las tensiones sociales”.¹⁸⁸ Esta es una cuestión, que en opinión de Dworkin, tiene que ver con política y no con derechos, por tanto Dworkin convalidó la resolución de la Suprema Corte cuando desestimó el recurso de *De Funnis*.

¹⁸⁷ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p.332

¹⁸⁸ *Ibidem.* p. 333

Ahora bien, lo que interesa evidenciar en este punto, no es la cuestión de si en efecto, Dworkin tiene la razón al oponerse a las voces de muchos filósofos y activistas que consideraron que el caso de *DeFunnis* implicaba, al igual que el proceso de *Sweatt*, una violación de derechos individuales,¹⁸⁹ sino en el énfasis que en el caso de *Sweatt* tiene el papel de la Suprema Corte al invalidar una legislación que Dworkin consideró antitética a un derecho fundamental individual y el rol de omisión que desempeñó la Suprema Corte en el segundo caso y que Dworkin parece justificar al desestimar la materia de un juicio que el filósofo considera un asunto de política. Con el recurso a estos casos ventilados en la Corte, Dworkin parece confirmar su justificación sobre el papel que la *judicial review* debe jugar en la defensa de los derechos, sin convertirse en garante de la eficiencia de las prácticas sociales y de objetivos colectivos.

6.2. EL DESLINDE ENTRE CONCEPTOS Y CONCEPCIONES COMO ESTRATEGIA EN LA JUSTIFICACIÓN DE LA *JUDICIAL REVIEW*

En su obra, el profesor Ronald Dworkin introduce la distinción entre conceptos y concepciones no solamente para dar consistencia epistemológica a su teoría sobre los derechos sino además brindar densidad analítica a la labor de la *judicial review*. El concepto se ubica en el nivel más abstracto, en un nivel en el que el consenso se concentra alrededor de ideas discretas que se emplean en todas las interpretaciones de manera indiscutible. En tanto, las concepciones son las interpretaciones que identifican y asumen la controversia latente en esta abstracción.¹⁹⁰ Dworkin apela a los conceptos como planteamientos de problemas morales; en cambio, alude a las concepciones como aplicaciones que intentan resolver el problema moral implícito en el

¹⁸⁹ Es el caso, por ejemplo, del profesor Tom Campbell, quien argumenta que la distinción introducida por Dworkin entre preferencias externas personales, esto es, entre preferencias que se refieren únicamente a las aspiraciones y deseos que los individuos tienen para sí, y sus deseos acerca de lo que les gustaría que le sucediera a los demás, es una distinción dudosa y poco convincente para alcanzar un objetivo tan ambicioso como es la identificación de los derechos fundamentales que prohíben la explotación de las minorías. Campbell, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 94-95.

¹⁹⁰ Dworkin, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Gedisa. Barcelona.1992.

concepto. De esta guisa, la Constitución, afirma Dworkin, contiene conceptos, no concepciones.¹⁹¹ Para el autor es un error aducir que los conceptos son cláusulas vagas contenidas en la Constitución. “Las cláusulas sólo son vagas si las consideramos como intentos chapuceros, incompletos o esquemáticos de enunciar determinadas concepciones. Si las tomamos como apelaciones a conceptos morales, no se les podría precisar por mucho que se les detallara”.¹⁹²

En ese sentido, al prohibir la Constitución, por ejemplo, los castigos crueles y excepcionales, plantea una opción moral a favor de un derecho individual, pero no intenta emitir alguna concepción particular sobre la crueldad, por tanto, “la Corte sólo puede hacer cumplir lo que dice la Constitución tomando sus propias decisiones sobre lo que es cruel”. Para Dworkin no es la intención de los constituyentes originarios formular concepciones específicas sobre los conceptos en cuestión.

Por tanto, es a los tribunales a los que les corresponde no la formulación o reformulación de conceptos, sino la determinación de las concepciones que habrán de incorporarse en el devenir constitucional. Esta tarea resulta medular en el escenario de la justificación de la labor judicial por lo que para la realización de esta importante tarea de la especificación de las concepciones que habrán de aplicar los conceptos constitucionales Dworkin introduce su famosa figura del juez Hércules, un juez dotado de excepcionales habilidades que ubicado en el plano de la *judicial review* se caracteriza por una forma especial de interpretar las cláusulas constitucionales. Interpretar cada una de ellas de modo que su historia sea la mejor posible, teniendo todo en cuenta.

El juez Hércules admite que la Constitución es un texto peculiar, puesto que “la Constitución tiene una gran diferencia con los estatutos ordinarios. La

¹⁹¹ Andrei Marmor afirma que el concepto dworkiniano se parece mucho a la noción de Stanley Fish de las comprensiones previas que constituyen una comunidad interpretativa. Los conceptos no reflejan “reglas lingüísticas fundamentales que todos deben seguir para que haya sentido, sino sólo una convergencia de creencias que prevalecen dentro de una comunidad determinada, un patrón de consenso “que mañana podría...desaparecer”. Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 105-106.

¹⁹² Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*, op. cit., p. 216

Constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el documento, y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental¹⁹³ y debe dejar guiarse por un sentido de integridad constitucional.

La tesis del personaje de Dworkin es que “los jueces tienen el deber de hacer cumplir los derechos constitucionales hasta el punto donde la ejecución deja de ser provechosa para aquellos cuyos derechos se supone debe proteger, y esta tesis proporciona una interpretación aceptable y atractiva de la práctica constitucional del pasado”.¹⁹⁴

En ese tenor, pudiera pensarse que la irrupción de un juez como Hércules cumple una función argumentativa tendiente a plantear la idea de que el verdadero problema reside en encontrar o formar a un juzgador con esas capacidades y no en poner en entredicho las credenciales democráticas de la actividad jurisdiccional, especialmente en cuanto a su trabajo de revisión judicial de la ley, puesto que: “No hay razón para atribuir a ningún otro grupo determinado una mejor capacidad para la argumentación moral; o si la hay, entonces lo que hay que cambiar es el proceso de selección de los jueces, no las técnicas para juzgar que se les pide que usen”.

Dworkin advierte posibles objeciones políticas a su postura teórica sobre el juez constitucional. Uno de los principales argumentos en contra de la *judicial review* es el que Dworkin denomina el argumento de la democracia,¹⁹⁵ que supone que es el órgano legislativo como institución democrática el que debe decidir sobre problemas discutibles de teoría moral y política, puesto que su legitimidad proviene del hecho de que se trata de una entidad electa por el pueblo y efectivamente responsable ante éste.

Dworkin divide este argumento en dos planos: uno, que considera que sería más sano que una institución democrática, representativa y responsable tomara las decisiones sobre los derechos del individuo en lugar de un tribunal

¹⁹³ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, op. cit., p. 267

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 275

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 222-223.

que carece de tales atributos; y otro en el que se considera más equitativo que sea la institución democrática y no un tribunal la que se pronuncie, aun cuando no haya razón para creer que esa institución haya de llegar a una decisión más sana.

Nuestro autor controvierte esta última afirmación sosteniendo que, aún cuando se pudiera pensar que una decisión tomada por las mayorías sería equitativa, en los casos en que se ventila la existencia o inexistencia de derechos individuales no son las mayorías las adecuadas para dar solución a este tipo de asuntos, puesto que nadie puede ser juez de su propia causa.

El argumento de Dworkin entonces se inclina por la primacía de una democracia constitucional que se separa de las decisiones de las mayorías, puesto que es la democracia constitucional la que posibilita a los individuos la protección de sus derechos individuales sobre las decisiones tomadas por las mayorías o sus representantes. El constitucionalismo en Dworkin deviene como una “teoría de que a la mayoría hay que restringirla para proteger los derechos individuales”, por tanto lo que resulta ilegítimo es ceder la última palabra a los representantes populares.

Ahora bien, para dar respuesta al argumento que considera que dejar las decisiones sobre derechos individuales al proceso político en virtud de que mediante el mismo se podría llegar a decisiones más sanas, Dworkin recurre a la teoría de Bickel e intenta derrotarla. Alexander Bickel es un partidario de la restricción judicial pero sostiene que el papel de las Cortes puede ser justificado sólo si su trabajo produce resultados deseables mejorando el futuro de las sociedades.¹⁹⁶ El propio Bickel es escéptico en ese sentido y utilizó el rol del tribunal Warren para presentarlo como el paradigma de un tribunal que había fracasado en ese alto propósito que el propio Bickel menciona. Dijo Bickel que el tribunal Warren había fallado en su intento de integración racial.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 228

¹⁹⁷ La Corte Warren recibió tal denominación al ser encabezada por Earl Warren, nombrado *chief justice* en octubre de 1953. El periodo presidido por Warren se caracterizó, a partir de casos paradigmáticos como *Brown v. Board of Education*, por un fuerte activismo judicial en contra de la segregación racial. En

En suma, Bickel pensó que era muy difícil que las Cortes pudieran legitimar su papel, puesto que para ello tendrían que conseguir un cambio positivo en el futuro de la sociedad y la labor de la Corte Warren le sirvió como pretexto para denostar el papel de la *judicial review*, al tiempo que afirmaba que era preferible dejar la decisión final referente a los derechos al proceso político, considerando que éste brindaba mayor seguridad sobre la base de que la perduración del acuerdo político sobre los derechos pudiera servir como prueba de la moralidad política de ese acuerdo de una mejor manera que los argumentos de principio que podrían aportar los jueces.

Dworkin se muestra escéptico a esta idea y niega que los derechos individuales puedan surgir del proceso de las instituciones políticas de la manera tan normal como lo piensa Bickel. Por el contrario, Dworkin afirma que defender una concepción como ésta lo que en verdad encubre es la afirmación de que en realidad no hay derechos en contra del Estado. “Lo esencial de una afirmación de derecho...consiste en que un individuo tenga derecho a ser protegido contra la mayoría incluso al precio del interés general”.¹⁹⁸

Además, Dworkin asume que la existencia del control judicial de constitucionalidad se debe precisamente a la escasa calidad de los procesos políticos para propiciar condiciones de protección y fijación de ámbitos de libertad a los individuos y de procuración de condiciones de igual consideración y respeto a los mismos. Lejos de mostrarse optimista con relación a los acuerdos políticos, Dworkin considera que los mismos alientan compromisos que intentan subordinar a los principios.

6.3. LA OBJECCIÓN PROPUESTA POR EL ARGUMENTO DEMOCRÁTICO

Brown v. Board of Education se resolvió que las leyes estatales que establecían instituciones educativas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades educativas. A partir del fallo, la segregación racial fue considerada como una vulneración a la cláusula sobre protección igualitaria de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Sobre el trabajo de la denominada Corte Warren y la personalidad de Earl Warren, véase el trabajo de Rehnquist, William, *The Supreme Court*, *op.cit.*, pp. 193-208.

¹⁹⁸ Dworkin, Ronald, *op.cit.*, p. 229.

Otras de las objeciones al poder normativo de los jueces identificadas y refutadas por el trabajo de Dworkin tienen relación también con el denominado “argumento democrático”. Una de las más habituales, dice el autor, es precisamente el argumento democrático que sostiene que, en todo caso, sería el legislador electo y no el juez, el que se encuentra en mejor aptitud para decir la última palabra, puesto que los juzgadores decidirán conforme a sus propias convicciones y preferencias. Dworkin contesta esta objeción argumentando que hay dos formas en que un juez puede utilizar su opinión para tomar una decisión.

La primera será la que incurre en el ámbito de una mera discrecionalidad: “Ese juez confía en que el hecho descarnado de que él mismo sostiene una opinión política determinada constituye, en sí, una justificación de su decisión”.¹⁹⁹ Este activismo judicial es rechazado por Dworkin.²⁰⁰ Sin embargo, Dworkin considera que el juzgador puede confiar en su creencia en un sentido diferente: “el de confiar en la verdad o en la solidez de tal creencia”.

Contrario al activismo judicial, el juez Hércules “...no busca primero los límites del derecho para después completar con sus propias convicciones políticas lo que éste requiere. Se vale de su propio juicio para determinar qué derechos tienen las partes que se presentan ante él, y una vez hecho ese juicio, no queda nada que pueda ser sometido a convicciones, sean las suyas o las del público.”²⁰¹

Pero además Dworkin al proponer lo que él denomina una “lectura moral de la constitución” ha encontrado un camino por donde controvertir el argumento de la democracia propuesto por autores como Waldron o Marmor.

Dice Dworkin que a la lectura moral se le ha acusado de atentar contra la soberanía moral del pueblo para depositar en manos de una élite las

¹⁹⁹ Dworkin, Ronald, *op.cit.*, p. 200

²⁰⁰ Dworkin, Ronald, *El imperio...op.cit.*, p.279

²⁰¹ Dworkin, Ronald., *Los derechos en serio*, op. cit., p.202.

cuestiones más importantes y definitorias de la moralidad política que el pueblo tiene derecho a decidir por sí mismo.²⁰²

Dworkin ha dicho inclusive que la única objeción sustancial a la lectura moral que se toma el texto de la constitución seriamente es la que afirma que ofende a la democracia,²⁰³ pero el profesor opina que el debate es demasiado difuso, pues una parte dice que la Constitución compromete o restringe la democracia para salvaguardar otros valores y la otra se declara defensora de la democracia. Dworkin considera que ambas partes sostienen posiciones erróneas pues parten de una idea de democracia que él no comparte y que consiste en sostener que el objetivo que provee la esencia de la democracia es el diseño de procedimientos políticos que garanticen que la decisión alcanzada sea la que la mayoría de ciudadanos aprobaría o que tal diseño hubiera favorecido a esa mayoría si se hubiera tenido la información adecuada y el tiempo suficiente para reflexionar.

La tesis de Dworkin considera que el objetivo definitorio de la democracia es otro: que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto. Dworkin añade que no hay razón por la cual aducir que algún procedimiento no mayoritario no podría emplearse si éste tiende a ampliar y proteger de una manera más efectiva el estatus igualitario y la lectura moral coadyuva en este proceso al insistir en la posibilidad de que es posible encontrar “la mejor concepción de los principios morales constitucionales, el mejor entendimiento de lo que la igualdad de estatus moral de hombres y mujeres realmente requiere, por ejemplo, que encaje con el amplio relato de los antecedentes históricos de Estados Unidos. No les pide que sigan los susurros de sus propias conciencias

²⁰² Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en Hongju, Harold y Slye, Ronald C., (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, p. 103 y 104.

²⁰³ *Ibidem.* p. 115.

o las tradiciones de su propia clase o secta, si éstas no pueden considerarse comprendidas en esta historia”.²⁰⁴

La lectura moral, pues, asevera el autor, esta consciente de las limitaciones impuestas por la historia y la integridad de la constitución. La interpretación de la Constitución debe tener en cuenta prácticas jurídicas y políticas pasadas tanto como lo que los redactores de la misma quisieron decir y además dicha lectura debe disciplinarse al requisito de integridad constitucional. Como es sabido, Dworkin considera que los jueces deben mirarse a sí mismos como socios de otros jueces, tanto del pasado como del futuro, ocupados en elaborar, siempre conjuntamente, una moral constitucional coherente.²⁰⁵

7. VALORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN

Existen varios puntos en las aportaciones de Ronald Dworkin que contribuyen a forjar argumentos sumamente consistentes para legitimar el papel de los tribunales constitucionales en la toma de decisiones importantes cuando se trata de confrontar esta legitimidad con la legitimidad de la legislatura. Creo que sus argumentos más fuertes radican en torno a sus argumentos sobre la democracia constitucional.

Abordaré algunas razones por las cuales considero esto. Pero antes, me permito hacer algunas observaciones con relación a lo que constituye, cuando menos en *Los Derechos en Serio*, su punto de partida en la legitimación de judicatura, eso es, la distinción entre derechos individuales y objetivos políticos. Resumiendo al máximo su argumentación con relación a este último punto, se podría decir que el papel que las Cortes deben jugar en la visión de Dworkin es el de proteger los derechos individuales dejando para la legislatura el pronunciamiento sobre objetivos colectivos.

