

Capítulo tercero

Elección popular de jueces constitucionales: entre la objetividad judicial y la legitimidad democrática. Algunas reflexiones sobre los dilemas sin resolver del control judicial.

Daniel GARCÍA URBINA*

No se puede arrojar contra los obreros insulto más grosero ni calumnia más indigna que la frase “las polémicas teóricas son sólo para los académicos”.

Rosa Luxemburgo**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La tensión democrática en los Estados constitucionales*. III. *Posibilidades frente a la tensión democrática de los jueces constitucionales*. IV. *No toda revisión judicial es un problema contramayoritario*. V. *Sobre los desacuerdos morales en la Constitución*. VI. *Sobre la objetividad judicial*. VII. *Sobre la última palabra*. VIII. *Conclusión*. IX. *Bibliografía*.

I. Introducción

En este texto pretendo estudiar si la elección popular de jueces y juezas constitucionales ayuda a resolver el problema de la legitimidad democrática del control judicial constitucional. El problema podría plantearse de la siguiente manera: ¿es necesario que los tribunales constitucionales, cuando tienen la última palabra sobre lo que dice la Constitución, cuenten con la legitimidad democrática del voto popular?¹

* Doctor en Derecho; profesor del Posgrado en derechos humanos de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM.

** Luxemburgo, Rosa, *Reforma o revolución*, Buenos Aires, La Bisagra Editorial, 2014, p. 7.

¹ Hay varios estudios que defienden esta idea. Véase: Olszewski, Peter Paul, “Who’s Judging Whom? Why Popular Elections are Preferable to Merit Selection Systems”, *Dickinson Law Review*, PennState Dickinson Law, vol.109, núm. 1, 2004. Gann Hall, Melinda, “The Controversy Over Electing Judges and Advocacy in Political Science”, *The*

De manera muy general podría decirse que mi intención, en un ánimo filosófico, es demostrar que la crítica a la elección de jueces constitucionales no debería estar sostenida en considerar que con la voluntad popular se pierde la objetividad judicial. Y así, sostengo que el verdadero problema es que la elección popular de juezas constitucionales no ataca el fondo del asunto, es decir, sobre si es legítimo que los tribunales constitucionales deben tener la última palabra sobre lo que dice la Constitución. En otras palabras, mi objetivo es poner a prueba los argumentos de quienes piensan que es “obvio” que no deberíamos elegir democráticamente a juezas y jueces en nombre de una objetividad racional, y en su caso, defender que el problema del funcionamiento del control judicial no se soluciona ni con jueces más capaces ni con jueces más legítimos. Al final del día, el aura que envuelve este escrito es una idea muy simple: es necesario tomarnos en serio que los tribunales constitucionales son poderes contrarrepresentativos.

Con estos objetivos en mente, ofreceré algunas coordenadas teóricas para centrar la discusión sobre la elección popular de jueces y juezas. La forma en la que abordaré este problema es a partir del estudio de una cierta tensión antidemocrática en el modelo de Estado constitucional.² Para lograr esa empresa recurriré a diversas corrientes teóricas, como el constitucionalismo popular³ y los Critical Legal Studies⁴ y así, relacionar

Justice System Journal, vol. 30, núm. 2, 2009. Richard L. Jolly, “Judges as Politicians: The Enduring Tension of Judicial Elections in the Twenty-First Century”, *Notre Dame Law Review*, New York University School of Law, vol. 92, núm. 1, 2017.

² Sobre dicha tensión democrática véase: Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2010. Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Sunstein, Cass (prol.), Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011. Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 44, 2010, pp. 249-264.

³ Principalmente en este texto sigo las ideas de Kramer, Larry, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Begallo, Paola (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2011. Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016. Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

⁴ Unger, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986.

el control judicial con las discusiones sobre la objetividad de las decisiones judiciales.⁵

Quienes están en contra de la elección popular de jueces y juezas constitucionales, generalmente sostienen las siguientes ideas: primero, que el voto popular no es necesario porque no hay una tensión democrática en la creación de tribunales constitucionales que ejercen revisión judicial; segundo, que el voto popular pervierte la objetividad de las decisiones judiciales, pues las y los jueces terminan haciendo política; tercero, que las personas no deben decidir quiénes serán sus jueces porque no pueden o no saben. Por otro lado, quienes están a favor, consideran que los problemas democráticos de la revisión judicial se pueden solucionar si la ciudadanía participa en la elección de juezas y jueces constitucionales, pues con ello lograríamos que sus decisiones sean más legítimas. Por razones de espacio, me limitaré discutir las dos primeras ideas de quienes están en contra y la idea defendida por quienes están a favor. Para ello, estudiaré el papel de los jueces constitucionales en una democracia, sobre cómo deciden y sobre los límites de sus decisiones, para llegar a la conclusión de que, tomarnos en serio los derechos no nos debería comprometer necesariamente con un control judicial que tenga la última palabra sobre la Constitución.

II. La tensión democrática en los Estados constitucionales

La descripción teórica que generalmente se hace de los Estados constitucionales parte de las siguientes premisas:⁶ a) los derechos humanos, contenidos en los pactos constitucionales, son un coto vedado,⁷ b) dichos pactos constitucionales son rígidos;⁸ c) el guardián de la constitución —y por ende de esos derechos humanos— debe ser un tribunal constitucio-

⁵ Aquí sigo el pensamiento de Jeremy Waldron en *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayorías en el Congreso y en los tribunales*, Argentina, Siglo XXI, 2018.

⁶ Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, 3a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Fontamara, 2007.

⁷ Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca del «coto vedado»”, *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 209-213.

⁸ Bryce, James, *Constituciones rígidas y flexibles*, 2a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1963.

nal,⁹ d) la interpretación de las constituciones no es literal, sino dúctil,¹⁰ y e) las resoluciones de ese tribunal constitucional constituyen una defensa frente a las actuaciones de los demás poderes políticos.¹¹

Tomando en cuenta estas consideraciones, es importante insistir en que desde la teoría constitucional se ha reconocido que la principal función de los tribunales constitucionales es la de revisar la constitucionalidad de los actos de otros tribunales ordinarios u otros poderes políticos, incluidas las leyes. Esto es lo que la tradición ha denominado como revisión judicial —*judicial review*— o control constitucional.¹² Esta revisión judicial de la constitucionalidad consiste, básicamente, en considerar que la Constitución de un Estado es la norma suprema, bajo la cual todos los órganos de poder deben limitar sus actuaciones.¹³ Esto ha motivado a autores —como Dworkin— a considerar que tomarnos en serio los derechos nos conduce a la necesidad de adoptar un control judicial constitucional.¹⁴ La razón que muchos comparten sobre esta premisa radica en que se piensa la democracia constitucional siempre en oposición a la tiranía de las mayorías.¹⁵ De tal manera que los tribunales constitucionales son foros que defienden principios y no razones mayoritarias o democráticas.¹⁶

⁹ Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-216.