Como hemos visto, Dworkin considera que los objetivos colectivos constituyen finalidades políticas no individualizadas, de naturaleza grupal y

²⁰⁴ Dworkin., *La lectura moral y la premisa mayoritarista.*, op. cit, p. 111.

²⁰⁵ Op.cit., p. 111.

cuya función radica en estimular los intercambios de beneficios y cargas en el seno de una comunidad, con el fin de producir algún beneficio global para ésta en su totalidad. En cambio, para Dworkin, los derechos individuales son divisibles igualitariamente y siempre cuentan con un titular específico del mismo. La tutela de estos derechos individuales queda como objeto de la labor de los jueces constitucionales mientras que lo que él denomina objetivos colectivos constituye la tarea de los políticos y la legislatura.

Mi cuestionamiento radica en que la visión liberal de Dworkin no permite reconocer que lo que él denomina objetivos colectivos cuyo rótulo pudiera esconder también la existencia de derechos, es, en múltiples ocasiones, materia de disputas en la deliberación de las Cortes. La judicatura no se ha limitado a proteger lo que Dworkin califica como derechos individuales sino que también ha ido más allá en la protección de derechos que no se podrían catalogar como propia y exclusivamente individuales y que afectan, por tanto, a dimensiones colectivas.

Tengo en cuenta que la temática sobre los objetivos colectivos que encuentran un respaldo en las discusiones sobre derechos constituye un asunto sumamente controvertido y no es ésta la sede idónea para reconstruir las diversas propuestas que sobre el tema se han dado. Pero también es innegable de que desde posiciones muy influyentes, bajo las cuales se construye la crítica a la perspectiva liberal individualista, se defiende la visión de la irreductibilidad de los bienes públicos, tal como sucede con las tesis multiculturalistas²⁰⁶ en las cuales no deja de ponerse énfasis en la dimensión comunitarista y no solamente en la titularidad individual.

²⁰⁶ El profesor Francisco Ibarra Palafox ha dado cuenta de manera sistemática de la evolución del debate multicultural y, por ende, de la evolución del debate sobre la concepción filosófica de los derechos de las minorías. El profesor identifica tres etapas: en la primera etapa la cuestión se desenvuelve a través del debate entre liberales y comunitaristas, es decir, entre individualistas y colectivistas. Aquí el debate gira en torno a la prioridad de la libertad individual. Los liberales privilegian la libertad para decidir su propia concepción de la vida y conciben la autonomía individual como un factor imprescindible en la definición de las formas de vida de las personas. En ese sentido, el individuo precede moralmente a la comunidad. En cambio, el enfoque comunitarista controvierte la concepción de la autonomía individual y considera a los individuos como entes estrechamente vinculados y determinados por roles y relaciones sociales desempeñados en sus particulares contextos comunitarios. Aquí la concepción de lo que es la buena vida

Sostengo la idea de que la imposición de límites a las mayorías debe ir más allá de la promoción de principios básicos como el principio de igual consideración y respeto, que deja sin protección derechos relativos, por ejemplo, al reconocimiento de las identidades culturales. En ese sentido, el reconocimiento de las identidades culturales puede hacerse por una vía jurisdiccional de alto nivel y no son claras las razones por las cuales dichas declaraciones tengan que hacerse exclusivamente por la vía de la legislatura. Antes bien, considero que el conocimiento y reflexión que los tribunales realizan en torno a lo que Dworkin denomina derechos colectivos y que en la concepción de Dworkin le está vedada a la judicatura, puede contribuir a respaldar la legitimidad de las cortes. La aséptica separación que Dworkin intenta establecer entre los problemas inherentes a la política y los problemas inherentes a los derechos solamente existe en la ficción. El simple hecho de plantearnos la problemática en torno al principio fundamental del sistema teórico de Dworkin como lo es el principio de igual consideración y respeto²⁰⁷

no proviene de una revisión propia del sujeto sino que es definida por una determinada forma de vida preconcebida por la propia comunidad. La autonomía es algo que llega a ser caracterizado como nocivo y destructivo para las comunidades.

En la segunda etapa del debate, señala Ibarra Palafox, el propósito es demostrar que, cuando menos algunos de los derechos de las minorías tienden a promover los valores liberales. El debate se centra en la posibilidad de la consistencia o congruencia de los intereses sociales con los principios liberales de libertad e igualdad y es referida a la necesidad de la teoría liberal de asumir que los derechos de las minorías forman parte también de la teoría liberal. Para el profesor Ibarra Palafox esta etapa representa ya un progreso en comparación con la anterior pues se tiene ya una mejor comprensión de las implicaciones normativas del debate.

En la tercera etapa del debate se discute si el Estado liberal ha promovido realmente una cultura dominante en perjuicio de las minorías o si, por el contrario mantiene una posición de neutralidad al no favorecer una cultura en perjuicio de otras. El profesor sostiene que, según una asunción ampliamente compartida, el Estado mantiene una posición neutral respecto a las identidades etno-culturales de sus ciudadanos, como sucede con la religión. Sin embargo, sostiene el autor, esa supuesta neutralidad del Estado no aplica en la realidad pues el Estado liberal ni siquiera en materia religiosa ha mostrado una actitud verdaderamente neutral como se puede evidenciar con diversos ejemplos actuales. En esta tercera etapa del debate, sostiene Ibarra Palafox es pertinente preguntarse también qué instituciones de la democracia liberal son propias para una mejor convivencia con las minorías ante el viejo vicio de la democracia mayoritaria que tradicionalmente tiende a descuidar el desarrollo y protección de las minorías. Ibarra Palafox, Francisco, “La evolución del debate multicultural y su estado actual en la teoría liberal”, en Cáceres, Enrique, *et al.*, (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pp. 329-352.

²⁰⁷ Se ha aludido a la vaguedad de la idea del profesor Dworkin de “igual consideración y respeto” reprochando su “indefinición sustantiva” así como la debilidad de su estatus conceptual. Según Juan Antonio Cruz Parceró no está claro si se trata de un genuino derecho, si se trata de un presupuesto metodológico, o si se trata de un valor. “Aparecen, una vez más, las carencias conceptuales de Dworkin: su idea de la igual consideración y respeto ganaría mucho si aclarara enmarcándola en una teoría

conlleva una dimensión política que involucra estándares de generalidad y carga distributiva que Dworkin parece adscribir solamente a los derechos colectivos.

No obstante, el privilegio de la imagen de la democracia constitucional en la teoría de Dworkin es bastante adecuado como mecanismo al que es dable acudir cuando se controvierte la existencia o inexistencia de los derechos en tanto no son precisamente las mayorías las adecuadas para resolver este tipo de cuestiones, en virtud de que nadie puede ser juez de su propia causa. El rechazo de la premisa mayoritarista como elemento definitorio de la idea de democracia permite entender que, en todo caso, el objetivo decisivo de la democracia es otro: el hecho de que las decisiones colectivas sean tomadas por órganos cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto.

La actitud que la concepción constitucional de la democracia asume es que ésta se traduce en un gobierno sujeto a condiciones que regularmente las instituciones mayoritarias respetan, pero cuando no lo hacen, entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que protejan y respeten mejor esas condiciones.

En este sentido, en efecto, es difícil sostener una postura totalmente optimista respecto a que el acuerdo político vía entidad legislativa pueda servir como prueba de una determinada moralidad política, cuando por el contrario, la escasa calidad de la deliberación política legislativa produce muchas dudas sobre sus posibles efectos y resultados.

conceptual de los valores suficiente desarrollada”. Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 2004, p. 296.

CONCLUSIONES

En este capítulo se seleccionaron dos de las más influyentes posturas en torno al debate sobre la legitimación de la revisión judicial de la constitucionalidad que inclinan el péndulo hacia la justificación moral de dicha institución. Se presentaron dos tesis ya paradigmáticas en la defensa de la *judicial review*, como es el caso de las perspectivas de Ronald Dworkin y Wilfrid Waluchow.

Como es posible apreciar en este capítulo, la defensa del profesor Ronald Dworkin a la *judicial review* aparece esparcida en buena parte de su obra, siendo factible encontrarla ya en el aparato conceptual de sus célebres trabajos iniciales: *El imperio de la justicia* y *Los Derechos en Serio*, obras que han recibido infinidad de glosas, pero que no suelen reconocerse como portadoras de una defensa sobre la revisión judicial. Se intentó evidenciar que, aunque en ocasiones no de manera explícita, esa defensa se encuentra a partir de la distinción entre derechos individuales y objetivos colectivos. O en el tratamiento de la discriminación inversa y el deslinde entre conceptos y concepciones, inclinándose hacia la primacía de una democracia constitucional orientada hacia la defensa de los derechos individuales y una lectura moral de la Constitución que tiene como límites la historia misma y la integridad de la Constitución. Señalamos que la perspectiva en torno a la democracia constitucional puede ser un elemento que aproxima al tribunal constitucional a su legitimidad. Sin embargo, pese a que Dworkin defiende la idea de un constitucionalismo fuerte, la imposición de límites a las mayorías debe trascender el ámbito de la protección del principio de igual consideración y respeto entronizado por Dworkin y extenderse hacia el reconocimiento de las identidades y los derechos culturales y sociales, relativizándose entonces la separación que Dworkin establece entre problemas inherentes a la política y los problemas inherentes a los derechos.

Por otra parte, la defensa de la institución de la revisión judicial de la constitucionalidad en la teoría de Wilfrid Waluchow es diseñada en base a

presupuestos conceptuales distintos a los articulados por el profesor Dworkin, partiendo Waluchow de su metáfora del árbol viviente en la que la Constitución es concebida como una planta en continuo crecimiento y evolución. El marco alternativo sugerido por este autor intenta apartarse de la concepción tradicional de muchos defensores del constitucionalismo y de la *judicial review* que optan por la petrificación de los derechos contenidos en las cartas constitucionales como especies de precompromisos que posibilitan la vida democrática. Por el contrario, en la perspectiva de Waluchow esos derechos relevantes tienden a desarrollarse en contextos cambiantes que posibilitan el debate en el escenario de la adjudicación constitucional, siendo el sistema del *common law* el que permite una aproximación a las expectativas de equilibrio entre las características de flexibilidad y estabilidad que todo sistema jurídico constitucional debería tener.

En el contexto de la teoría de Waluchow y ante el dilema de si el derecho a la autonomía de las personas es o no vulnerado por la revisión judicial de la constitucionalidad, asumimos que la misma no resulta restringida o menoscabada si las mismas deciden transferir su decisión a otra persona al considerar que tiene un mejor conocimiento sobre la materia sujeta a controversia.

Asimismo, tal como señalamos, en la concepción de la Constitución como árbol viviente, las decisiones judiciales en casos constitucionales se desarrollan a partir de la aproximación que hace el juzgador a la manera del caso por caso, desarrollándose la norma constitucional a la manera del sistema del *common law*.

De igual forma, se sostuvo el argumento de que el mecanismo adversarial, lejos de representar un artificio de mirada estrecha, permite que a partir del caso concreto se asuma una toma de posición moral que va más allá de una simple relación entre las características del caso, los argumentos de las partes y la información fáctica.

CAPÍTULO V

ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La interpretación del texto constitucional ha despertado, en los últimos años, interesantes controversias teóricas. En el amplio espectro del tema se alude, por un lado, a métodos o enfoques utilizados en la construcción de teorías sobre la interpretación del derecho en general. El recurso a los métodos tradicionales de interpretación del derecho a los cuales hacía alusión Savigny y que reducían las posibilidades interpretativas a la adecuación a la metodología literal, histórica, sistemática y teleológica²⁰⁸, sigue estando presente en la manera en que los juristas se aproximan al debate sobre la interpretación de la Constitución. Sin embargo, el cambio cualitativo que se viene presentando en la concepción sobre los textos constitucionales, sobre todo a partir de las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, y que tiende a resaltar la importancia y jerarquía de los derechos fundamentales, así como a rescatar más allá del carácter declarativo o programático, el carácter normativo de la constitución, ha generado la percepción de que los métodos tradicionales de la interpretación del derecho son insuficientes, en muchos de los casos, para acceder a una interpretación plausible del texto constitucional. No es el propósito, en esta parte del trabajo, hacer una exploración exhaustiva de dichos métodos²⁰⁹. La intención es ubicarse en algunos elementos del debate

²⁰⁸ En relación al método sistemático de la interpretación ya los juristas romanos habían tomado en cuenta en sus formulaciones doctrinales el argumento *sedes materiae* que implica la comprensión del significado de las normas jurídicas a partir del lugar que ocupan en el conjunto de normas. En cuanto al denominado método teleológico cabría recordar que, históricamente, la búsqueda o el tratamiento de las finalidades del derecho ha sido una constante en las teorías tradicionales sobre la interpretación. El elemento teleológico aminora o se intenta excluir tras la irrupción del positivismo formalista. Así, el interés de los juristas se fue desplazando hacía el elemento lógico que muestra una mayor preocupación por la consistencia interna de las normas y la completitud del ordenamiento.

²⁰⁹ El recurso a los cuatro métodos clásicos de interpretación como mecanismos susceptibles de aplicar a la constitución es utilizado aún por influyentes teóricos de la constitución. Es el caso, por ejemplo, de Peter Häberle, quien considera que los mismos constituyen una “estructura argumentativa flexible”

contemporáneo en torno a la interpretación constitucional que permitan evidenciar que el problema de la legitimidad de los intérpretes no solamente involucra el dilema por cuál de los órganos del poder público se encuentra en la mejor posición para pronunciar la última tesis interpretativa en materia constitucional, sino que también el aspecto sustantivo o material del acto interpretativo incide en la construcción del discurso sobre la legitimidad de los propios intérpretes.

Para tal efecto, en la primera parte de este capítulo me centraré en el análisis de la perspectiva de las tesis originalistas, explicitadas tanto en la versión textualista como en su manifestación intencionalista. En segundo término me ocupó de la tesis de Hart, tesis que es tomada como elemento medular por las aportaciones de Waluchow y su metáfora en torno a la Constitución como árbol viviente. Las tesis originalistas contrastan con la concepción basada en la metáfora de la Constitución como árbol viviente que arroja elementos que sugieren interpretar el texto constitucional a la luz de la evolución de las circunstancias y las creencias acerca de la justicia. Posteriormente, recorro a la tesis de la lectura moral de la Constitución de Ronald Dworkin, teoría que tiene como punto de partida la concepción del derecho como integridad y el rechazo a cualquier indicio de discrecionalidad por parte del intérprete. Luego, tomo en consideración las aportaciones que el modelo neoconstitucionalista y la teoría de la argumentación jurídica han introducido en la temática interpretativa constitucional, particularmente bajo el rótulo de la ponderación y la distinción entre reglas y principios.

Se alude también al debate en torno a la especificidad de la interpretación constitucional considerando las posiciones que han defendido desde distintos enfoques la peculiaridad del texto constitucional como objeto de la interpretación y las que asumen que no es posible establecer una diferencia

aunque no pasa por alto la incierta interrelación que se quiere establecer entre ellos, desde los tiempos de Savigny: “es en el caso particular en el que el juez, a partir de su juicio, o más precisamente, de un criterio de justicia formado por la experiencia, puede argumentar cómo y por qué prevalece un método sobre otro, o de qué modo varios de ellos sustentan un resultado. Häberle, Peter y Hesse Konrad. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 37.

sustancial entre las normas constitucionales y las normas derivadas, por lo que, sostienen, no hay razón para utilizar técnicas y métodos hermenéuticos diversos.

Asimismo, una parte fundamental del capítulo aborda la posibilidad de concebir a la justificación y motivación de las sentencias constitucionales como vías o mecanismos que permitirían aproximar a la jurisdicción constitucional a su propia legitimación, tomando en cuenta la línea evolutiva que parte de un legalismo estricto hacia el Estado Constitucional de derecho, haciendo énfasis, además, en la dimensión pública de la justificación de las resoluciones.

2. EL ORIGINALISMO

En un sentido amplio, referido sobre todo al entorno de la interpretación constitucional en los Estados Unidos, el originalismo podrá entenderse como un tronco común de teorías que comparten varios hilos conductores. El más tópico, es la afirmación de que la Constitución puede ser concebida como un documento fundante, que ostenta un significado estable y aprehensible, el cual, se piensa, es establecido al momento de la promulgación y puesta en vigor del propio texto en cuestión.

Para David Lyons, “el modo de interpretación típicamente originalista supone que el contenido doctrinario de la Constitución se determinó completamente cuando fue adoptada, y que las doctrinas constitucionales pueden identificarse plenamente mediante un análisis del texto o de la intención original, siempre que se realice en forma objetiva y libre de valoraciones”.²¹⁰

Algunos rasos distinguen a la tesis originalista de la interpretación constitucional. Estos pueden ser la concepción de que la Constitución posee un significado susceptible de descubrir por el intérprete al que no le es permitido recurrir a elementos que no se encuentren “dentro del texto”. Asimismo, en una

²¹⁰ Lyons, David, *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 190.

de sus versiones, el originalista sostiene que el resultado de la interpretación siempre es unívoco pues tiene como fundamento el recurso a la intención de los redactores del texto “los padres fundadores”.

Las corrientes originalistas se enmarcan en lo que Waluchow ha denominado la visión estática (*fixed view*) de la Constitución, según la cual ésta es considerada una ley fundacional, cuyo significado, autoridad y existencia deriva de determinados hechos históricos de sus autores o de quienes ellos representan y cuyo principal objetivo es fijar un marco en el cual el poder del gobierno debe ejercerse.

Phyllis Schlafly señala que la voz originalismo ha sido introducida en nuestro vocabulario para describir a los jueces que basan sus decisiones en la Constitución escrita y no con la pretensión de que la Constitución es evolución. “El originalismo no es una nueva idea, como explica el juez Antonin Scalia en un discurso pronunciado en la Universidad de Vanderbilt. El originalismo fue una filosofía dominante hasta hace cincuenta años...La Constitución no es un organismo viviente”.²¹¹ En esa misma conferencia, el juez Scalia afirmó que contrario a lo que mucha gente piensa, el debate actual ya no es entre conservadores y liberales, sino entre originalistas contra constitucionalistas vivientes.

Como protagonistas de ese debate ideológico-jurídico, las corrientes originalistas han ido adquiriendo en los últimos años un marcado protagonismo dentro del debate norteamericano sobre la pertinencia o inviabilidad de la *judicial review*. Debate que evidencia una determinada toma de posición frente al activismo judicial o, en su caso, frente a la restricción judicial, agrupándose las posturas en apologistas y críticos del protagonismo de los jueces constitucionales. Dentro del primer grupo, se ubican precisamente los originalistas, cuya postura, surge, en el panorama anglosajón, como respuesta crítica a los tribunales progresistas Warren y Burger, estando representada por altos jueces como Scalia, Berger, Bork, o Rehnquist, entre otros.

²¹¹ Schlafly, Phyllis, *The Supremacists*, Spence Publishing Company, Dallas, 2004.

Los originalistas norteamericanos aducen que sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, algunas de las más importantes decisiones sociales, políticas y económicas han sido llevadas a cabo por los jueces, -y sobre todo, los jueces de la Suprema Corte- en detrimento de las decisiones tomadas por los representantes populares. Y el originalismo intenta reivindicar, en plano deóntico, el papel supuestamente usurpado por el activismo judicial.

En este sentido y ubicada la postura originalista en un plano casi dogmático, se argumenta que las políticas públicas deben ser llevadas a cabo por los representantes electos.

En el lado más acendrado del originalismo se suele, incluso, explicitar un reclamo a entidades tales como “la nación” y “pueblo” norteamericano quienes no deberían permitir a la oligarquía judicial usurpar el papel de los legisladores.

El rechazo al juzgador que tiende a “reescribir el texto constitucional” bajo el argumento de que realiza un trabajo interpretativo, así como el recurso a ciertos documentos considerados “fundatorios” de la nación, tales como el propio texto constitucional norteamericano que en su artículo quinto establece el procedimiento para enmendarla, buscan hacer evidente que el poder judicial no es parte en este proceso de reforma; así como el recurso a documentos histórico-ideológicos como las líneas de Hamilton, plasmadas en *El Federalista*, en el sentido de que el poder judicial debería ser considerada siempre la rama menos peligrosa del gobierno porque Hamilton pensó que tenía la menor capacidad para vulnerar o injuriar los derechos constitucionales del pueblo norteamericano.

De la misma forma, en la línea argumentativa del originalismo ideológico se puede apreciar con nitidez el empleo del argumento de autoridad, al utilizar el recurso de personajes como Thomas Jefferson, a quien algunos originalistas consideran un defensor de esta corriente de pensamiento al predicar Jefferson en algunos de sus discursos la obligación de regresar, ante la presencia de problemas de construcción o dudas, al momento en que la Constitución fue promulgada; el deber de recoger el espíritu de los constituyentes manifestado

en los debates, en lugar de intentar encontrar que sentido le va a ser asignado fuera del propio texto o de inventar uno en sentido contrario.

3. VERSIONES DEL ORIGINALISMO

La concepción originalista presenta varias formas y existen varias versiones de originalismos. En algunas ocasiones el planteo originalista se afianza, como hemos visto, en la búsqueda del sentido del texto constitucional, como podría ser, inclusive, la búsqueda del significado literal del texto constitucional. Otras veces, el originalismo se presenta en una versión que podría ser considerada como intencionalista, al intentar rescatar las intenciones o propósitos de los creadores de la Constitución.

3.1. TEXTUALISMO

El textualismo podría considerarse una teoría del significado original de la Constitución. Se podría definir en el sentido de un análisis basado en el texto jurídico, en este caso en el texto constitucional. Ideológicamente implica la prescripción de que debemos apegarnos a los textos legales. Genera, por tanto, un legalismo rígido y estricto. En este sentido, la interpretación de una Constitución escrita debe basarse en el significado ordinario que el texto tenía en el momento en que es adoptado. Es una posición estrechamente vinculada a una visión estática (*fixed view*) de la Constitución que entiende a la misma como una norma sacralizada establecida de una vez y para siempre.

Esta versión literal del originalismo presenta una versión estricta de la interpretación constitucional que a estas alturas de la cuestión teórica general parece demasiado endeble, al postular la idea de que los textos constitucionales poseen un sentido nítido y objetivo, factible de ser desentrañado o descubierto por los operadores judiciales.

Este descubrimiento del significado textual es entendida como una cuestión altamente efectiva y, al mismo tiempo, autónoma, pues no requiere de algún tipo de razonamiento moral o político pues, se entiende, éste ha sido

desplegado ya suficientemente por los creadores de la Constitución, por tanto, los originalistas son partidarios de la autorrestricción judicial.

Pese a lo que pudiera pensarse, esta versión del originalismo sigue teniendo adeptos, sobre todo, en el terreno de la adjudicación constitucional norteamericana y entre juristas de corte conservador de esa tradición que piensan que los jueces constitucionales, lejos de estar interpretando la Constitución en realidad la están reescribiendo o, en su caso, redactando de plano un nuevo texto.

El originalismo textualista tiende a divulgar una ideología relativa a un supuesto reencuentro con “los roles correctos” del poder público. Esos roles correctos suelen derivarse de la teoría tradicional de la división del poder de Montesquieu, atribuyendo a lo que los originalistas tienden a llamar “el imperio judicial” la vulneración del sistema de frenos y contrapesos del poder público. Para el textualismo originalista la Constitución no brinda a los jueces autoridad para trascender su lenguaje y se suele preguntar si un órgano no electo, no responsable, puede dictar la historia futura de una nación.

Siguiendo la terminología de Brest, el textualismo presenta dos variantes: una, que el propio autor considera insostenible, constituida por un textualismo de corte estricto tendiente a interpretar las palabras y frases de una forma muy restringida y precisa; la otra, que Brest considera plausible, se trata de un textualismo moderado. “El textualista moderado toma en cuenta la calidad de la estructura abierta del lenguaje e interpreta el lenguaje de las disposiciones dentro de su contexto social y lingüístico”.²¹²

Lyons piensa que el profesor Brest, recibe la influencia de Hart cuando considera que la única alternativa textualista legítima es interpretar el lenguaje constitucional como un lenguaje de estructura abierta y que su idea de “textualismo moderado” se puede interpretar en función del uso que hace el propio Hart de la “estructura abierta” del lenguaje en su teoría jurídica: “En base a los conocimientos de la época, Hart sostuvo que todos los términos de los

²¹² Citado por Lyons, David, *op. cit.*, p. 198.

lenguajes naturales (que incluyen el lenguaje de la ley) son de “estructura abierta”. Una palabra de “estructura abierta” posee un núcleo de significado específico, que incluye situaciones fácticas a las que se aplica sin controversia, y una zona de “penumbra”, que abarca situaciones fácticas a las que el término ni se aplica ni se deja de aplicar con claridad. La idea de “estructura abierta” supone que el significado de una palabra es indeterminado siempre que existan razones a favor y en contra de aplicar dicha palabra”.²¹³

El problema de la postura de Brest radica en que si se sostiene la idea de que muchas de las disposiciones constitucionales, tales como las nociones de “libre discurso”, “debido proceso”, “compensación equitativa”, “protección igualitaria”, etc., se caracterizan por su estructura indeterminada, al mismo tiempo se tiene que admitir la participación del proceso judicial para esclarecer el significado que dejó en la penumbra el constituyente y si esto ocurre, entonces los sentidos derivados de esas interpretaciones escasamente podrían atribuirse a la Constitución original.

En opinión de Lyons, lo anterior hace que el originalismo moderado parece desintegrarse en un no originalismo.²¹⁴

Will Waluchow ha caracterizado también al originalismo textualista y a pesar de reconocer la importancia de la reconstrucción del sentido literal de las palabras utilizadas en la redacción de una constitución encuentra una serie de dificultades. En primer lugar, subraya que el contenido semántico de una disposición no siempre está plenamente determinado o permanece estable en el manejo de una generación a otra, especialmente en el caso de palabras o frases como “igualdad”, “debido proceso legal”, “sociedad libre y democrática”, “libertad de religión”, etc. Estas expresiones carecen de un estable y determinado contenido semántico, a diferencia de expresiones como “cinco años” o “mayoría de dos tercios” cuyo contenido semántico parece invariable. Eso hace que la evaluación de los conceptos expresados sea sumamente

²¹³ Lyons, David, *op.cit.* p. 198.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 199.

discutible y su comprensión tienda a variar de una generación a otra, por lo que la posición originalista resulta insuficiente.²¹⁵

Pero además, añade Waluchow, el textualismo se enfrenta a una dificultad adicional, puesto que aún cuando suponiendo que el significado de una palabra o frase establecida en una Constitución sea constante y claro para todos, esto no resuelve el problema. Simplemente, pensemos en el contenido de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. Tomada literalmente, dicha enmienda convertiría en inconstitucional cualquier ley que, de alguna forma, limite la libertad de expresión. Si ese fuera el caso, entonces resultaría inconstitucional en los Estados Unidos castigar a los testigos falaces, impedir que los profesores de primaria profieran insultos racistas contra estudiantes pertenecientes a las minorías o condenar a aquellos que incitan a la multitud a la violencia, sin embargo, nunca se ha entendido que tales acciones violan la Primera Enmienda, lo que lleva a la inevitable conclusión de que más que su significado semántico rige su interpretación y aplicación.

Pese a sus dificultades para sostenerse hoy en día como una tesis plausible, el mérito del originalismo textualista sigue siendo su posición de contrarrestar la discrecionalidad o, en su caso, la arbitrariedad de los operadores judiciales en la interpretación de la Constitución.

3.2. INTENCIONALISMO

Si bien en su manifestación textualista, el originalismo parece asumir una posición bastante derrotable, la postura intencionalista parece coadyuvar o complementar la visión originalista tradicional. Para la versión intencionalista, la interpretación de un texto constitucional es correcta en la medida en que tome en cuenta las intenciones de sus autores originarios. A esta modalidad del originalismo se le pueden formular las ya clásicas críticas que hacen del intencionalismo una tesis difícil de aceptar, como la que aduce que por virtud de la idea del legislador contemporáneo identificado no como una única

²¹⁵ Waluchow Wilfrid, “Constitutionalism”, Stanford Encyclopedia of Philosophy.

persona sino como una figura eminentemente colegiada, difícilmente se puede encontrar algo así como una intención unívoca en el trabajo del creador de la norma. Asimismo, las intenciones de los autores son a menudo confusas y en ocasiones totalmente indeterminadas, dejando al intérprete con la necesidad de apelar a otros factores.

Además, una de las dificultades más serias a las que el intencionalismo originalista puede enfrentar es al hecho de que los tiempos y la vida contemplada por los autores de una Constitución es a menudo muy diferente al contexto contemporáneo en que ese mismo texto se tiene que aplicar. En respuesta a esas dificultades, las corrientes originalistas han recurrido a lo que se ha denominado la “intención hipotética”. Aquí el significado no se encuentra ni en el sentido literal del texto ni en el significado que quiere dar a entender el autor. En este caso se logra la atribución de significado a través de un enunciado contrafáctico, inquiriendo que habría querido decir el emisor, en las nuevas circunstancias, si hubiera estado trabajando sobre la base de ciertas suposiciones que podemos atribuirle.

Para Andrei Marmor, este enunciado contrafáctico caracteriza las intenciones comunicativas de un hablante ficticio, cuya identidad y naturaleza están definidas de manera explícita o, en su caso, se presuponen en la interpretación determinada que se ofrece.²¹⁶ Sin embargo, la teoría enfrenta también algunas dificultades.

Primero, la teoría presupone que es posible seleccionar un sistema constante y unívoco de valores, metas y usos en base a los cuales se podría responder a la pregunta ¿qué hubiera hecho el autor del texto?. En segundo término, es inverosímil pensar que siempre habrá una respuesta unívoca y correcta en torno a la cuestión de qué habrían pensado los autores en los casos que nunca contemplaron o imaginaron. Y, en tercer término, está la cuestión relativa a la excesiva importancia que se le quiere asignar a lo que

²¹⁶ Marmor, Andrei, *op. cit.*, p. 47.

hubiera querido, de estar enterado de las circunstancias, un grupo de hombres que ya no existe, cuando la decisión interpretativa la puede tomar el intérprete actual.

En el mismo tenor, Joseph Raz también ha asumido una postura crítica respecto al intérprete hipotético. Considera que exigir que la interpretación sea siempre reveladora de una intención del autor –aunque éste sea ficticio- es algo artificial e inútil, pues “...Es claro que cuando hablamos del significado de algo podemos imaginar un ser real o ficticio que intenta realizar aquello a lo que atribuimos dicho significado, pero excepto que estén afectadas intenciones reales, hablar de intenciones hipotéticas de gente ficticia raramente es de importancia real y no nos permite progresar en nuestra comprensión de ninguna manera”.²¹⁷

4. HART Y EL ÁRBOL VIVIENTE DE WALUCHOW

En un capítulo precedente y a propósito del intento que Wilfrid Waluchow hace por superar el debate entre apologistas y detractores sobre la legitimidad las cartas constitucionales, se hizo alusión a que uno de los puntos de partida de la tesis de este autor son las ideas de H.L.A. Hart vertidas en *El Concepto de Derecho*. Como es conocido, el recurso a la textura abierta del derecho en Hart se traduce en la idea de que hay ciertas áreas de la conducta humana donde muchas cuestiones deben dejarse para que sean desarrolladas por los tribunales, en virtud de la existencia de infinidad de casos individuales cuyas características son tan variables en su dimensión social que los convierten en esferas impredecibles, que por ende, imposibilitan a la legislatura para promulgar por anticipado reglas generales.