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2005.

¹¹ Ferreres Comella, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *cit.*, pp. 477-504.

¹² Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven, 1990.

¹³ En México hay control concentrado y control difuso, véase: Highton, Elena I., *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010.

¹⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Guastavino, Marta (trad.), 8a. ed., Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

¹⁵ Por ejemplo, Rolando Tamayo literalmente considera que el papel del constitucionalismo es limitar el poder. Véase: “Voy a caracterizar al constitucionalismo como los intentos por establecer o señalar límites jurídicos a los gobernantes o detentadores del poder en una comunidad política. Encuentro que el constitucionalismo tiene una característica esencial: es una limitación jurídica al gobierno. El constitucionalismo se propone, así, sustituir el gobierno arbitrario y despótico por un gobierno del derecho”, Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 2006, p. 93. La expresión fue utilizada por primera vez por John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859.

¹⁶ Dworkin, Ronald, “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, vol. 56, 1981.

Y es aquí donde la tensión antidemocrática ha sido efectivamente denunciada: diversos autores han argumentado que con la revisión judicial los tribunales constitucionales atentan contra la división de poderes porque —sin ser democráticos— tienen el poder de revisar aspectos que fueron decididos en sede democrática —ya sea desde el Ejecutivo o el Legislativo—. O, en otras palabras, cuando un juez constitucional revisa a los demás poderes políticos parece ser que tiene la última palabra. Para Or Bassok esta tensión aparece luego de enfrentar el principio democrático de la regla de mayoría con el hecho de que los tribunales constitucionales no están sujetos a legitimidad democrática.¹⁷ Y es que a diferencia del Ejecutivo y Legislativo, en el modelo del Estado constitucional los tribunales constitucionales no son susceptibles de controles ciudadanos, que los hagan o no responsables de sus decisiones, por lo que “raramente asumen los costos de sus errores”.¹⁸ En otras palabras, la tensión se presenta cuando se puede desprender que las y los jueces constitucionales hacen las veces de legisladores. Esto origina además una situación elitista, donde prevalecen las decisiones de unos pocos —los que sí saben—, sobre los muchos —los que no saben—.¹⁹ De tal manera que la revisión judicial podría conllevar a que la voluntad popular sea sustituida por las decisiones de jueces no electos, poco visibles, y sobre los cuales no existe un control efectivo por parte de la ciudadanía.²⁰ Lo cual nos obliga a cuestionarnos ¿cómo se legitima que el Poder Judicial posea la facultad de revisar y declarar nulas las leyes o actos de los demás poderes, cuando sus jueces no están sometidos a un control democrático?

La discusión sobre la tensión antidemocrática de los Estados constitucionales ha sido ampliamente conocida como lo que alguna vez Alexander Bickel calificó como una “dificultad contramayoritaria”.²¹ Sin embargo, Bickel no fue el primero en darse cuenta sobre los problemas teóricos que tiene la revisión judicial en el modelo democrático. Ya en las primeras épocas del constitucionalismo estadounidense se denunciaba

¹⁷ Véase: Bassok, Or, “The two countermajoritarian difficulties”, *Saint Louis University Public Law Review*, vol. XXXI, núm. 333, 2011-2012, pp. 339-343.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Brito Melgarejo, Rodrigo, “Luces y sombras de la dificultad contramayoritaria”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, nueva época, núm. 3, julio-diciembre 2015, p. 220.

²⁰ Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones...*, *op. cit.* p. 55.

²¹ Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, México, FCE, 2020.

que un tribunal que pudiera revisar las decisiones de los estados era un atentado contra el federalismo.²² Y aunque la batalla la habían ganado los defensores de la sentencia *Marbury vs. Madison*, posteriormente, en la época del *New Deal*, se volvería a cuestionar la legitimidad de la revisión judicial cuando el Poder Judicial limitó constantemente las actuaciones del Poder Ejecutivo en su papel intervencionista para salir de las crisis económicas —véase caso *Lochner vs. New York*—.²³ El problema que se vislumbraba tenía que ver con la pregunta de si los criterios judiciales podían imponerse a las políticas económicas.²⁴ A la conclusión a la que se llegó es que, en términos de políticas públicas, el parlamento tenía la última palabra.²⁵

Este rechazo a la revisión judicial no tardó mucho en modificarse justo cuando se empezó a considerar la necesidad de contar con tribunales constitucionales progresistas, como la Corte Warren, que desafiaban las políticas racistas del legislativo en el siglo XX —véase caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*—.²⁶ Sin embargo, el activismo judicial defendido por autores cautivados por la Corte Warren, como Ronald Dworkin o John Ely,²⁷ también fue objeto de críticas, desde diferentes frentes, por parte de quienes veían un serio problema en tribunales constitucionales regresivos —como la Corte Rehnquist—.²⁸ El problema que alcanzaron a ver sus detractores, como Jeremy Waldron y Mark Tushnet, es que si el control judicial solo es valioso cuando los jueces actúan de manera progresista, o lo que es lo mismo, porque sus decisiones nos parecen convenientes, entonces, más bien el derecho termina siendo una cuestión

²² Gargarella, Roberto, “Presentación”, en Niembro Ortega, Roberto, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 18.

²³ De hecho, jueces como Learned Hand, Felix Frankfurter y Oliver Wendell Holmes eran de la idea de que la revisión judicial no podía utilizarse para frenar las políticas públicas. Holmes en el caso *Lochner vs. New York* manifestó que su función como juez no era evaluar políticas públicas, pues su visión sobre una política no tiene nada que ver con el derecho de la mayoría de establecer su visión del Estado.

²⁴ Thayer, James, *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*, *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, octubre de 1893, pp. 129-156. Thayer mencionó que invalidar una ley sólo cuando la inconstitucionalidad sea manifiesta, directa, sin lugar a dudas.