Refiriéndose a los límites inherentes a la naturaleza del lenguaje, Hart distingue, por un lado, los casos claros u obvios, que aparecen constantemente en contextos similares y a los que las expresiones generales son claramente aplicables. Estos casos paradigmáticos se ubican “claramente” dentro de un

²¹⁷ Lifante Vidal, Isabel. “Interpretación y modelos de derecho”, *Doxa*, núm 22. 1999, p. 179.

núcleo de certeza aplicativa, o asimismo “claramente” fuera de él, haciendo posible, en ambos supuestos, la aplicación precisa del derecho. Estos casos claros, llega a decir Hart, parecen no requerir de interpretación y sólo es necesario reconocer ejemplos de “términos verbales” claros, subsumir hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística.²¹⁸

Por el contrario, los casos difíciles, según Hart, son casos que el derecho ha dejado regulados de forma incompleta y no hay ningún estado conocido de un derecho claramente establecido, como para justificar expectativas.²¹⁹ En estos casos hay que dejar a un lado la idea de que el lenguaje de la regla nos permite escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que se pone en práctica al determinar cuál es la acción correcta.

Añade Hart: “Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por muchos que éstos operen sin dificultad respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’...La falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”.²²⁰

Sin embargo, la presencia de casos marginales o difíciles no significa, en la tesis de Hart, que la labor de adjudicación judicial se vincule a una elección ciega y arbitraria. Poniendo énfasis en cuestiones de importancia constitucional, Hart establece una serie de pautas y “virtudes” que orientan la decisión jurisdiccional y que, al mismo tiempo, permiten diferenciar la actividad judicial de la actividad legislativa. El juez debe actuar con imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; considerar los intereses de todos los

²¹⁸ Hart, H.L., *op.cit.*, p. 157.

²¹⁹ Hart, H.L.A. *Post scriptum al concepto de derecho*. UNAM. México. 2000. p.60

²²⁰ Hart, H.L.A. *El concepto...op.cit.*, p.159

afectados; y además, preocuparse por desarrollar algún tipo de principio general aceptable como base razonada de la decisión. El juez, según Hart, no opera en un contexto de vacío normativo pues debe tomar en cuenta una serie de consideraciones que incluyen “una amplia variedad de intereses individuales y sociales, metas sociales y políticas y estándares de moralidad y de justicia”.²²¹

Para Hart, ninguna de estas pautas garantiza encontrar una única respuesta correcta, pero cuando menos la decisión podrá ser presentada como el producto razonado de una elección imparcial bien informada, en la que cabe, lo acepta Hart, la “ponderación” y el balance. En este punto cabe aclarar que, pese a que habitualmente se dice que Hart no contempló los principios como elementos constitutivos del sistema jurídico, los mismos sí son contemplados por el filósofo como pautas que pueden ser desarrolladas por el juzgador ante la presencia de los casos marginales. Sin embargo, Hart no se preocupó por deslindar cómo debemos entender los principios. Asimismo, pese a considerar la posibilidad de la ponderación, la tesis de Hart no indica cómo llevarla a cabo.

Ahora bien, es pertinente acotar que pese a que en su teoría de la adjudicación de Hart las nociones de casos claros y casos marginales tradicionalmente han sido tratadas por lo que Hart escribió en *El Concepto de Derecho*, es necesario destacar que dentro de su teoría tiene cabida también la referencia al propósito de la disposición. Se ha destacado que en otra de sus obras, *Problems of the Philosophy of law*, publicada en 1967, Hart rompe con la asimilación, hasta ese entonces sostenida de caso fácil, por un lado a caso que se identifica con el ámbito de significación precisa de las reglas, con arreglo a las convenciones lingüísticas vigentes, de los términos empleados en la formulación de la regla general, y de caso marginal o difícil, mismo que se sitúa al margen de ese núcleo de certeza del ámbito de aplicación precisa y clara de las reglas. En este texto citado, Hart amplía su explicación al aceptar que se trata, en su concepción, de una simplificación excesiva, ya que “no toma en

²²¹ Ruiz Manero, Juan. *Jurisdicción y normas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1990. p. 188

consideración las convenciones especiales del uso jurídico de las palabras, que puede ser distinto de su uso común, y tampoco la forma en la que los significados de las palabras pueden ser claramente controlados por referencia al propósito de una disposición legislativa, el cual propósito puede tanto haber sido explícitamente establecido como considerarse como tal en virtud de la existencia de un acuerdo general al respecto”.²²²

El recurso al propósito de la regla, genera una reformulación importante, pues un caso que *prima facie*, sea presentado como un caso difícil, en virtud de la duda de si se encuentra o no comprendido por el significado paradigmático establecido, puede resultar un caso fácil en virtud del propósito explícitamente establecido o generalmente atribuido a la regla general. Y por el contrario, un caso claro, en el que no haya duda sobre si se encuentra o no sometido a la regla general respectiva, puede quedar fuera de dicho alcance, y tornarse, por tanto, un caso difícil, de nuevo en virtud del propósito explícitamente establecido o generalmente atribuido a la regla en cuestión.

5. EL MODELO INTERPRETATIVO DE DWORKIN

El modelo propuesto por Ronald Dworkin tiene como punto de partida su concepción del derecho como integridad y su rechazo a cualquier indicio de discrecionalidad judicial.

La interpretación aparece como una actividad cuyo objetivo radica en mostrar el objeto interpretado como el mejor ejemplo posible dentro del género de objetos del que se le considera parte. Ver el derecho como integridad, según Dworkin, implica a un mismo tiempo, apartarse de los objetivos regresivos de las tendencias convencionalistas, así como de los programas instrumentales progresivos del pragmatismo jurídico.²²³

²²² Ruiz Manero, Juan, *op.cit.*, pp.186-187

²²³ Dworkin, R. *El imperio...op.cit.* p. 164

Dworkin señala que la interpretación adquiere su estructura en la medida en que intenta imponer un propósito al texto, dato o tradición objeto de la misma.

Para dar sustento a su teoría hermenéutica Dworkin recurre a su famosa “novela en cadena”. En ese proyecto, el intérprete del derecho es comparado con el escritor de una trama en serie. Cada novelista en turno debe interpretar los capítulos precedentes que ha recibido antes de escribir uno nuevo. La carga de cada escritor es redactar su capítulo para construir la novela de la mejor forma posible asumiendo que la complejidad de su labor es decidir un caso difícil bajo la perspectiva del derecho como integridad. El intérprete debe considerar siempre que se trata de una sola novela, por lo que debe tener presente una visión de la novela que se está construyendo, así como una teoría en relación con los personajes. Para poder decidir cuál será la contribución a la novela deberá tomar en cuenta el argumento, género, tema y objetivo.²²⁴

La comparación sirve a Dworkin para mostrar cómo los jueces deben considerar el trabajo interpretativo de intérpretes precedentes en un escenario integral bajo principios morales coherentes estipulados por la propia comunidad.

Para mostrar la estructura de su idea de interpretación jurídica, Dworkin recurre a un juez imaginario, Hércules, quien debe llevar a cabo los siguientes pasos para encontrar la mejor respuesta: primero, seleccionar una lista inicial de varias interpretaciones posibles, basado el criterio del juez en que esas interpretaciones han sido discutidas en la literatura jurídica.²²⁵ Segundo, realizar una confrontación de la serie de interpretaciones posibles con los veredictos emitidos en los precedentes.²²⁶ Tercero, verificar que en las interpretaciones se exprese algún principio de justicia o equidad y no establecer una simple política, puesto que, el derecho como integridad requiere

²²⁴ Dworkin, *op.cit.* p.167

²²⁵ *Ibidem.* p. 174

²²⁶ *Ibidem.* p. 175

que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios.²²⁷ Cuarto, analizar si las interpretaciones que cumplen los requisitos precedentes respetan la sustancia y la forma en que fueron tomadas decisiones judiciales anteriores.²²⁸ Quinto, verificar que las interpretaciones “sobrevivientes” se inserten adecuadamente en la red de estructuras y decisiones políticas de su comunidad.²²⁹ Sexto, de las interpretaciones que se salvan de los filtros, el intérprete debe optar por la que menos dañe el principio de integridad del derecho.²³⁰ Séptimo, recurrir a la historia política de la comunidad para encontrar la moralidad política con la que el juez decidirá en caso de que no haya precedente judicial sustancial o declaración legislativa del pasado.²³¹

Dworkin ha reiterado la importancia que en su visión tienen las limitaciones impuestas por la historia y la integridad en el caso de la interpretación constitucional que llevan a cabo los jueces: “La lectura moral les pide que encuentren la mejor concepción de los principios morales constitucionales, el mejor entendimiento de lo que la igualdad de estatus moral de hombres y mujeres realmente requiere; por ejemplo, que encaje con el amplio relato de los antecedentes históricos de Estados Unidos. No les pide que sigan los susurros de sus propias conciencias o las tradiciones de su propia clase o secta, si éstas no pueden considerarse comprendidas en esa historia”.²³²

Sin embargo, la tesis de la única respuesta correcta ha generado serias discusiones aún en autores que han tomado como punto de partida las principales tesis de Dworkin. Es el caso del mismo Robert Alexy, quien no comparte la tesis de la única respuesta correcta en un sentido fuerte y, en cambio, ha sostenido una “versión débil de la tesis”. Para Alexy, es imposible

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ *Ibidem.* p. 176

²²⁹ *Ibidem.*,p.177.

²³⁰ *Ibidem.* p. 178

²³¹ *Ibidem.* p. 179

²³² Dworkin, Ronald. “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en Hongju, Harold y Slye, Ronald C., (comp.), *Democracia deliberativa y derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, p. 111.

una teoría fuerte de los principios que sea capaz de determinar, para cada caso concreto precisamente una respuesta, no solamente a causa de la limitación del poder del conocimiento humano, sino también por razones lógicas. Por tanto, es posible, según este autor una teoría débil de los principios. Sin embargo, ésta no determina para cada caso una única respuesta correcta, sino que propicia un campo de posibilidades discursivas que van determinando una serie de respuestas discursivamente correctas.

La pieza central de la teoría del discurso estaría conformada, según Alexy, por un sistema de reglas del discurso y de principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. Las reglas que Alexy enumera van desde la exigencia de no contradicción, universalidad, claridad lingüística y verdad empírica. Así como las relativas a la argumentación consecuencialista, la ponderación y el análisis de la formación de convicciones normativas.

Para el profesor Alexy, la viabilidad de la única respuesta correcta dependería de la capacidad del discurso práctico para garantizar siempre el consenso, por lo que sería difícil sostenerla bajo condiciones reales. Por ende, la única respuesta correcta solamente se daría bajo cinco idealizaciones: tiempo ilimitado; información ilimitada; claridad lingüística conceptual ilimitada; capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y, finalmente, carencia de perjuicios ilimitada.

Empero, Alexy, es consciente de que aún con esas “idealizaciones” aún queda por ver si es posible una única respuesta correcta, pues acepta que no existe en la realidad ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. No obstante, la falta de condiciones fácticas no implica, según Alexy, que se debe renunciar a la idea de la respuesta correcta, pues su función puede ser regulativa, en el sentido de que los participantes en el discurso jurídico mantengan la pretensión de que su respuesta es la única correcta. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para

cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas.

La crítica que se hace a la tesis débil de la respuesta correcta de Alexy radica en que, pese a su exigencia de racionalidad y el establecimiento de reglas discursivas permite la coexistencia de una pluralidad de sistemas de justificación igualmente correctos. Y en tal escenario es factible que dos normas incompatibles sean igualmente correctas, lo cual es posible y probable en los casos de los sistemas jurídicos y de la moral social, sin embargo sería difícil aceptarlo bajo el esquema de una moral crítica o de moral racional.

Otra de las críticas que se le pueden formular a la tesis de la respuesta correcta del profesor Dworkin es la que se articula partiendo de la pregunta ¿qué ocurre si hay dos jueces Hércules? Partiendo del supuesto de que ambos son seres racionales y dotados de las capacidades atribuidas por Dworkin, el profesor Aulis Arnio se ha preguntado si ambos son capaces de resolver genuinos problemas axiológicos, puesto que las elecciones finales en el razonamiento jurídico no radican solamente en la racionalidad del procedimiento del razonamiento y las estructuras libres que aseguran la discusión ideal sino que también toman en cuenta los datos que se introducen en la discusión, es decir, el juez Hércules también está vinculado por los intereses o por diversos factores que también está obligado a presentar en el discurso. Eso significa que cada uno de los jueces Hércules abordaría el problema desde distinta perspectiva. Como resultado, alcanzarían respuestas no equivalentes pero igualmente fundadas. Y si aún así quisiéramos saber cuál

es la mejor respuesta de las emitidas, sería entonces necesaria la introducción de una especie de meta Hércules que resolviera el dilema y así sucesivamente. Lo que nos conduciría al infinito argumentativo y, con ello, al fracaso de la tesis de la respuesta correcta”.²³³

6. REGLAS Y PRINCIPIOS

Al trazar la distinción entre reglas y principios²³⁴ y la forma en cómo unos y otros contribuyen a la justificación de las decisiones judiciales, Dworkin inaugura una teoría de la interpretación constitucional que, posteriormente, encuentra en la teoría de la argumentación de Robert Alexy quizá su más conocida línea de continuidad.

Dworkin afirma que entre los principios y las normas jurídicas existe una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera del todo-o-nada. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.²³⁵ En cambio, los principios no operan así, los principios, a decir de Dworkin, tienden a enunciar una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión en particular. “Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el

²³³ Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 8, 1990, p. 32.

²³⁴ Sobre la equivocidad de la expresión “principio”, el profesor Genaro Carrió distingue seis sentidos de la expresión en el lenguaje ordinario: 1) parte importante de algo, propiedad fundamental, núcleo básico o característica central; 2) regla, guía, orientación o indicación general; 3) fuente generadora, causa u origen; finalidad, objetivo, propósito o meta; 5) premisa o punto de partida de un razonamiento, axioma o verdad teórica evidente, esencia, propiedad definitoria; 6) regla práctica de contenido evidente, o verdad ética incuestionable; 7) máxima, aforismo, proverbio, etc. Carrió, Genaro, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, pp. 32 y ss.

²³⁵ Dworkin, R. *Los Derechos...op.cit.*, p.74.

principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”.²³⁶

Además de marcar esta distinción, Dworkin considera que es posible derivar otra: los principios tienen una dimensión de la que las normas carecen. Esa dimensión es la dimensión de peso o importancia. En caso de interferencia entre principios, quien ha de resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. Sin embargo, agrega Dworkin que ante el conflicto entre principios no puede existir una “mediación” exacta, y frecuentemente habrá controversia frente al juicio que opta por un principio. No obstante, “es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene”.²³⁷

7. EL PRINCIPIALISMO Y LA PONDERACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En los últimos años, particularmente con la irrupción del modelo teórico denominado neoconstitucionalismo²³⁸ se ha considerado que la Constitución

²³⁶ *Ibidem*, p. 77

²³⁷ *Ibidem*, pp. 77-78.

²³⁸ En la caracterización del neoconstitucionalismo, Paolo Comanducci, sugiere una clasificación basada en la conocida distinción que Norberto Bobbio formuló con relación a los distintos tipos de positivismo jurídico. Análogamente, Comanducci utiliza esta tripartición con el neoconstitucionalismo al identificar tres tipos de neoconstitucionalismos: en primer término el neoconstitucionalismo teórico, cuya tarea es describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. Afirma Comanducci que “como teoría, el neoconstitucionalismo representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional: las transformaciones sufridas por el objeto de investigación hacen que ésta no refleje más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos. En particular, el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles”. En segundo término, es posible, según este autor, hablar de un neoconstitucionalismo ideológico, mismo que no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización sino que los valora positivamente y pugna por su defensa y ampliación. En su versión ideológica, subraya Comanducci, el neoconstitucionalismo se aparta del constitucionalismo tradicional al dejar en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal y privilegiar el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Finalmente, en su clasificación Comanducci alude a un neoconstitucionalismo metodológico. Esta versión neoconstitucionalista recuerda y al mismo tiempo se opone al positivismo metodológico y conceptual que distingue entre el derecho como es y el derecho como debería ser y que sostiene la tesis de las fuentes sociales y de la no conexión necesaria entre derecho y moral. Por el contrario, afirma Comanducci, el neoconstitucionalismo metodológico sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa o justificativa entre derecho y moral, al menos respecto de situaciones de derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral. Comanducci, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, Fontamara, México, 2007, pp. 76-81.

antes que conjunto de normas ha pasado a ser entendida como un texto colmado de principios, de manera que, los métodos tradicionales para interpretar el derecho –entendido como sistema de normas- son objetos de reproche por parte de las corrientes neoconstitucionalistas.

Algunas de las tesis que caracterizan a la perspectiva neoconstitucionalista son: a) La adopción de una noción particular de la Constitución que corresponde a una concepción axiológica sobre la misma; b) La defensa de la tesis según la cual el derecho también se integra por un conjunto de principios que son susceptibles de interpretación; c) La idea de que todo el derecho debe interpretarse siguiendo la técnica de la ponderación; d) La tesis de que la jurisprudencia desempeña una función creativa e integradora que resulta fundamental para cualquier ordenamiento jurídico constitucionalizado.²³⁹

Uno de los argumentos típicos de ésta corriente es que la teoría de la interpretación positivista es insuficiente ante una Constitución de principios. Sin embargo, se debe aclarar que cuando el neoconstitucionalismo articula su crítica contra lo que él suele denominar peyorativamente el paleopositivismo, se identifica, sin mayor matiz, la teoría de la interpretación iuspositivista con la técnica de la subsunción, misma que, dicho sea de paso, difícilmente algún iuspositivista contemporáneo siga sosteniendo como mecanismo idóneo para interpretar la Constitución.

Sin embargo, más allá de la crítica del neoconstitucionalismo hacia un tipo de positivismo inexistente, se afirma que “la técnica de la ponderación es la típica para la resolución de los conflictos entre los principios constitucionales, donde no cabe aplicar las reglas tradicionales de resolución de antinomias. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto...sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de

²³⁹ Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, pp. 189-199.

uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro”.²⁴⁰

Uno de los puntos torales de la teoría que introduce el mecanismo de la ponderación, es también la tendencia a distinguir entre reglas y principios. Según Robert Alexy, el núcleo de la diferencia entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas que entran en juego. Los principios, entonces, se entienden como mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no depende solamente de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.²⁴¹

De la concepción que Alexy tiene sobre los principios, es posible asignar, según el jurista español Alfonso García Figuera, cuatro características fundamentales:²⁴²

Primero, la característica de su graduabilidad, puesto que los principios ordenan que algo se realice “en la mayor medida posible”. Esto sugiere la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción del principio dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas. Por el contrario, las reglas no admitirían graduación alguna en su cumplimiento, en tanto determinan una medida exacta de su satisfacción.

Segundo, el carácter de la optimización, puesto que afirmar que el cumplimiento de los principios debe tener lugar “en la mayor medida posible” implica que para establecer si el principio ha sido cumplido en cada caso no

²⁴⁰ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. UNAM-Porrúa. México, p. 326.

²⁴¹ Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. Fontamara. México. 1993. p. 14.

²⁴² Citado por Lopera Gloria, “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”, *Doxa*, núm, 27, 2004,

basta con acreditar un grado de satisfacción cualquiera, sino el más alto posible en razón de las circunstancias fácticas y jurídicas.

Tercero, deber ser ideal, en virtud de que el mandato de optimización que incorporan los principios cobra sentido desde la perspectiva de un “deber ser ideal” que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación, pero en cuya formulación aún no han sido consideradas las circunstancias fácticas (posibilidades reales) y jurídicas (presencia de otras normas en colisión) que condicionan su aplicación.

Finalmente, ostentan además carácter *prima facie*, puesto que el mandato que incorporan los principios no es definitivo y solamente alcanza a ser definitivo, una vez que, consideradas todas las circunstancias, se establece la medida ordenada de su satisfacción en cada caso, mediante la aplicación de la máxima de proporcionalidad.

En cambio, siguiendo a Alexy, las reglas, a diferencia de los principios, son concebidas como normas que exigen un cumplimiento pleno y pueden, por ende, ser siempre cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena. Las reglas, se ha dicho bajo esta concepción, entran al juego del todo o nada.

Además, las reglas, en oposición a los principios, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un “deber ser definitivo o real”. Tratándose de conflictos entre reglas la contradicción se elimina declarando a una norma no válida y expulsándola del ordenamiento mediante el recurso a alguno de los criterios tradicionales para la solución de las antinomias.

Bajo esta concepción se piensa que a la distinción entre reglas y principios le corresponden dos tipos diferentes de aplicación de normas: la subsunción y la ponderación. Es así como en el caso de tensiones o colisiones entre principios el proceder de los tribunales tendría que ser diferente puesto que es necesario recurrir al mecanismo de la ponderación, esto sucede

particularmente en los casos en los que existe una colisión entre principios constitucionales.

Para el profesor Jaime Cárdenas, la ponderación entraña una relación de continuidad y efectos recíprocos entre los principios, en donde el perfil o delimitación entre los mismos se resuelve siempre en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros principios en pugna. En el caso del texto constitucional, añade Cárdenas, no existen jerarquías internas, por tanto, la realización entre principios debe ser precisada en cada situación específica.²⁴³

En el mismo sentido, Gustavo Zagrebelsky ha sostenido que en una sociedad pluralista es imposible formalizar y establecer una tabla jerárquica entre los principios, por lo que no puede existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación.²⁴⁴

Robert Alexy, por su parte ha considerado que: “Los problemas de una jerarquía de los valores jurídicamente relevantes se han discutido con frecuencia. Se ha mostrado así que no es posible un orden que conduzca en cada caso precisamente un resultado”.²⁴⁵

A tal orden, Alexy lo denomina “orden estricto” y solamente sería posible, señala, si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable.²⁴⁶ Sin embargo, “tal programa fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado”.²⁴⁷

²⁴³ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, p. 150.

²⁴⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta. Madrid, pp. 124-125.

²⁴⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 16.

²⁴⁶ *Idem.*

²⁴⁷ *Idem.*

8. LA ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Abordaré aquí algunas cuestiones que surgen de las aseveraciones en torno a la especificidad de la interpretación de la Constitución. Cabría reformular la cuestión y preguntarse si existe una diferencia entre la interpretación constitucional y la interpretación de un texto legal ordinario. Como hemos visto, el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación responden afirmativamente el planteamiento. La Constitución, en este sentido, irrumpe como un texto especial que constituye dada su supremacía, su carácter fundacional y contenidos axiológicos, el centro en torno al cual gira todo el sistema jurídico. La Constitución es caracterizada como un texto omnipotente, presente en cualquier lectura o análisis del sistema jurídico. Regularmente es también pensada en términos de principios y directrices, susceptible de interpretarse a través de la ponderación y no bajo lo que éstas corrientes consideran los vetustos mecanismos de interpretación.²⁴⁸

El que la Constitución sea considerada como un documento cualitativamente diferente del resto de los materiales jurídicos que integran un sistema jurídico ha llevado a sostener la idea, por parte de estas corrientes, de que el método de interpretación debe ser diferente a los demás métodos de interpretación jurídica.

Entre los autores que se han pronunciado por la especificidad de la interpretación constitucional destacan, en nuestro país, entre otros, el profesor Héctor Fix-Zamudio, quien además de hacer énfasis en la particularidad de la interpretación constitucional se ha inclinado por la figura del juez constitucional como intérprete final de la misma. En ese sentido, ha señalado: “Lo cierto es que más que en ninguno otros sector del ordenamiento jurídico, la interpretación constitucional se encuentra vinculada con la axiología, ya que los intérpretes constitucionales...son varios, pero con mayor razón los jueces y tribunales, en particular los especializados, deben realizar una actividad muy compleja en la cual se aplican no únicamente los principios de la lógica jurídica

²⁴⁸ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *op.cit.*, p.50.

tanto formal como material (la lógica de lo razonable)...sino también los principios básicos de la argumentación, que se conoce actualmente como nueva retórica, puesto que los intérpretes constitucionales están obligados a justificar los resultados de su interpretación que además se encuentra relacionada con la toma de decisiones como intérpretes finales de la normatividad constitucional”²⁴⁹

Sobre los rasgos peculiares de la interpretación constitucional también se ha pronunciado el profesor Aníbal Quiroga León: “La Constitución moldea los pilares básicos de un país, y la realidad de éste a su vez condiciona la vigencia constitucional en una interacción permanente que es importante descubrir y manejar con acierto de modo permanente. Y también la Constitución obliga imperativamente a todos, pero la eficacia de su normatividad se caracteriza por principios informadores o inspiradores, antes que por mandatos directos, los que contienen dos aspectos básicos: diferidos, por lo general, al desarrollo de sus postulados por medio de una ley; y, excepcionalmente, directos con relación a derechos concretos (como en el caso de los derechos fundamentales). La hermenéutica tradicional resulta incompleta pues no distingue aquello, por lo que se ha generado una nueva visión de lo que debe ser la interpretación constitucional”.²⁵⁰

Para este autor no es, por ende, un razonamiento de lógica jurídica lo que debe imperar en la hermenéutica constitucional, sino una interpretación valorativa, donde la norma es el marco de valoración ascendente. En ese sentido, para Quiroga León, el razonamiento a través de la simple subsunción deviene inadecuado, puesto que, por obviar aspectos de valor del caso concreto, puede llevar a resultados falaces en contra de la propia Constitución.²⁵¹

²⁴⁹ Fix-Zamudio, Héctor, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2003, t. IV p. 3380.

²⁵⁰ Quiroga León, Aníbal, “La interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.) *Derecho procesal constitucional, op.cit.*, p. 3505.

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 3505-3506.

Sobre la especificidad de la interpretación constitucional, Ronald Dworkin se ha decantado por lo que denomina una “lectura moral de la constitución”. Dworkin afirma que existe una forma particular de interpretar el texto constitucional. Esa lectura moral debe orientarse sobre todo a los principios establecidos en el *Bill of Rights* y no es adecuada para todo lo que una constitución contiene.²⁵² La lectura moral no se ocupa de las cláusulas que no son particularmente abstractas ni han sido escritas en el lenguaje de los principios morales. Para Dworkin, mediante la lectura moral es posible encontrar la mejor concepción de los principios morales constitucionales.

Sin embargo, para otros autores, esto no es más que una falacia. Rolando Tamayo, por ejemplo, alude a una “falacia cualitativa” cuando se refiere a las tesis que pretenden establecer una diferencia sustancial entre la Constitución y cualquier otro tipo de norma jurídica. “La Constitución, al igual que cualquier otra norma, determina las características que han de tener los actos que la aplican, es decir, determina el cuadro de la regularidad de los actos que la aplican. Desde este punto de vista, la constitución no es nada diferente a los demás actos jurídicos”.²⁵³

Para Rolando Tamayo, la diferencia en cuanto a los contenidos de la Constitución y otro tipo de normas no es una diferencia sustantiva que pueda influir en el ámbito interpretativo: “Ciertamente, en razón de su contenido, la Constitución es diferente, tan diferente como lo es un contrato de hipoteca celebrado entre a y b de un acto de matrimonio celebrado entre c y d; materiales jurídicos cuyo contenido es diferente, dice cosas diferentes. Sobre este particular es necesario señalar que todo fenómeno se presenta de cierta manera que le es exclusiva...[Pero] considerar en forma distinta los materiales jurídicos en razón de que poseen una diferente dimensión provocaría que existieran tantas ciencias del derecho como fenómenos jurídicos se presentan,

²⁵² Dworkin, Ronald. *La lectura moral...op.cit.*, p. 107.

²⁵³ Tamayo y Salmorán. Rolando, “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2001, p. 120.

situación que parece tan absurda como imaginar una ciencia del león, una ciencia de la hormiga o de una pulga”.²⁵⁴

Por su parte, Ricardo Guastini ha sostenido que si acaso la especificidad de la interpretación constitucional existe, ésta no afecta a la naturaleza de la actividad interpretativa en cuanto tal.²⁵⁵ Guastini, recurriendo a las conocidas tesis subjetivista y cognoscitiva de la interpretación, afirma que, en ocasiones la interpretación es un acto de voluntad o decisión, esto es, atribución o adscripción de significado a un texto. Otras veces puede concebirse como un acto de conocimiento o descubrimiento de los significados que un texto expresa potencialmente. “Pero nadie puede plausiblemente sostener que la interpretación sea unas veces una cosa y otras veces otra según la identidad del texto interpretado”.²⁵⁶ Sin embargo, sostiene Guastini, la especificidad de la interpretación constitucional si puede afectar a los agentes de la interpretación, a las técnicas interpretativas y generar problemas de interpretación, pero esto no impacta el concepto mismo de “interpretación”.

Con respecto al debate sobre la especificidad de la interpretación constitucional mi parecer es que tanto las tesis que sostienen tal especificidad como las que repulsan tal carácter ameritan algunas observaciones. Primero, hoy en día parece difícil sostener la tesis de la “falacia cualitativa” con relación a los contenidos del texto constitucional, pues parece innegable que ha ocurrido un cambio cualitativo en la manera en que se entiende la Constitución a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad. Es difícil pensar que los operadores jurídicos del sistema puedan, legítimamente, seguir viendo a la Constitución como una norma más de las que integran el ordenamiento jurídico.

La evolución de un estado de la legalidad hacia un estado de la constitucionalidad permite entender a la Constitución como un centro en el que convergen principios fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico,

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 121.

²⁵⁵ Guastini, Ricardo. *Distinguiendo*. Gedisa. Barcelona. 1999, p. 287

²⁵⁶ *Idem*, p. 287.

particularmente, en materia de derechos fundamentales. La dimensión sustantiva de las normas constitucionales en materia de derechos básicos en comparación con los derechos o los deberes contenidos en la legislación secundaria parece difícil de derrotar en los estados constitucionales contemporáneos. Pero resaltar la importancia y el carácter fundamental de los principios jurídicos implícitos o explícitos en la Constitución no implica la necesidad de reformular o crear una nueva concepción de la interpretación jurídica. Aún con la atractiva sugerencia de Alexy, -en el sentido de entender los principios como mandatos de optimización caracterizados porque pueden ser cumplidos en distintos grados y cuya medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas- los principios, como él mismo lo reconoce, no dejan de ser normas. Normas que, dice Alexy, ordenan que se realice algo en la mayor medida posible y que cuando entran en colisión con otra norma o principio entendido también como mandato de optimización generan en el intérprete la necesidad de ponderar o balancear el estado de cosas de acuerdo al peso específico de cada uno de los principios en colisión.

Pero la ponderación, no excluye el ejercicio del intérprete consistente en adscribir significado a los principios plasmados explícita o implícitamente en el texto constitucional. La ponderación, en este sentido, bien podría verse como un elemento más al que el intérprete recurre en una actividad tendiente a adscribir significado a un texto fundamental, actividad verificada, por supuesto, en un determinado contexto.

Finalmente, no se puede pasar por alto el rechazo que sostienen tanto el neoconstitucionalismo y, la denominada por Dworkin, lectura moral de la Constitución, con relación a la tesis de la separación entre derecho y moral. No es ésta la sede idónea para abordar tan extensa problemática conceptual y metodológica.²⁵⁷ Solamente me parece que la lectura moral de la Constitución

²⁵⁷ Un análisis sobre la ambigüedad de la tesis neoconstitucionalista de la interpretación moral de la Constitución que ofrece además argumentos a favor de la tesis de la separación conceptual entre Derecho

y el reconocimiento de la prioridad de la Constitución así como de los principios y valores que en ella se incorporan no agregan nada al debate sobre la separación conceptual entre derecho y moral y mucho menos ofrece un deslinde a tal dilema. En toda actividad interpretativa van inmersas las valoraciones del intérprete y en la interpretación de las normas y los principios jurídicos se involucran elementos morales. La textura abierta del derecho tiende a acendrase en el caso de los textos constitucionales. Los principios constitucionales involucran espacios del comportamiento humano que deben ser desarrollados por los tribunales constitucionales. La carga de discrecionalidad en la interpretación constitucional subsiste aún con la irrupción de la acción regulativa de la “respuesta correcta”. Desde luego, la discreción no debe ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad del juez conlleva, como lo manifiesta Hart, la consideración de un juez que debe actuar con imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; la consideración de los intereses de todos los involucrados y la posibilidad de desarrollar algún tipo de principio general aceptable como base razonada de la decisión. En sede de jurisdicción constitucional, la consideración de los intereses involucrados es total, y desde luego, trasciende la configuración de los intereses individuales formalmente involucrados en el proceso jurisdiccional.