²⁵ Gargarella, Roberto, “Presentación”, en Niembro Ortega, Roberto..., *cit.* p. 22.

²⁶ Otras sentencias importantes son *Griswold vs. Connecticut*, *Engel vs. Vitale*, *Abington School District vs. Schempp*, *Baker vs. Carr*, *Miranda vs. Arizona*.

²⁷ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

²⁸ Bianchi, Alberto, “La Corte Suprema de los Estados Unidos 2000-2005”, *Revista Jurídica Austral*, vol. 5, núm. 1, junio de 2024, pp. 9-115.

política y que las decisiones de los jueces, lejos de ser objetivistas, como se pretende, son más bien discrecionales.²⁹ Este panorama ha terminado por orillar discusiones críticas entre quienes consideran que el control judicial es insultante en cualquier sociedad democrática.³⁰

III. Posibilidades frente a la tensión democrática de los jueces constitucionales

Alcanzo a identificar que, en general, frente a los argumentos sobre la tensión democrática de los jueces constitucionales hay cuatro grandes discusiones: 1. Están quienes consideran que la tensión es mínima y no merece especial atención.³¹ 2. Están quienes piensan que la tensión existe pero que vale la pena asumir los costos antidemocráticos de la revisión judicial.³² 3. Están otros que sostienen que la tensión democrática existe pero que esta puede mitigarse si la revisión judicial es limitada o se establecen mecanismos para incluir a la ciudadanía en la discusión de ciertos temas.³³ 4. Están aquellos que asumen que la tensión es irresoluble, a menos que eliminemos la revisión judicial.³⁴

Respecto de quienes consideran que no hay tal tensión democrática, la mayoría de sus argumentos están basados en lo dicho por Alexander Hamilton y el juez Marshall.³⁵ Para Hamilton no había un problema democrático, pues el tribunal revisor fundaría su actuación en la Constitución, que proviene de un acto democrático.³⁶ Marshall, por otro lado, en *Marbury vs. Madison* nos insiste que, o la Constitución controla

²⁹ Véase: Malem Seña, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008.

³⁰ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

³¹ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.

³² Nino, Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 29, 1991.

³³ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, UNAM-Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

³⁴ Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces...*, *op. cit.*

³⁵ En general quienes están en contra de la crítica de la revisión judicial consideran que se exageran los costos antidemocráticos, o, en el mejor de los casos, es un error de apreciación.

³⁶ Hamilton, A. *et al.*, *El Federalista* 78, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

cualquier ley, o el parlamento puede alterar la Constitución con una ley ordinaria.³⁷ Así, el problema del argumento contramayoritario se ha tratado de minimizar a partir de las siguientes premisas: a) la legitimación democrática es particular a cada poder, de tal manera que los tribunales constitucionales son democráticos en la medida en que ya están reconocidos en la Constitución, pues se asume que su existencia deviene de un pacto democrático; b) además, la función de los tribunales constitucionales es aplicar la Constitución, que es un documento democrático en sí mismo; c) de lo anterior se sigue que los tribunales constitucionales son necesarios para la democracia, porque llevan a la agenda pública temas controvertidos, lo que favorece su deliberación;³⁸ d) y que, en todo caso, la democracia no es el valor más importante a defender en un Estado, sino que incluso por encima de ella están los derechos humanos que protegen los tribunales, que funcionan como una esfera de lo indecible o un coto vedado;³⁹ e) asimismo, se ha señalado que la legitimidad de los tribunales constitucionales se construye a partir de su capacidad intelectual, es decir, cuando los jueces ofrecen argumentos razonables⁴⁰ —lo que muchos denominan como objetividad judicial—;⁴¹ y f) que no es posible permitir que las mayorías jueguen un papel en algo tan importante como la protección de los derechos, por lo que solo los tribunales constitucionales tienen esa capacidad. Incluso algunos autores consideran que frente a problemas sociales, los tribunales constitucionales son más democráticos que los propios parlamentos, porque sus argumentos, producto de una

³⁷ Fernández Segado, Francisco, “La judicial review en la pre-Marshall Court”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 133-178.

³⁸ Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, “The countermajoritarian opportunity”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 2, 2010-2011, p. 360.

³⁹ Ferrajoli, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343.

⁴⁰ El argumento más sólido contra la crítica contramayoritaria sostiene que los jueces constitucionales tienen legitimidad a través de su capacidad argumentativa. Según Alexy, esto implica formular argumentos correctos y razonables, confiando en que la sociedad y otros actores racionales los aceptarán. Así, su legitimidad democrática radica en la aceptación pública de la calidad de sus argumentos. Véase: Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, México, Fontamara, 2005, pp. 102 y 103.

⁴¹ Un buen ejemplo de la defensa de la objetividad judicial es: Barak, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*, Vela Barba, Estefanía (trad.), Reynoso, Núñez, José (revisión), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

deliberación, son racionales y aceptados por una sociedad racional, es decir, porque los tribunales son representantes argumentativos de la sociedad.

Por otro lado, están quienes consideran que la tensión democrática existe y que, efectivamente el modelo de la revisión judicial atenta contra el principio mayoritario, pero es un riesgo costeable si se consideran los beneficios que conlleva la revisión judicial, es decir, que los tribunales constitucionales tengan la capacidad para proteger la Constitución.⁴² En general, quienes defienden esta postura están a favor de la judicialización de la política a través del control judicial de constitucionalidad, porque consideran que la democracia representativa debe tener límites.⁴³ De hecho, la mayoría de quienes podrían ser ubicados en este lugar, sostienen que el origen del Estado constitucional está en ponerle límites a las mayorías, pues asumen que éstas se pueden equivocar.