9. LA ARGUMENTACIÓN COMO VÍA DE LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

9.1. LA AUTORIDAD DE LA LEY COMO FUNDAMENTO

En el derecho romano, era la autoridad de la que se investían los juristas la que dotaba de legitimidad sus formulaciones y glosas, no eran las razones o la norma las que convalidaban finalmente sus decisiones. De hecho, los usos originarios de la expresión *auctoritas* presuponen en sí mismos la idea de un

y moral puede verse en: Pozzolo Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel, (comp.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta. Madrid, 2005.

atributo o cualidad especial de algún sujeto o de un acto (rito, ceremonia o fórmula); en ese sentido, solamente los actos de ciertas personas o la realización de los actos apropiados producen los efectos que se les pretende atribuir. Los significados paradigmáticos de la expresión *auctoritas* expresan, en primer término “ascendencia, fuerza, vínculo”. En segundo término, “capacidad, atributo, potestad, función”; por último hace alusión a los individuos o entidades investidos de estas facultades o funciones.²⁵⁸

Además, si tomamos en cuenta que los orígenes de la interpretación jurídica están muy vinculados a una concepción sumamente mística del intérprete, en donde las propias fórmulas o reglas para interpretar las normas eran guardadas celosamente, tal como ocurría con la actividad interpretativa sobre las XII Tablas por parte de los pontífices, podemos afirmar que el trabajo interpretativo originario sobre el derecho asume un carácter no solamente autoritativo sino también elitista y secreto: “La historia de la jurisprudencia romana empieza con los pontífices. Concedores de la magia y teniendo a su cargo la confección del calendario del Estado Romano, pues ésta fue seguramente su función primitiva, los pontífices dominaron no sólo las reglas para que se comunicara la ciudad con los dioses (el *ius sacrum*), sino también las fórmulas para litigar en el proceso romano arcaico y fórmulas para la conclusión de negocios jurídicos. Porque los romanos de la época primitiva pensaban que en las relaciones jurídicas entre los hombres, al igual que en la oración, todo dependía del empleo de las palabras adecuadas; sólo el que sabía la fórmula apropiada podía obligar a la divinidad y vincular o desvincular a los hombres. Como todos los actos mágicos, el saber de los pontífices era, de suyo, secreto: el tesoro de fórmulas que encerraban el archivo del colegio (los *libri pontificiales*) durante mucho tiempo sólo fue accesible a sus miembros

²⁵⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, Themis, México, 1992, pp. 175-176.

y únicamente a su seno se transmitieron de generación en generación los métodos de aplicación del derecho que habían desarrollado y practicado”.²⁵⁹

En la modernidad, bajo el signo del positivismo legalista exegético, el carácter autoritativo de la legitimidad permanece, pero ahora vinculado a una concepción mítica del legislador y la ley, a cuya voluntad del primero, o al sentido originario de la segunda, hay que recurrir para interpretar el derecho a través de un mero procedimiento formal de justificación, invocando ciertos procedimientos tipificados como los caminos “correctos” para descubrir el “verdadero” sentido de la expresión legislativa. Se invocan así los trabajos preparatorios, las exposiciones de motivos, otros textos legales coetáneos, etc. En el mejor de los casos se tolera la doctrina vigente al emitirse la ley; pero nunca se recurre a las circunstancias fácticas. Roberto Vernengo señala que para la exégesis, la historia de una norma se convierte en la mención de otras normas coincidentes ideológicamente con la que se pretende mantener. La exégesis, como reconstrucción de antecedentes, pierde así el camino de una investigación empírica de antecedentes, y se convierte más bien en la tarea genealógica de reconstruir el *pedigree* de la ley.²⁶⁰

Pero el “imperio de la ley” que se explicita en la manera de entender el derecho de la jurisprudencia exegética es imposible de entenderse sin el contexto teórico e ideológico que le precede. Así, la entronización de la ley va íntimamente vinculada a la concepción de los contractualistas del periodo ilustrado. La ley como expresión de la voluntad general. Basta recordar a Rousseau: “...Es evidente que ya no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general; ni si el príncipe está por encima de las leyes, puesto que es miembro del Estado; ni si puede ser la ley injusta, puesto que nada es injusto respecto de sí mismo; ni cómo

²⁵⁹ Tamayo, Rolando, *op.cit.*, p. 358-359.

²⁶⁰ Vernengo, Roberto, *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977, p. 90.

somos libres y estamos sometidos a las leyes, puesto que éstas no son más que reflejos de nuestras voluntades”.²⁶¹

El pensamiento de la Exégesis no hace sino receptar este pensamiento concibiendo a la legislación como sinónimo de justicia y entronizando también a su creador. En cambio, la imagen del juez es la de un simple aplicador de la codificación, sin fuerza y sin voluntad. Aparece entonces en el Estado moderno la concepción de la función judicial como una actividad que se agota en la extracción del derecho a partir de la ley y su legitimidad se sustenta en la legitimidad de la ley misma y, en todo caso, en la utilización de los instrumentos o vías procedimentales preestablecidas para encontrar la solución jurídica, quedando la legitimidad reducida a una cuestión estrictamente instrumental.

En el estricto legalismo el imperio de la ley es principio fundamental y el resto de los componentes del sistema deben contribuir a su efectividad y protección.

En ese sentido, como lo ha señalado Perfecto Andrés Ibáñez, en el Estado liberal de derecho, la administración de justicia es apenas una mera articulación burocrática, político-culturalmente compacta, entre las demás integrantes del aparato estatal. A esto contribuyó de manera decisiva el modelo napoleónico de organización judicial, que partiendo de un proceso de selección inicial muy condicionado políticamente, organiza a los jueces en un entramado vertical, férreamente jerarquizado, con el efecto de una práctica anulación de la capacidad de independencia en la aplicación del derecho y la resolución de las causas.²⁶²

9.2. LA CRISIS DEL IMPERIO DE LA LEY

El Estado legalista entra en crisis a través de procesos históricos complejos en los que convergen diversos aspectos, tales como el desarrollo económico, la transformación de las organizaciones empresariales, la emergencia a la vida

²⁶¹ Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, A.L. Mateos, Madrid, 1993, p. 78.

²⁶² Ibáñez, Perfecto Andrés, *Democracia con jueces*, en *La función judicial*, Jorge Malem y otros (Compiladores), Gedisa, 2003, p. 245.

pública de las clases sociales marginadas, las múltiples intervenciones del Estado en la sociedad civil, en suma, el surgimiento de una constelación sociedad-Estado que deja de corresponder a la constelación típicamente liberal y en la que el derecho queda en parte desfasado y en parte se convierte en un instrumento político o de gobierno utilizado profusamente como tal.

Asimismo, una parte fundamental de este escenario que contribuye a la crisis de la perspectiva agudamente legalista lo constituyen en el ámbito teórico e ideológico la irrupción de los movimientos sociológicos del derecho, haciendo énfasis en el desfase entre la ley escrita de los códigos y la realidad social.

Uno de los aspectos más relevantes de las escuelas sociológicas y realistas del derecho es la relevancia que conceden a la figura del juez como protagonista en el proceso constante de adaptación de la legislación a las necesidades concretas de la sociedad. Además, enfatizan que el papel del juez es fundamental para comprender apropiadamente las características del derecho mismo, sosteniendo además un escepticismo frente al derecho legislado.

El sentido de certeza, atribuido por el acendrado legalismo a las normas generales y abstractas puestos por el legislador, constituye solamente una ilusión para los realistas. En la medida en que las normas existen, son proposiciones generales incapaces de ofrecer una determinada respuesta a la infinidad de controversias que pueden ir surgiendo en el curso de la existencia humana.²⁶³

El realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes es una de las manifestaciones teóricas más radicales de la oposición frente al derecho legislado y el consecuente protagonismo del derecho judicial. Para Holmes, el imperio de la fuerza pública, en determinados casos, ha sido confiado por las sociedades a los jueces, y, de ser necesario, todo el poder del Estado habrá de desplegarse para hacer efectivos sus sentencias y decretos. En su célebre definición del

²⁶³ Riddall, J. G., *Teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 220.

derecho, Holmes entendió por tal nada más que las profecías acerca de lo que los tribunales harán en cada caso concreto.²⁶⁴

Otra de las más paradigmáticas aportaciones a esta corriente es la de Benjamin Nathan Cardozo quien, sin caer en los extremos del juez Holmes produce importantes reflexiones a partir de su actuación como juez de la Corte de Apelación de Nueva York y posteriormente como juez de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, analiza la conducta judicial. Para el juez Cardozo la simple existencia de los códigos y las leyes no tiene porque volver al juzgador una figura superflua ni convertir su trabajo en algo rutinario y mecánico.

Es de resaltar al respecto, que Cardozo era ya consciente no sólo del problema de la interpretación del derecho en general, sino también de la problemática de la interpretación del texto constitucional: “Sobre todo en el campo del derecho constitucional, el método de la libertad de decisión se ha convertido en la actualidad en el método predominante. Las grandes generalizaciones de la Constitución tienen un contenido y un significado que varían de una época a otra. El método de la libertad de decisión abarca más allá de los detalles temporales e incluye lo que es permanente. La interpretación, así ampliada, pasa a ser algo más que la confirmación del significado y de la intención de los legisladores cuya voluntad colectiva ha sido expresada. Complementa esta expresión, y llena los vacíos, con los mismos procesos y métodos con los que se construyó el derecho consuetudinario. Los códigos y otras leyes pueden poner en peligro la función judicial mediante la represión, el desuso y la atrofia. La función se desarrolla y conserva en virtud de la necesidad humana a la que constantemente responde. La prohibición de Justiniano de hacer cualquier comentario sobre lo producido por sus codificadores se recuerda sólo por su inutilidad”.²⁶⁵

²⁶⁴ Holmes, Oliver W., *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 13.

²⁶⁵ Cardozo, Benjamin Nathan, *La función judicial*, Oxford, México, 2000, p. 4.

Aunque los enunciados del juez Cardozo puedan parecer hoy sumamente reiterados por diversos autores, lo cierto es que uno de los grandes méritos de estas perspectivas es haberse opuesto a las consideraciones formalistas dominantes en aquella época, contribuyendo a superar el exacerbado legalismo dominante y dando pauta para la comprensión de la labor judicial como una labor creativa y orientada a la valoración de las necesidades sociales.

No obstante, pese a las aportaciones de las tendencias realistas la motivación y la argumentación del trabajo de los jueces no constituye todavía una característica primordial en la manera en la que los operadores piensan el derecho y su desenvolvimiento en la labor judicial, antes bien, los movimientos realistas se mostraron escépticos frente a la idea de que los jueces realmente motivaran y justificaran sus fallos.

En esa vertiente, no es hasta los acontecimientos ocurridos en Alemania después de 1933 con relación a los juicios de Nuremberg, cuando el paradigma dogmático legalista y una de sus aristas principales como lo es el modelo formal del razonamiento, caracterizado por considerar irrelevante desde el punto de vista jurídico todo aquello que en la motivación eventualmente precede o acompaña la individualización de la norma, acentúan su etapa crítica, al considerarse a partir de aquí como un rasgo prioritario de las sociedades democráticas el que sus órganos de poder público argumenten y den sustento a sus decisiones.

9.3 LA NECESIDAD DE MOTIVACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

El cambio de paradigma implica, como lo señala Manuel Atienza, un giro total en la manera de entender los sistemas jurídicos, producido con el paso del Estado legislativo al Estado constitucional, entendiendo por éste último no solamente un Estado en el que esté vigente una Constitución, sino en el que la Constitución, escrita o no, contiene: a) un principio dinámico del sistema

jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales; b) un conjunto de derechos fundamentales que limitan o condicionan no solamente la forma sino también el contenido de la producción, interpretación y aplicación del derecho, y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes.²⁶⁶

Como consecuencia el poder de los órganos estatales encuentra límites más visibles, surgiendo una mayor demanda de argumentar las decisiones, en comparación a la requerida por el Estado legislativo de derecho. Señala Atienza que “en realidad, el ideal del Estado de derecho constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos”.²⁶⁷

Sobre la concepción de la justificación, sigue siendo útil el dualismo propuesto por Jerzy Wróblewski en torno a la justificación interna y la justificación externa.

Para Wróblewski, la justificación interna está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. La condición de la justificación interna es la existencia de una regla con la que se pueda verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta. En cambio, la justificación externa se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Es evidente que la

²⁶⁶ Atienza, Manuel, *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Gracilaso de la Vega, Perú, 2008, pp. 162-163.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 163.

decisión jurídica podría estar internamente justificada pero carecer de la justificación externa.²⁶⁸

Ahora bien, si la importancia que se adscribe a la necesidad de justificar racionalmente las decisiones se observa en diversos ámbitos del ejercicio del poder, es en la actividad de los jueces y, particularmente en los jueces constitucionales donde esta exigencia se materializa con mayor claridad, pues bajo el paradigma del Estado Constitucional de derecho, todas las normas del ordenamiento jurídico deben interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales.

Al quedar atrás el paradigma del legalismo acendrado, se puede afirmar que en las sociedades democráticas actuales las autoridades jurisdiccionales no pueden reducir la fundamentación de sus fallos a una vía estrictamente autoritativa o reducirla a la conclusión de un aséptico silogismo. Además, se parte de la idea de que no es posible ningún procedimiento de producción estatal del derecho que pueda brindar, en todos los casos sometidos al derecho y a los jueces, reglas capaces de dirimir cada cuestión jurídica, de forma que a partir de tales reglas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión.

La presencia de cuestiones en las que, de acuerdo a un mismo material normativo, pueden emitirse distintas decisiones, proporcionó la pauta para justificar la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica que contribuyera a la racionalidad de la práctica jurídica. Bajo este panorama, el punto nodal del análisis es la concreta actividad decisoria de la práctica jurídica y los criterios que contribuyan a su objetividad o racionalidad a efecto de superar la tensión entre la decisión propiamente dicha y la motivación o justificación de la misma. Al centrarse el problema en la búsqueda de la racionalidad el punto de partida para su solución se sitúa en la argumentación, entendida como un proceso discursivo de intercambio de razones, cuyos protagonistas se muestran orientados hacia la consecución de una decisión

²⁶⁸ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, Fontamara, México, 2001, p. 52.

más acorde con lo que en un determinado contexto pueda ser tenido como racional.

En ese sentido, se podría decir que a partir de la irrupción de las teorías de la argumentación jurídica, se explicita la idea de que quizá sean solamente los jueces los únicos operadores jurídicos que deben argumentar sus decisiones, puesto que, como lo afirma Milagros Otero, “el poder legislativo y el ejecutivo cifran su legitimidad únicamente en la justificación de origen, olvidándose de tener que justificar la racionalidad de sus decisiones”.²⁶⁹ Para Otero, los jueces lejos de representar la figura alabada y salomónicamente equilibrada, tienen ahora la permanente necesidad de razonar, argumentar e incluso convencer de la idoneidad de sus sentencias de forma que el interés por la argumentación judicial crece al mismo tiempo que disminuye la confianza en el principio de legalidad.²⁷⁰

En esa vertiente, uno de los medios de legitimación de los jueces es el cumplimiento de la exigencia de motivación de sus fallos. Si bien al vocablo se les suele asignar más de un sentido, se puede afirmar que motivar es explicitar todas y cada una de las circunstancias que mueven al juez a actuar de una manera determinada. Motivar la sentencia es suministrar las causas que han propiciado el desarrollo del razonamiento del juez que analiza los supuestos de hecho admitidos y, en su caso, las pruebas que lo sustentan.

El sentido de la motivación es evitar el ejercicio arbitrario de un poder que se reconoce más o menos discrecional.

Chaim Perelman, refiriéndose a la importancia de la motivación expresa: “Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Únicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y por qué. Los motivos le invitan a comprender la sentencia y le piden que se abandone durante demasiado tiempo al amargo placer de “maldecir a los jueces”. Los motivos le ayudan a

²⁶⁹ Otero Parga, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, Porrúa, México, 2006, p. 152.

²⁷⁰ *Idem*.

decidir si debe o no apelar o, en su caso, ir a la casación. Igualmente le permitirán no colocarse de nuevo en una situación que haga nacer un segundo proceso. Y por encima de los litigantes, los motivos se dirigen a todos. Hacen comprender el sentido y los límites de las leyes nuevas y la manera de combinarlas con las antiguas. Dan a los comentaristas, especialmente a los comentaristas de sentencias, la posibilidad de compararlas entre sí, analizarlas, agruparlas, clasificarlas, sacar de ellas las oportunas lecciones y a menudo también preparar las soluciones del porvenir. Sin los motivos no podríamos tener las “notas de jurisprudencia” y esta publicación no sería lo que es. La necesidad de los motivos entra tanto dentro de nuestras costumbres que con frecuencia traspasa los límites del campo jurisdiccional y se va imponiendo poco a poco en las decisiones administrativas cada vez más numerosas”.²⁷¹

En el caso de la jurisdicción constitucional, como hemos visto, su legitimidad no puede provenir del sufragio, como podría acontecer, en el caso de un órgano de representación, sino que una cuota de su legitimación se obtendría o no, dependiendo del correcto ejercicio de la función dentro de uno de los parámetros exigidos por las propias reglas del proceso contradictorio: el imperativo de la motivación de las resoluciones en materia de hechos y derecho.²⁷²

Por otra parte, debemos considerar que no solamente la motivación y justificación de las decisiones jurisdiccionales señalarían, en las sociedades democráticas contemporáneas, una de las vías para aproximar la labor de los jueces constitucionales a su legitimidad, sino que cada vez más prevalece la exigencia de una motivación pública de las sentencias.

El principio de publicidad, concebido en abstracto, permite a los ciudadanos someter las acciones relacionadas con el derecho de otros seres humanos al

²⁷¹ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Cívitas, Madrid, 1988, pp. 41 y ss.

²⁷² Cfr. Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, en Malem, Jorge, *et al.*, (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003. p. 252.

escrutinio de su propio entendimiento.²⁷³ La condición de la publicidad aparece en la filosofía de John Rawls como una restricción formal de su concepto de lo justo: “El objeto de la condición de publicidad es que las partes valoren las concepciones de la justicia como constituciones de la vida social públicamente reconocidas y totalmente efectivas. Esta condición de la publicidad está claramente implícita en la doctrina kantiana del imperativo categórico en la medida en que exige que actuemos conforme a principios que estaríamos dispuestos, en tanto que seres racionales, a promulgar como leyes de un reino de fines”.²⁷⁴ La publicidad y, por ende, el conocimiento por parte de los ciudadanos de las razones que ha tomado en cuenta la jurisdicción constitucional para robustecer su fallo es un elemento nodal en la conformación de un sistema garantista.²⁷⁵ Una justicia constitucional anclada en el

²⁷³ Cfr. Luban, David, “El principio de publicidad”, en Goodin, Robert E., (comp.), *Teoría del diseño institucional*, Gedisa, Barcelona, 2003.

²⁷⁴ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, op.cit., p. 132.

²⁷⁵ Como una muestra del interés que han mostrado los más altos tribunales de Iberoamérica en torno a la difusión de sus resoluciones podemos citar las declaraciones y las acciones que se estipularon en la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales de Justicia:

“CULTURA JURÍDICA JUDICIAL, DIFUSIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN:

...DECLARACIONES:

Primera.- El acceso a la justicia está limitado por el escaso conocimiento que los justiciables poseen sobre sus derechos, la posibilidad procesal de hacerlos valer, las instituciones y entidades a las que pueden acudir en demanda de los mismos y la indiferencia estatal en difundir conocimientos mínimos en forma sistemática, ordenada y masiva, entre la población.

Segunda.- El moderno Estado de derecho se caracteriza por la seguridad jurídica, certeza, confianza y posibilidad real de que se otorgue a toda persona lo que en derecho corresponde.

Tercera.- Los niveles de credibilidad y confianza en la justicia están relacionados en gran medida con las políticas de educación judicial, la difusión de las resoluciones judiciales, las relaciones con los medios de comunicación y el acceso a la información pública.

Para lograr el cumplimiento de las anteriores declaraciones, manifestamos nuestra voluntad de llevar a cabo las siguientes:

ACCIONES:

1.- Propiciar el diseño y desarrollo de programas de culturización jurídica encaminados a difundir entre la población, el conocimiento de la organización y del funcionamiento de la administración de justicia.

2.- Recomendar a las autoridades educativas de los diversos países, incluir en los programas de estudios materias sobre los derechos y obligaciones de las personas y sobre la organización judicial, en todos los niveles del sistema educacional.

3.- Promover programas de capacitación para jueces y magistrados, quienes utilizarán en sus resoluciones lenguaje accesible, sin perjuicio del rigor científico jurídico de las decisiones judiciales.

4.- Establecer una política de comunicaciones de los poderes judiciales, conforme a las leyes y de acuerdo con los siguientes parámetros:

4.1. Mayor apertura a la información relativa a la administración de justicia y manejo de recursos, con transparencia y facilidad de acceso.

4.2. Mejorar las relaciones con los medios de comunicación ofreciendo capacitación a los periodistas sobre la administración de justicia, dando información oportuna y veraz sobre los procesos y resoluciones.

hermetismo del proceso y resultado de la deliberación sería totalmente antitética a las actuales exigencias democráticas de transparencia y publicidad.²⁷⁶ El conocimiento de las motivaciones de las resoluciones judiciales trascendentes posibilita el control ciudadano al potenciar las posibilidades de crítica de las mismas en el ámbito de la opinión pública, no obstante que esa crítica y ese análisis se lleven a cabo de manera posterior, ello contribuye a la evolución progresiva de su calidad deliberativa y a su contrastación.

Para Aulis Aarnio para efectos de la certeza jurídica, a la que este autor define como una exigencia que tiende a evitar la arbitrariedad, sólo son importantes las razones jurídicamente aceptables y públicas porque sólo ellas hacen posible que se pueda percibir la relevancia de la decisión. Si las razones son secretas o inaceptables, son inútiles para el control público.²⁷⁷

Y si bien es cierto que la publicidad es importante en cualquier ejercicio de interpretación, argumentación y aplicación del derecho, en sede o materia constitucional adquiere rasgos de mayor relieve. Ante la jurisdicción de la constitucionalidad sería difícil señalar que los efectos de ésta impactan solamente a las partes envueltas en la disputa, puesto que regularmente es indeterminado el número de sujetos vinculados por una decisión que puede

4.3. Contar con unidades de apoyo o soporte para la estrategia comunicacional del Poder Judicial, que mantengan una relación permanente e institucional con los referidos medios.

5. Potenciar el derecho a la información en el marco del derecho vigente en cada país”. (Visible en: http://www.poderjudicial.cl/PDF/Home/Destacados/cumbre/cumbre_7.pdf?opc_menu=&opc_item=).

²⁷⁶ El profesor mexicano Ernesto Villanueva ha puesto énfasis en que pese a que el derecho de acceso a la información se ha convertido en parte de la agenda de la reforma de Estado en América Latina y particularmente en México, no existe, sin embargo, todavía en ciertos ámbitos una garantía jurídica de un acceso ciudadano a la información similar a la prevista con relación a la administración pública federal, por lo que se genera un ámbito importante de libertad y discrecionalidad a los órganos constitucionales autónomos y a los poderes legislativo y judicial puesto que aún cuando el artículo 61 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental dispone que en estos casos se deben observar principios comunes de apertura informativa se deja el cómo en manos de las propias instituciones que deben informar en la medida en que se les otorga atribuciones para crear su órgano administrativo y el diseño institucional para cumplir con el espíritu de la ley en materia de acceso a la información. Esta circunstancia, añade Villanueva, hace que el derecho de acceso a la información pública pueda tener un desarrollo desigual según las propias consideraciones personales y motivacionales de cada uno de los sujetos distintos a la administración pública federal. Villanueva, Ernesto, “Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial. Una aproximación al caso mexicano desde la perspectiva comparada, en Revista Judicial”, *Revista Mexicana de Justicia*, UNAM, México, No. 2, 2003. p.207.

²⁷⁷ Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*, Fontamara, México, 2000, p. 54.

influir en la estructura orgánica fundamental del sistema o en la esfera fundamental de los derechos.

Asimismo, dada la trascendencia de la argumentación del intérprete constitucional es posible aseverar que su divulgación adecuada es importante, no solamente por las razones antes aducidas, sino además porque dada la función de intérprete supremo de la carta fundamental, su labor argumentativa desempeña también una “función didáctica” dado que en la percepción de los ciudadanos el contenido de la Constitución suele ser asimilado al contenido de la motivación construida por el intérprete supremo.²⁷⁸

²⁷⁸ Cfr. Alonso García, Enrique, “La jurisprudencia constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 1, p. 182.

CONCLUSIONES

En este capítulo partimos del análisis de la tesis del originalismo tanto en su versión textualista como en su manifestación intencionalista. El planteo originalista asume que el contenido normativo e ideológico del texto constitucional se determinó plenamente en el momento de su adopción y que ese contenido es aprehensible en su totalidad por medio de un análisis del documento o, en su caso, de las intenciones originales de sus autores, en un camino hermenéutico en el que la valoración del intérprete que excluida.

En su versión textualista estricta se asumió que la doctrina originalista constituye una posición refutable al postular una posición sobre la interpretación del derecho que todavía se sustenta en supuestos sentidos unívocos y objetivos, susceptibles de ser desentrañados por los operadores jurídicos.

Por otra parte, la versión intencionalista del originalismo afronta el dilema generacional que suele enfrentar el sentido de las intenciones de los autores originales a la barrera de la evolución social y moral de los pueblos.

Ambas manifestaciones de la doctrina del originalismo más que ubicarse en un plano teórico descriptivo o exploratorio de la interpretación constitucional se ubican en una posición prescriptiva.

En ese sentido, asumimos que el reconocimiento de una textura abierta del derecho, y más en el caso del texto constitucional, propicia que se acepte la existencia de múltiples cuestiones sustanciales cuyo desarrollo y resolución debe dejarse en manos de la jurisdicción, ante la imposibilidad de la legislatura para generar reglas por anticipado.

Asimismo, se consideró que la Constitución es una norma cualitativamente distinta a las normas inferiores y a partir de este presupuesto debe construirse la explicación sobre el acto de la interpretación del texto constitucional. Actualmente es difícil sostener la tesis de la “falacia cualitativa” con relación a la Constitución, dado el cambio sustancial que ha ocurrido en la concepción de

la misma a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, desplazándose el interés por su parte orgánica hacia el énfasis en los derechos fundamentales que la cartas constitucionales suelen consagrar.

La propia especificidad de la Constitución al establecer los criterios básicos de la ordenación política y los derechos fundamentales ha evidenciado la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de interpretación. En ese sentido, considerados los derechos fundamentales como principios del propio sistema, en la búsqueda de un planteamiento hermenéutico adecuado para su tratamiento, se ha considerado que la técnica de la ponderación, entendida como una operación que a partir de una jerarquía axiológica móvil en la cual prevalece la evaluación del posible impacto del principio al que se atribuye mayor peso en cada circunstancia concreta, puede brindar elementos de equilibrio entre los diversos elementos que participan en la interpretación constitucional.

Asimismo, en la aproximación a la legitimación de la jurisdiccional constitucional se afirma que uno de los medios de legitimación de la labor de los jueces de la constitucionalidad radica en el cumplimiento de las exigencias de motivación y justificación adecuadas de sus fallos, suministrando razones e incluso persuadiendo de la pertinencia axiológica y social de los mismos.

El simple elemento autoritativo de la ley, propio del Estado legalista acendrado, no contribuye en la consecución de la legitimación de las decisiones de los tribunales. Tampoco lo es la investidura mística del intérprete orgánico cuyos residuos aún perviven.

Tras la crisis del Estado legalista, se podría afirmar que la densidad argumentativa de las sentencias en general, pero aún con mayor rigor y consistencia en el caso de las sentencias en sede de jurisdicción constitucional, constituye un elemento fundamental de las sociedades democráticas contemporáneas.

En el Estado Constitucional de derecho, la trascendencia de la necesidad de justificación de las decisiones de los diversos órganos del Estado se acentúa

en la función de los jueces. El punto fundamental se centra en la argumentación, concebida como un proceso discursivo de intercambio de razones, en el que sus operadores se muestran orientados hacia la consecución de una decisión congruente con lo que en un determinado contexto se pueda considerar como racional.

En tal vertiente, el entramado argumentativo del juez constitucional articula una cuota de su racionalidad a partir de una concepción de apertura de las razones emitidas.

Asimismo, la publicidad y transparencia de las motivaciones y justificaciones del acto jurisdiccional constituyen también rasgos que acercan al juez a la atribución de su propia legitimación, en la medida que posibilitan la crítica, la deliberación, y quizá aunque sólo sea en un sentido débil, el control ciudadano.

La publicidad y el conocimiento de los destinatarios del derecho de las razones que ha tomado en cuenta la jurisdicción constitucional para sustentar el sentido de sus fallos constituyen elementos torales en la conformación del Estado Constitucional de derecho.

CONCLUSIONES GENERALES

1.- El control ejercido sobre la legislación secundaria, al contrastarse con prescripciones superiores presenta antecedentes remotos, que si bien son difusos o ambiguos, identifican en alguna medida los eventos precursores de la jurisdicción constitucional. Los dualismos normativos clásicos permiten evidenciar estos antecedentes.

2.- En el periodo ilustrado, es posible encontrar en el terreno de la filosofía política y jurídica una concepción relativa a los límites impuestos al ejercicio del poder legislativo, pese a ser considerado éste poder, paradójicamente en este periodo, un poder supremo en el Estado.

3.- Aunado a la identificación de esos precedentes remotos, denominados en esta investigación, orígenes difusos del control de la constitucionalidad, es preciso reconocer en Inglaterra, con la doctrina del juez Edward Coke y el papel asignado por éste al juzgador como árbitro entre el Rey y el Parlamento, la formulación de la doctrina de la supremacía de la Constitución y la génesis concreta de la formulación orgánica del control judicial de la constitucionalidad.

4.- Sin haber referencia expresa en la Constitución norteamericana de 1787 a la revisión judicial de la constitucionalidad, es en la glosa de *El Federalista* sobre el texto de la Constitución donde se explicita la figura de la *judicial review* como un principio derivado de forma implícita de la Carta Suprema.

5.- El origen de la *judicial review*, a nivel doctrinal, está vinculado a una posición escéptica y cauta hacia la representación popular por vía legislativa y sustentada en un sentimiento de temor a los impulsos de las mayorías.

6.- La materialización judicial de la doctrina de la *judicial review* se llevó a cabo a través de la resolución al célebre caso *Marbury vs Madison*, al encontrarse la

facultad de los tribunales para revisar la constitucionalidad de las leyes implícita en la cláusula de supremacía constitucional. Significando *Marbury vs Madison* el punto de partida del denominado control difuso de la constitucionalidad. No obstante, las ideas de *Marbury vs Madison* no son suficientes para legitimar actualmente la tarea de la jurisdicción constitucional sólo a través de la tesis de la supremacía de la Constitución. Asimismo, el control de la constitucionalidad implica aspectos que van mucho más allá de la simple resolución de un problema de correspondencia lógica entre las normas de la Constitución y las normas secundarias.