Por otro lado, también están quienes consideran que habría que mantener la revisión judicial pero con algunos matices. Aquí se han ofrecido variedad de posibles soluciones. Por ejemplo, John Ely propone que el activismo judicial debería ser permisible solo cuando es para proteger las reglas democráticas —básicamente, para proteger el derecho a la igualdad—, pero no cuando se trata de interferir en la política pública.⁴⁴ Similar a Ely, Santiago Nino ha propuesto un modelo de revisión judicial que permita una especie de reenvío al Poder Legislativo y evitar así que el Poder Judicial tenga la última palabra.⁴⁵ Por otro lado, autores como Roberto Gargarella han propuesto la defensa de un control de constitucionalidad judicial inspirado en el canadiense —que denomina como constitucionalismo dialógico—, en donde existe la posibilidad de recurrir a una cláusula —*notwithstanding*— que permita la revisión judicial pero en diálogo con los otros poderes políticos.⁴⁶ Algunos otros autores como Bruce Ackerman, han propuesto, desde lo que denominan como “constitucionalismo democrático”, que la ciudadanía debería jugar un papel más importante en las

⁴² El mejor ejemplo es Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Sociales, Madrid, 2004.

⁴³ Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁴⁴ Ely, John, *Democracy and Distrust...cit.*

⁴⁵ Nino, Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad...”, *op. cit.*

⁴⁶ Gargarella, Roberto, “Presentación”, en Niembro Ortega, Roberto..., *op. cit.*, p. 30.

políticas públicas y con ello, quitar el aura mística de que los tribunales constitucionales influyen tan directamente en la sociedad.⁴⁷ Y desde el constitucionalismo popular, se ha propuesto que la dificultad contramayoritaria puede ser superada si acercamos los tribunales a las personas.⁴⁸ En fin, podría decirse que todas estas alternativas —es decir, quienes quieren mantener pero matizar la revisión judicial—, propugnan una visión del Estado constitucional donde la ciudadanía tenga un mayor protagonismo.

Y finalmente están autores, que de manera provocativa —como Jeremy Waldron y Mark Tushnet— sugieren que la única solución para salir del problema es eliminando el control judicial. Su pretensión no es modificar el control judicial, sino erradicar su propia existencia, por considerarlo insultante a las democracias.⁴⁹ Y es así que desde esta visión se defiende que la revisión judicial no es parte del núcleo esencial de una democracia. Esto es evidente en países como Inglaterra o Francia, donde el control judicial de la constitución no existe, pero nadie negaría que se trata de sociedades democráticas.⁵⁰

IV. No toda revisión judicial es un problema contramayoritario

Tal y como se denuncia la tensión democrática del Estado constitucional, hace parecer como si la revisión judicial en sí misma fuera un atentado contra los demás poderes políticos. Y es que cada vez que se enuncia el problema de la objeción contramayoritaria se hace desde una postura muy abstracta, como si toda actuación del Poder Judicial representara un problema democrático. Lo cierto es que no es así. De hecho, me atrevería a afirmar que, en la mayoría de los casos, la actuación de los tribunales constitucionales no es un obstáculo. Es por ello que me parece menester proponer una clasificación que nos ayude a distinguir cuándo la actuación de las juezas constitucionales sí reafirma esa tensión y cuándo no.

⁴⁷ Ackerman, Bruce, *We the People. Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

⁴⁸ Kramer, Larry, "Popular Constitutionalism, Circa 2004", *California Le Review*, 2004.

⁴⁹ Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

⁵⁰ Waldron, Jeremy, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 1993, p. 19.

Considero que la objeción contramayoritaria solo tiene sentido defenderla cuando sale a relucir la pregunta de quién tiene la última palabra sobre lo que dice la Constitución.⁵¹ En otras palabras, es importante aclarar que la revisión judicial en sí misma no solo no es contramayoritaria, sino que, además, como más adelante lo estudiaré, es necesaria en cierto tipo de sociedades. Sin embargo, cuando la revisión judicial se convierte en un mecanismo que les permite a los tribunales constitucionales tener la última palabra sobre lo que dice o debería decir la Constitución, entonces sí es necesario reconocer la tensión democrática. Esto es importante de reconocerlo, porque el control judicial no es lo mismo que el gobierno de los jueces.⁵²

Para explicar cómo podemos distinguir entre una simple revisión judicial y una revisión judicial que actúa como la última palabra, es necesario hacer algunas precisiones sobre el funcionamiento de los tribunales constitucionales en Estados que sí reconocen la revisión judicial y que, además, le dotan de amplias posibilidades para limitar la actuación de otros poderes políticos, como por ejemplo el modelo de control constitucional mexicano.⁵³ La mayoría de los y las teóricas constitucionalistas se han puesto de acuerdo sobre esto.⁵⁴ Así, se dice que los Estados constitucionales se caracterizan por contar con Constituciones rígidas vinculantes, cuyo contenido se basa en una noción plural de derechos humanos que tienen su fundamentación última en principios morales⁵⁵ y donde su aplicación depende del razonamiento judicial —es decir, de argumentación jurídica—. ⁵⁶ Se nos insiste en que dichas Constituciones son documentos

⁵¹ Aquí sigo las ideas de Larry Kramer en *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Begallo, Paola (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2011.

⁵² Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces...*, cit., p. 127.

⁵³ Véase: Huerta Ochoa, Carla, “El control de la constitucionalidad de la ley en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 47, julio-diciembre de 2022, pp. 128-147.

⁵⁴ Comanducci, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003.

⁵⁵ Para Gustavo Zagrebelsky, los Estados constitucionales se caracterizan por tener constituciones dúctiles, es decir, documentos normativos supremos que contienen principios morales plurales cuyo significado está abierto a interpretación. En ese tenor, las constituciones no deben ser leídas bajo la idea de un exclusivo proyecto político, sino con el reconocimiento de un pluralismo de fuerzas sociales y jurídicas. Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil...*, op. cit., p. 13.

⁵⁶ Véase: Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Madrid, núm. 21, noviembre de 1999.

dotados de un contenido jurídico, pero, sobre todo, moral.⁵⁷ Sobre esta premisa es que se dice que los tribunales constitucionales son los guardianes de la Constitución.⁵⁸

Cuando los tribunales constitucionales resuelven un caso es porque existe una actuación —ya sea una ley, una decisión administrativa o una sentencia ordinaria— que se presume contraria a la Constitución. Esos asuntos pueden ser de distintos tipos: a) sobre la competencia entre autoridades, b) derivado de la inconstitucionalidad de una norma jurídica, o c) vulneración de un derecho humano (ya sea producto de la actuación del ejecutivo o del tribunal ordinario en una sentencia). De manera que el control judicial constitucional puede ser en aplicación directa de la Constitución, en asuntos sobre federalismo, competencia, omisión legislativa o cuando se debe verificar la validez constitucional de una norma o un acto político; o de aplicación indirecta, cuando se le tiene que dotar de un significado a la Constitución, ya sea porque las normas no son claras o porque no hay una norma.⁵⁹ Estos últimos casos son los que nos interesan para limitar la tensión democrática, porque versan sobre ciertos desacuerdos morales sobre la interpretación de la Constitución.⁶⁰

Respecto del primer escenario, la teoría jurídica ha denominado este tipo de asuntos como casos fáciles. Es conocido que esta clasificación de casos fáciles puede ser aplicada a cualquier tipo de tribunales; sin embargo, en este texto me refiero a ellos en la medida en que los tribunales constitucionales se limitarían a resolver si se aplicó o no la Constitución en el caso concreto, o, en otras palabras, se realiza un ejercicio de subsunción constitucional. Este tipo de casos pueden ser claros o no. Es decir, podemos estar ante casos que a todas luces reclaman un acto contrario a la Constitución, o también puede darse la posibilidad de que el problema sea un conflicto aparente entre el acto reclamado y la Constitución, pero

⁵⁷ Dworkin, Ronald, “La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 7, 2002.

⁵⁸ Sobre esta discusión, véase: Vita, Leticia, “¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 99, 2017, pp. 131-166.

⁵⁹ Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista...*, cit., p. 142.

⁶⁰ Luque Sánchez, Pau, *De la Constitución a la moral: conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

que en realidad no se trate de un conflicto verdadero.⁶¹ Se dice que son conflictos aparentes porque a botepronto podrían parecer conflictos que requieren un problema de interpretación, pero que luego de ser analizados por los jueces y de escudriñar la solución, damos cuenta de que en realidad no se trataba de un conflicto.

En relación con el segundo escenario, tenemos que reconocer que estamos ante la presencia de un verdadero conflicto. Lo es porque, o no existe una norma que nos indique el camino para solucionarlo, o si existe, esta tiene varias interpretaciones posibles. Este tipo de conflictos terminan por ser lo que se conoce como “desacuerdos morales”, pues se trata de asuntos en donde la única forma de desentrañar lo que dice o debería decir la Constitución es a través de argumentos morales. Sobre esto, Zagrebelsky es muy claro: como las constituciones contienen principios, nacidos de distintas y plurales luchas sociales, que por la forma en la que están redactados —vagamente—, terminan por crear desacuerdos sobre su “verdadero” significado.⁶² En este caso, estamos ante un caso difícil cuya resolución será: aclarar lo que dice la norma constitucional o crear una nueva norma jurídica.⁶³ En ambos casos los tribunales constitucionales terminan por “crear” derecho. Más adelante aclararé la cuestión de la creación de derecho, por ahora basta con reconocer que estamos hablando de una revisión judicial cuya consecuencia es tener la última palabra sobre lo que dice la Constitución.

Vale la pena insistir que la dificultad contramayoritaria de la revisión judicial, así como la he planteado, solo es aplicable si se toman en cuenta dos supuestos: cuando hablamos de tribunales constitucionales y no de tribunales ordinarios, y cuando la revisión judicial apunta a resolver un desacuerdo moral —ya sea a través de la interpretación o ponderación— que tiene como consecuencia, o bien la determinación de los alcances de una norma constitucional, o bien la creación de una nueva norma jurídica. De tal manera que la objeción contramayoritaria no puede argumentarse —como parece que sí lo hace la reforma judicial mexicana— cuando los tribunales ordinarios ejercen un control difuso de constitucionalidad, puesto que dichos tribunales realmente no tendrían “la última palabra”,

⁶¹ En esto sigo las ideas de Pau Luque en “Los desacuerdos jurídicos desde la filosofía”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2013, pp. 439-460.

⁶² Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil...*, cit.

⁶³ Sobre los casos difíciles en la Constitución, véase también: Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

ya que la decisión podría ser modificada por un tribunal constitucional o el Congreso local.⁶⁴ Y tampoco es aplicable para aquellas situaciones donde se presente la revisión judicial, pero el tribunal constitucional se limite a escoger la norma constitucional aplicable, sin detenerse a hacer consideraciones creativas.

Como podrá observarse, con esta aclaración de la revisión judicial como la última palabra, me distancio de la forma tradicional de entender el argumento contramayoritario —al menos de como lo entienden Bickel, Waldron o Tushnet—, pues yo no considero que se justifique simplemente aludiendo a la pregunta de por qué una minoría de personas no electas pueden invalidar leyes que son aprobadas por las mayorías legislativas electas. Y es que me parece bastante evidente que en aquellas situaciones —tratándose de leyes o actos administrativos— donde se vaya en contra de lo que dice la Constitución, los jueces constitucionales deben protegerla.⁶⁵ Sin embargo, de manera muy sutil, considero que cuando los tribunales constitucionales ejercen la revisión constitucional, y, además, aclaran lo que debería decir la Constitución o crean una nueva norma constitucional para resolver el caso concreto, sí se actualiza el problema contramayoritario de contar con la última palabra sobre lo que dice el texto constitucional.

Como puede observarse, de mi clasificación se desprende que para que la revisión judicial de constitucionalidad represente un problema democrático debe haber creación de derecho. ¿Qué significa que los jueces constitucionales creen derecho?

V. Sobre los desacuerdos morales en la Constitución

Los desacuerdos morales pueden ser sobre las fuentes del derecho y sobre el significado de una norma —estos últimos también llamados desacuerdos interpretativos—.⁶⁶ Además, los desacuerdos morales en el derecho se pueden dar entre personas que aplican el derecho —por ejemplo, entre

⁶⁴ Hay que hacer notar que los tribunales ordinarios sí crean derecho; por ejemplo, cuando resuelven problemas de lagunas o de contradicciones normativas. Sin embargo, la objeción contramayoritaria no les aplica.

⁶⁵ Prieto Sanchíz, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

⁶⁶ Luque, Pau, “Los desacuerdos jurídicos...”, *cit.*, p. 445.

un tribunal ordinario y un tribunal de revisión—, entre personas que critican, acatan o estudian el derecho —por ejemplo, en un debate académico—, o entre personas que aplican y personas que acatan el derecho —por ejemplo, entre un tribunal y un parlamento—. ⁶⁷ En ese sentido, podríamos decir que la revisión judicial puede tener dos finalidades. Por un lado, servirá para verificar el cumplimiento estricto de la Constitución —los casos fáciles—. Y por otro, la revisión judicial ayudará a resolver un desacuerdo moral —es decir, sobre las fuentes de derecho o sobre el contenido de una norma— entre tribunales constitucionales y a) otros tribunales ordinarios, b) el Poder Ejecutivo, c) el Poder Legislativo. En ambos casos, lo que termina por hacer el juez constitucional es hacer una pretensión de verdad, sobre cómo resolver el caso fácil o el desacuerdo moral.