7.- Otro momento trascendental en la significación y evolución de la jurisdicción constitucional lo constituye el diseño y posterior surgimiento del Tribunal Constitucional europeo de origen kelseniano, precursor del control de constitucionalidad de tipo concentrado, cuyo sustento teórico es la tesis de la estructura escalonada y jerárquica del ordenamiento jurídico y la concepción del juez constitucionalidad como legislador negativo; concepción que marca la diferencia entre el sistema de control de constitucionalidad europeo y el sistema difuso americano.

8.- La evolución y dinamismo que la jurisdicción constitucional ha experimentado, implica actualmente la necesidad de relativizar la distinción entre los dos tipos tradicionales de control de la constitucionalidad anteriormente señalados.

9.- La objeción contramayoritaria dirigida a la revisión judicial de la constitucionalidad ha pasado de ser un reproche sustantivo y tajante a convertirse en un dilema que puede ser aminorado a partir de la introducción de mecanismos tales como el diálogo interorgánico entre los tribunales constitucionales y el poder legislativo. Bajo esta perspectiva, la objeción

contramayoritaria se torna una objeción de grado que dependerá de la operatividad y eficacia de la deliberación interorgánica.

10.- La concepción de una sociedad abierta de los intérpretes constitucionales constituye otro elemento que relativiza el dilema contramayoritario al sugerir mecanismos flexibles de participación ciudadana que posibiliten una labor hermenéutica que irrumpa como un supuesto democrático y como un elemento que pasa a formar parte de la propia cultura del ciudadano.

11.- La propuesta formalista sobre la Constitución de detalle es una tesis difícil de sostener en virtud de la presencia de conceptos esencialmente controvertidos habitualmente incorporados en los textos constitucionales. El carácter evaluativo, complejo, argumentativo y funcional de dichos conceptos explicita la dificultad de entender a la Constitución como una norma de detalle.

12.- Las sentencias constitucionales que generan efectos *erga omnes* en sí mismas no vulneran el principio de la representación o el de la división de los poderes públicos, pues el dilema por estos principios trasciende los posibles efectos de lo que representa el último momento de la prosecución judicial.

13.- Pese a que la corriente del constitucionalismo popular ha revitalizado la objeción contramayoritaria, la perspectiva presenta problemas de ambigüedad y no logra identificar objetivamente el cómo canalizar una interpretación en la que el pueblo sea el agente protagónico de la interpretación constitucional.

14.- La importancia decisiva que algunos de los críticos de la jurisdicción constitucional adscriben a la regla de la mayoría y al voto de los ciudadanos no debe ostentar un carácter absoluto puesto que el tipo de decisiones que usualmente entran en juego en el momento de la interpretación y valoración de los derechos fundamentales en el contexto de la deliberación pública en

sociedades democráticas difícilmente puede quedar sujeto a una simple regla aritmética.

15.- La discusión sobre los derechos debe partir del recurso a ciertos contenidos preconstituidos que funcionen como límite. Aún cuando es precisamente en el debate por los alcances y expansión de los mismos donde la discusión debe permanecer abierta.

16.- Pese a ser un mecanismo fundamental de las democracias representativas, el voto no es el “derecho de los derechos”, como sugieren algunos de los máximos detractores de la revisión judicial de la constitucionalidad. Afirmar el voto como un dato decisivo en la identificación plena de la autonomía de los individuos es adoptar una postura reduccionista que poco contribuye al debate sustancial sobre los derechos.

17. La evolución y complejidad de la organización ciudadana, así como la pérdida de la independencia de la institución legislativa con relación a las demás instituciones del Estado pero del poder Ejecutivo en particular, han contribuido a la decadencia o crisis de la representación legislativa.

18.- La regla de la mayoría, en su concepción originaria, constituía solamente un instrumento o subterfugio carente de dimensión axiológica, así como de sentido fundacional.

19.- La oposición entre democracia y Constitución se diluye si se concibe a la democracia como algo más que un a simple regla de la mayoría y se le vincula sustancialmente con el respeto a los derechos fundamentales que, bajo este paradigma, dejan de quedar a disposición de la voluntad de las mayorías.

20.- En el contexto de una democracia constitucional propia de un Estado Constitucional de derecho el papel de una jurisdicción constitucional se expande y deja atrás la fórmula del juez constitucional como legislador negativo al convertirse en una de los principales elementos de defensa de las libertades y derechos básicos.

21.- La protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción constitucional no implica una invasión al ámbito del poder legislativo puesto que la Constitución garantiza a los individuos derechos frente al legislador, estableciendo la misma Constitución la garantía del tribunal constitucional para el ejercicio y defensa de esos derechos. Se trata de una garantía necesaria para el ejercicio de esos derechos.

22.- En la concepción de la democracia constitucional, el atrincheramiento de los derechos fundamentales y la presencia de la jurisdicción constitucional son elementos imprescindibles; en cambio, en el modelo de la democracia mínima o estrictamente procedimental ninguno de estos elementos es medular.

23.- La discriminación inversa como especie del género de las acciones afirmativas constituye una figura pragmáticamente necesaria para aminorar la brecha entre la igualdad formal y la igualdad sustancial. En el desarrollo de la discriminación inversa el papel de la jurisdicción constitucional, en mayor medida que el desplegado por la legislatura, ha sido decisivo.

24.- La protección de los derechos de las minorías puede ser una de las facetas de la actuación material de los tribunales constitucionales que puede ser argumentado como una medida que aproxime a estas instituciones a su propia legitimación.

25.- En materia de interpretación de la Constitución los métodos tradicionales de interpretación son insuficientes. El cambio cualitativo que se produce con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial en la manera de entender el texto constitucional amerita otros instrumentos hermenéuticos, a partir del entendimiento del texto de la Constitución como un texto que de manera expresa o tácita contiene una serie de principios fundamentales.

26.- La posición originalista en torno a la interpretación del texto constitucional, tanto en su versión textualista como en su modalidad intencionalista es insuficiente para adscribir sentido a la complejidad que encierra el texto constitucional y el contexto en el que éste se inserta.

27.- La técnica de la ponderación irrumpe como el mecanismo típico para la resolución de conflictos entre principios constitucionales, siendo lo característico de este modelo hermenéutico, el que mediante su recurso no se logre una respuesta correcta o válida para todo supuesto sino que se logra una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso.

28.- Uno de los medios de legitimación de la tarea de la jurisdicción constitucional es el cumplimiento de la exigencia de una justificación racional de los fallos.

29.- El principio de publicidad efectivamente vinculado a la justificación y motivación de las resoluciones de los tribunales constitucionales constituye otro factor que contribuye a la legitimación de la institución de la jurisdicción constitucional al constituir un instrumento que posibilita la crítica moral, el conocimiento y la deliberación de la decisión judicial.

BIBLIOGRAFIA.

AARNIO, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Fontamara, México, 2000.

ACKERMAN, Bruce, *We the people: Foundations*, Harvard University, Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.

ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993.

_____ *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1989.

ALONSO GARCÍA, Enrique, “La jurisprudencia constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, No. 1, 1988.

ARISTOTELES, *La Política*, Porrúa, México, 1976.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, México. 2008.

BAYON, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, en Carbonnel Miguel, (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

BICKEL, Alexander M, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale, University Press, 1986.

BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, UNAM, México, 2003.

BIX, Brian, *Diccionario de Teoría Jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009.

- BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- _____ *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003
- _____ *El futuro de La democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- _____ *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 2002.
- _____ *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- CÁCERES, Enrique, et. al., (coord.). *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- CAMPBELL, Tom, *Human Rights Legislation as a Substitute for the Judicial Review of Legislation on the Basis of Bills of Rights*, en Problema núm. 1, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, UNAM, IIJ, 2008.
- _____ *La justicia, Los principales debates contemporáneos*. Gedisa, Barcelona, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La Justicia Constitucional*, Estudios de Derecho Comparado, UNAM, México, 1987.
- CARBONNEL, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, Fontamara. México, 2004.
- CÁRDENAS, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, México, 2007
- CARDOZO, Benjamin Nathan. *La función judicial*, Oxford, México, 2000.
- CARRIÓ, Genaro, "Dworkin y el positivismo jurídico", *Cuadernos de Crítica*, No.16, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1981.

_____ *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

CASTRO y Castro, Juventino, *La mutación estructural del derecho*, Porrúa, México, 1998.

CELOTTO, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 1, 2004.

COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y teoría del derecho*, Fontamara, México, 2007.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fondo de Cultura Económica, México, 2009.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 2004.

DE LORA, PABLO, “La posibilidad del constitucionalismo thayeriano”, *Doxa*, núm 23.

DE CABO MARTÍN, Carlos, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Planeta, México, 1993.

_____ *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992.

_____ “La Lectura Moral y la premisa mayoritaria”, *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.

Justice in Robs, Harvard University Press, 2006.

ELY, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard, University Press, 1980.

ELSTER, Jon y Slagstad, Rune. *Constitucionalismo y Democracia*. Fondo de Cultura Económica. México. 1999.

ETO CRUZ, Gerardo, "John Marshall y la sentencia Marbury vs Madison", *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. México. Porrúa-SCJN. 2003.

FIX ZAMUDIO, Héctor. "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año 1, Núm. 1, 1968.

FLORES, Imer. "The Living Tree: Fixity and Flexibility a General Theory of (Judicial Review in a) Constitutional Democracy?," *Problema*, Núm. 2, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, UNAM, IIJ, 2008.

GARCIA BELAUNDE, Domingo. "Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales", *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Núm. 8, 2005.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, México, 1978.

GARCIA MORILLO, Joaquín, "Mitos y realidades del parlamentarismo", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 9, 1991.

GARGARELLA, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Isonomía*, Núm. 6, 1997.

_____ “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The people themselves de Larry Kramer”, *Revista de Libros de la Fundación Caja Madrid*, Madrid, Núm, 112, 2006.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GIANFORMAGGIO, Leticia, *Estudios sobre Kelsen*, Fontamara, México, 1994.

GIL CREMADES, Juan José, “La motivación de las decisiones jurídicas”, *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, UNAM, México, 1980.

GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999.

HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, UNAM, México, 2001

_____ y Hesse, Konrad, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Porrúa, México, 2005.

HAMILTON, Alexander, *et. al.*, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

_____ *Post scriptum al Concepto de Derecho*, UNAM, México, 2000.

HIEBERT, Janet, “Los Efectos de la Carta de Derechos y Libertades en la Política Canadiense”, *Canada. Introducción al sistema político y jurídico*, Centro de Estudios Canadienses, 2001.

HINICH, Melvin y Michael, Munger, *Teoría Analítica de la Política*, Gedisa, Barcelona, 2003.

HOLMES, Oliver W., *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

_____, *The Common Law*, Barnes & Noble, Inc., New York, 2004.

HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune, (comp.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, en Malem, Jorge, *et al.*, (comp.), *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003.

IBARRA PALAFOX, Francisco, “La evolución del debate multicultural y su estado actual en la teoría liberal”, en Cáceres, Enrique, *et al.*,(coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

IGLESIAS VILLA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*. Núm. 23. 2000.

JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Oxford, México, 1999.

KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

_____, *Esencia y valor de la democracia*, Colofón, México, 2002.

_____, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2002

_____, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1988.

KELLEY, Robert, *El modelo cultural en la política norteamericana*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

KRAMER, Larry. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press. 2004.

LIFANTE Vidal, Isabel, "Interpretación y Modelos de Derecho", *Doxa*, Núm 22, 1999.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

LÓPEZ GARCÍA. José Antonio y Del Real Alcalá, J. Alberto (Eds), *La democracia a debate*, Dykinson, Madrid, 2002.

LUBAN, David. "El principio de publicidad", en Goodin, Robert E., (comp.), *Teoría del diseño institucional*, Gedisa, Barcelona, 2003.

LYONS, David, *Aspectos Morales de la Teoría Jurídica*, Gedisa, Barcelona, 1998.

MARMOR, Andrei. *Interpretación y Teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001.

_____ "Are Constitutions Legitimate?", *Problema*, Núm 1, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, UNAM, IJ, 2007.

MATHEUS SAMPER, Luisa. "Introducción al Estudio de la Constitución de Canadá", *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Núm. 22, 2004.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Gernika, México, 2005.

MORALES-PAULÍN, Carlos, *Justicia Constitucional*, Porrúa, México, 2002.

MORINEAU, Marta. *Una Introducción al Common Law*, UNAM, IJ, México, 2001.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

_____”La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas”, *Derecho, moral y política. Fundamentos de liberalismo político, derechos humanos y democracia deliberativa*. Gedisa. Buenos Aires. 2007.

NOGUEIRA, Humberto. *La Jurisdicción Constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la Alborada del Siglo XXI*, Porrúa, México, 2004.

ÖHLINGER, THEO, “Hans Kelsen y el derecho constitucional federal austriaco. Una retrospectiva crítica”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 5, 2006.

OTERO PARGA, Milagros, *Cuestiones de argumentación jurídica*, Porrúa, México, 2006.

PEGORARO, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 2, 2004.

PEÑA Freire, Antonio, “Constitucionalismo Garantista y Democracia”, *Revista Crítica Jurídica*, Núm 22, 2003.

PEÑA, CARLOS, *Rawls: El Problema de la Realidad y la Justificación en la Filosofía Política*. Fontamara, México, 2008.

PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Cívitas, Madrid, 1988.

PÉREZ Tremps, Pablo. *Escritos sobre Justicia Constitucional*, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2005.

PICCATO, Antonio, “Aportaciones de Kelsen al constitucionalismo contemporáneo”, *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo*, UNAM, Porrúa, México, 2008.

POZZOLO, Susana, “Un Constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel, (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

PRIETO Sanchís, Luis. “Tribunal Constitucional y Positivism Jurídico”, en Carbonell, Miguel, (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, UNAM, Porrúa, México, 2005.

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. México.1995.

REHNQUIST, William H., *The Supreme Court*, Vintage Books, New York, 2002.

RIDDALL, J.G. *Teoría del derecho*. Gedisa. Barcelona. 1999.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1970.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, M.E. Editores, Madrid, 1993.

RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Constitucionalismo y Democracia". *Isonomía* No. 21. _____ "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, Núm. 19, 1996.

SABINE, George H, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

SALAZAR, Pedro, *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*, UNAM, México. 2006.

SANCHEZ CORDERO, Olga. "La transparencia de los jueces. Algunas notas sobre el acceso a la información pública en el Poder Judicial de la Federación". *Revista Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, UNAM. México, Núm. 2, 2003.

SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, México, 2003.

SCHLAFLY, Phyllis, *The Supremacists*, Spence Publishing Company, Dallas, 2004.

SQUELLA, Agustín, *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*. Fontamara, México, 1995.

SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Porrúa, México, 2008.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. "Interpretación Constitucional: La Falacia de la Interpretación Cualitativa", en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, Fontamara, México, 2001.

_____, *Introducción al Estudio de la Constitución*, Fontamara, México. 1998.

TARELLO, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

TARUFFO, Michele, *Simply la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons. Madrid. 2010

TENA RAMIREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1990.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999.

URSÚA-COCKE, Eugenio, *Elementos del sistema jurídico anglosajón*, Porrúa, México, 1984.

VALDÉS, Clemente, "Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 4, 2005.

VERNENGO, Roberto, *La interpretación jurídica*, UNAM, México, 1977.

VILLANUEVA, Ernesto, "Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial. Una aproximación al caso mexicano desde la perspectiva comparada". *Revista Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, UNAM, México, Núm. 2, 2003.

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
_____. "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, Núm 115, 2006.

WALUCHOW, W.J. *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge University Press, 2007.

_____. "A Common Law Theory of Judicial Review", *Problema*, Núm 1, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, UNAM, IIJ, 2007.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Fontamara. México. 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Trotta, Madrid, 1999.