Es importante insistir, como ya lo explicamos más arriba, que los desacuerdos a nivel constitucional no se dan en los casos fáciles. En esto sigo la explicación de Pau Luque, para quien la mejor conceptualización de los desacuerdos jurídicos es aquellas que acepta una pluralidad dilemática —a diferencia de las versiones irenistas y escépticas—, ⁶⁸ es decir, en donde habrá casos que tengan una única respuesta correcta ⁶⁹ y habrá otros casos donde habrá una pluralidad de respuestas correctas. ⁷⁰ En ese sentido, los desacuerdos morales sobre lo que dice o debería decir la Constitución solo se presentan en los casos difíciles justamente porque se trata de conflictos genuinos en donde pueden darse muchas respuestas correctas —donde muchas no significa todas—. La particularidad de los desacuerdos morales es que su resolución depende de argumentos morales que invariablemente quedarán a discrecionalidad del juez. Cuando estamos ante un caso fácil, explicamos el derecho desde la idea de que es capaz de ofrecer una única respuesta correcta. Es decir, son casos fáciles porque pueden resolverse encontrando una respuesta única dada por el propio sistema jurídico. Sin embargo, cuando se nos presenta un caso difícil,

⁶⁷ Luque Sánchez, Pau, “Para una primera panorámica de los desacuerdos jurídicos”, en Battista Ratti, Giovanni y Luque Sánchez, Pau (eds.), *Acordes y desacuerdos: cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 24.

⁶⁸ Luque Sánchez, Pau, *De la Constitución a la moral...*, cit.

⁶⁹ Ya sea porque hay un único valor aplicable o porque, aún habiendo varios, pueden ser ordenados y jerarquizados sin pérdida.

⁷⁰ Esto se debe a que las personas tenemos distintas jerarquizaciones de los valores.

es porque el derecho —en este caso, los preceptos constitucionales— no siempre es claro y coherente.⁷¹ Esto ha obligado a los teóricos a reconocer que hay casos en donde no hay una única respuesta correcta sino varias.⁷² La razón de por qué existen estos casos difíciles, es porque el derecho, al ser un hecho social, es propenso a lagunas,⁷³ a antinomias y a la textura abierta del lenguaje.⁷⁴

De acuerdo con Waldron, los desacuerdos morales son evidentes para casos paradigmáticos dentro de las discusiones filosóficas, pero también hay algunos otros que solo aparecen cuando se presenta un caso concreto particularmente difícil. La razón de por qué existen esos desacuerdos, es porque los derechos contenidos en las constituciones han sido formulados de manera lo suficientemente abstracta para que su interpretación pueda ser aplicable a distintos contextos políticos. Es importante aceptar que estos desacuerdos morales no son simples discusiones bizantinas ni un mero problema de interpretación exquisita, sino que se trata de problemas que tienen consecuencias para las vidas de muchas personas y sobre cómo organizar una sociedad. Es importante hacer notar que en la resolución de esos desacuerdos morales no podemos simplemente acudir a una lectura de leyes o la misma Constitución, sino que los tribunales requieren de hacer uso de técnicas de argumentación moral.⁷⁵

Los desacuerdos morales sobre lo que dice o debería decir la Constitución, terminan siendo desacuerdos sobre cuáles son las fuentes del derecho

⁷¹ Por su parte, Raz sostiene que siempre que no se establezca de forma directa cómo ha de resolverse una cuestión, el derecho se encuentra indeterminado y, por lo tanto, los jueces han de resolver de forma discrecional. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985. p. 46.

⁷² Sobre esto, hay quienes consideran que pueden haber varias respuestas correctas, ya sea porque son infinitas —realistas jurídicos— o porque siendo finitas hay más de una —Hart—. Sobre lo último, vale la apuntar que el hecho de que haya varias respuestas correctas no significa que todas las respuestas serán correctas. Es decir, podrán haber varias respuestas correctas, pero también varias respuestas incorrectas.

⁷³ Las lagunas normativas se presentan cuando el derecho no ofrece una respuesta para un caso concreto. Las lagunas de conocimiento surgen cuando la falta de información impide identificar la norma aplicable. Por último, las lagunas de reconocimiento ocurren cuando existen dudas sobre si un caso específico puede ser clasificado dentro del supuesto contemplado por la norma. Véase: Alchurrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Lagunas del Derecho y análisis de casos*, Buenos Aires, Buschi, 1971.

⁷⁴ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Carrió, Genaro (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 157-159.

⁷⁵ Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones...*, cit., p. 199.

y desacuerdos acerca del contenido del derecho.⁷⁶ Por un lado, los desacuerdos sobre las fuentes de derecho tienen que ver con el cuestionamiento de que no existen fuentes objetivamente válidas del derecho, por lo que existen conflictos sobre a) si el derecho solo son las reglas o también principios, b) cuál texto normativo debería regir el caso, c) cuál principio entre varios debería regir el caso.⁷⁷ Aquí sigo a Tushnet cuando nos insiste en que la revisión judicial es problemática cuando se trata de decidir sobre principios morales de libertad e igualdad.⁷⁸ Estos principios morales son controvertidos y producen desacuerdos morales, que en última instancia, nos conducen a discutir hacia dónde debe dirigirse la sociedad.

En cambio, los desacuerdos sobre el contenido de significado de las fuentes suponen que hay acuerdo sobre las fuentes del derecho, pero el desacuerdo surge en la interpretación de la norma. Por eso se les conoce como desacuerdos interpretativos. Estos desacuerdos pueden ser, a criterio de Guastini: 1) controversias interpretativas, ya sea porque una norma contiene distintos significados, o porque se obtiene más de una norma, o ya sea que la norma puede contener uno o más hechos concretos, 2) controversias sobre los métodos de interpretación, 3) controversias de antinomias, ya sea sobre si hay una antinomia, o, sobre cómo resolver la antinomia,⁷⁹ 4) controversias de lagunas, sobre si existe una laguna o sobre cómo subsanarla, 5) controversias relacionadas con principios; sobre el concepto de principio, sobre si una norma expresa un principio o una regla, sobre los principios implícitos, sobre el modo correcto de concretizar un principio, o sobre cómo ponderar los principios.⁸⁰

Ahora bien, hemos dicho que cuando los tribunales constitucionales resuelven los desacuerdos morales —que se expresan en desacuerdos sobre las fuentes del derecho y desacuerdos sobre el contenido del derecho—, crean derecho. En ese sentido, considero que la creación del derecho se da cuando los jueces a) expanden el significado de una norma jurídica, más allá de su esencia original, o b) reparan una laguna jurídica.⁸¹

⁷⁶ Luque Sánchez, Pau, “Para una primera panorámica de los desacuerdos...”, *cit.* p. 38.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 41.

⁷⁸ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From...*, *cit.*, p. 13.

⁷⁹ Se dice que nos encontramos ante una antinomia siempre que a un mismo supuesto de hecho le sean aplicables dos o más normas que establezcan consecuencias jurídicas distintas e incompatibles para ese mismo caso.

⁸⁰ Guastini, Ricardo, “Para una taxonomía de las controversias entre juristas”, en Luque Sánchez, Pau y Battista Ratti, Giovanni (eds.), *Acordes y desacuerdos...*, *cit.* p. 61.

⁸¹ Chiassoni, Pierluigi, “Creación judicial de derecho”, *Revista Cubana de Derecho*, vol. 1, núm. 1, enero-julio de 2021, p. 146.

Mi formulación para sostener que sí hay creación judicial de derecho parte de considerar las teorías de Eugenio Bulygin y Ricardo Guastini. Lo primero que vale la pena aclarar es que creo conveniente asumir que, en los Estados constitucionales, las normas constitucionales son documentos normativos que, en algunas ocasiones, son vagos e indeterminados. En la mayoría de los casos —casos fáciles— los tribunales constitucionales cuando practican revisión judicial pueden hacer un ejercicio de subsunción, pues se considera que hay una aplicación directa de la norma constitucional.⁸² Sin embargo, hay un puñado de casos difíciles en donde no es posible ejercer la subsunción para resolverlos. En esos casos, los menos, los jueces crean derecho en dos escenarios. El primero es cuando no hay una norma que regule un caso concreto, por lo que en sus sentencias formulan nuevas normas generales que luego utilizarán para justificar sus decisiones. Esas normas generales serán nuevas en la medida en que su contenido no será ni idéntico al de alguna norma ya existente.⁸³ La creación de esa nueva norma general se origina de adicionar, eliminar o sustituir disposiciones jurídicas, normas expresas y normas implícitas. Y el segundo escenario es cuando los jueces crean una nueva norma general a partir de la interpretación, es decir, en el momento en que realizan precisiones o modificaciones a las definiciones sobre el contenido de una norma general abstracta ya existente.

De acuerdo con Bulygin, estas actividades deberían ser consideradas como creación judicial del derecho porque pertenecen al orden jurídico de un sistema, pues se trata de razonamientos que luego terminarán justificando decisiones individuales obligatorias.⁸⁴ De acuerdo con Guastini, los jueces realizan esas acciones en varias situaciones: 1) cuando escogen un significado dentro las posibilidades para una disposición jurídica, 2) cuando crean un significado para una disposición jurídica, 3) cuando crean normas implícitas para solucionar una laguna, 4) cuando concretan principios, 5) cuando hacen ponderación de principios, 6) cuando eliminan disposiciones jurídicas, 7) cuando eliminan normas expresas, 8) cuando adicionan normas implícitas, y 9) cuando hay sustitución de normas expresas por normas implícitas.

⁸² Bulygin, Eugenio, “Los jueces, ¿crean derecho?”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 18, abril de 2003, pp. 7-25.

⁸³ Chiassoni, Pierluigi, “Creación judicial de derecho...”, *cit.* p. 165.

⁸⁴ Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación de derecho”, en Bulygin, E. y Alchourrón, C., *Análisis lógico y derecho*, pp. 355-369.

En este sentido, lo importante a reconocer es que los tribunales constitucionales, en casos difíciles, tienen la última palabra sobre el alcance de determinados principios constitucionales. Esto supone aceptar que los tribunales constitucionales no solo se han dedicado a resolver conflictos en lo concreto, sino a establecer nuevo derecho. Lo cual ha permitido que en diversos estudios se nombre esto como el gobierno de los jueces. Un ejemplo evidente de este tipo de situaciones en el contexto mexicano es cuando se ha resuelto la suspensión de leyes con efectos generales, la declaratoria general de inconstitucionalidad y los precedentes constitucionales.

Entonces, surge la importancia de preguntarnos por qué esto es así. Considero que la respuesta está en la confianza intelectual con que se ha asociado al Poder Judicial. Y es que desde el constitucionalismo se ha asumido que las y los jueces constitucionales —aunque no solo los constitucionales— gozan de capacidades mentales que hacen suponer al menos tres cosas: a) que pueden discernir cuando están ante un verdadero asunto de constitucionalidad, b) que pueden encontrar los argumentos morales suficientes y necesarios para resolver dicho asunto y c) que conocen las necesidades políticas de la sociedad. Además, este intelectualismo toma como referencia para la actuación de las y los jueces lo que se entiende por independencia judicial. Es decir, parece ser que el argumento que defiende el protagonismo de los tribunales constitucionales sostiene que sus integrantes están mejor capacitados porque están alejados de la influencia de otros poderes políticos y porque gozan de mayores capacidades intelectuales. El problema en estos casos, es que el Poder Judicial se presenta a sí mismo como el propietario de la Constitución, como si otras ramas del gobierno no tuvieran derecho a opinar, interpretando de forma extensiva o limitativa la Constitución.⁸⁵

Sin embargo, tomando en consideración los resultados ofrecidos por el realismo jurídico, los *Critical Legal Studies* y el *Judicial Politics*, es posible desmontar dicho argumento. De forma que lo primero que hay que hacer notar es que las y los jueces constitucionales —aunque no

⁸⁵ Waldron, Jeremy, Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones..., *op. cit.*, pp. 147 y 148.

solo los constitucionales—, cuando resuelven un desacuerdo moral, no toman únicamente en cuenta argumentos jurídicos, sino consideraciones morales y políticas que pueden estar mejor o peor argumentadas. Con esto quiero decir que, aunque la interpretación constitucional está muy avanzada como disciplina teórica, lo cierto es que, como afirma Antonio García Amado, cuando las decisiones judiciales se basan en argumentos morales, existe un gran espacio para el error.⁸⁶ Esto se debe a que los principios constitucionales gozan de una gran indeterminación y que se traduce, al final del día, en discrecionalidad judicial.⁸⁷ Y es que los métodos de interpretación de la Constitución dejan un margen de elección a las y los jueces, que puede estar influido por sus propias filias y fobias.

En segundo lugar, es necesario reconocer que las y los jueces constitucionales no son entes ajenos a la política. Con esto no quiero afirmar, como resulta obvio —y que se desprende del anterior argumento— que las juezas y jueces estén influidos por sesgos políticos. En este punto más bien me interesa resaltar que los tribunales constitucionales son promotores de una agenda institucional que obedece a intenciones políticas. Esto ha quedado demostrado en estudios —como el de Karina Ansolabehere— que aseguran que las cortes constitucionales mantienen criterios jurisdiccionales de interpretación que obedecen no tanto a una justificación jurídica, sino que son expresiones del contenido político de determinados asuntos. Lo cual se traduce en que los tribunales constitucionales terminan influyendo en la dirección política del Estado, o, lo que es lo mismo, tienen la última palabra. Algunos estudios han considerado que frente a este fenómeno deberíamos adoptar alguna de estas respuestas: o necesitamos un Poder Judicial activista, o necesitamos un Poder Judicial que se autocontenga. De tal manera que los jueces tienen dos posibilidades: interpretar los principios constitucionales de manera irrestricta o medir las consecuencias que tendrán sus decisiones en términos de política.⁸⁸

Y, en tercer lugar, es importante traer a colación la diversidad de problemas institucionales que se le han señalado al Poder Judicial en México, tales como el nepotismo, inconsistencia de criterios, corrupción, etcétera.

⁸⁶ García Amado, Juan Antonio, “Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional...*, cit.

⁸⁷ Véase: Dalla Via, Alberto, “Los jueces frente a la política”, *Isonomía*, 2005, núm. 22, pp.19-38.

⁸⁸ *Idem.*

De tal manera que, si aceptamos los anteriores argumentos, necesariamente tendríamos que cuestionar la premisa objetivista que asegura que los tribunales constitucionales están equipados para llegar a los mejores argumentos cuando deciden un desacuerdo moral. Podría decirse que, si tenemos en cuenta lo anterior, sería difícil ser engañados por la falsa objetividad de los derechos constitucionales o cautivados por la mística del Poder Judicial, al depositar una confianza ingenua en las capacidades legales, la supuesta superioridad intelectual y la imparcialidad de los jueces.

VII. Sobre la última palabra

Ahora bien, hasta acá he intentado ofrecer algunas razones de cómo es que la labor de los tribunales constitucionales, cuando ejercen la revisión judicial para resolver desacuerdos morales, no solo crean derecho, sino que su objetividad debe ser matizada. Toca entonces llegar al punto fundamental y estudiar la siguiente pregunta: ¿por qué sería indeseable que los desacuerdos morales sean resueltos por los tribunales constitucionales? La respuesta está en el reto de determinar quién debe tener la última palabra sobre los desacuerdos morales que plantea la Constitución. Pues bien, es natural preguntarnos ¿por qué confiamos en los jueces constitucionales para resolver esos desacuerdos morales y no en otras instituciones, como los parlamentos? o, en otras palabras, ¿por qué confiamos más en la mayoría del tribunal que en la mayoría del parlamento? Y es que una buena teoría de la legitimidad tendría que resolver a la pregunta de por qué unos sí y otros no, pueden decidir sobre esos desacuerdos morales.⁸⁹

La respuesta que ofreceré parte de una premisa muy sencilla: coincido con Jacques Rancière en que existe un fantasma en el mundo que propaga el odio a la democracia.⁹⁰ Y es que resulta particularmente ilustrador que gran parte de la defensa orgullosa del poder contramayoritario de la revisión judicial, se explica gracias a que la era del constitucionalismo ha sido muy conveniente para los aires antidemocráticos contemporáneos. Esto se ve reflejado en las muchas objeciones democráticas que se han elaborado cuando se trata de la organización del poder: a) la descalifica-

⁸⁹ Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones...*, cit., p. 100.

⁹⁰ Rancière, Jacques, *El odio a la democracia*, Buenos Aires, Amorrortu, 2005.

ción de términos como pueblo o soberanía popular, aduciendo que se trata de un discurso populista; b) el énfasis en que la democracia no se reduce a procesos mayoritarios y el desarrollo de la teoría democrática deliberativa; c) derivado de lo anterior, la crítica al concepto de mayoría, pues, se dice, es difícil determinar cuánto significa una mayoría; d) la insistencia en que las personas de a pie no están calificadas para ser parte de las decisiones realmente importantes; e) el desarrollo dogmático acerca de que los derechos humanos son un coto vedado o que están en la esfera de lo indecidible; f) la denuncia de que los parlamentos se preocupan por la política y no de la verdad; y g) consecuencia de lo anterior, la defensa de que los tribunales constitucionales no dependen de la voluntad popular y por ende pueden garantizar mejor la justicia.

Con lo anterior, desde las posturas más críticas, se considera que la democracia constitucional se ha construido alrededor del exceso de democracia.⁹¹ En ese sentido, nos dice Waldron, la revisión judicial se nos presenta como una respuesta al fracaso de la democracia: las personas no se toman en serio los derechos humanos y por lo tanto debe haber un tribunal que lo haga.⁹² Es decir, la revisión judicial es una práctica que refleja la desconfianza que existe sobre las decisiones democráticas, porque como no confiamos en las personas o sus representantes, preferimos a los tribunales.⁹³ Es por ello, como lo explica Roberto Gargarella, que ha sido una tradición de las democracias constitucionales mantener al pueblo alejado del pacto constitucional, pues si se le permitiera jugar, se podrían socavar las bases constitucionales.⁹⁴ Esto ha dado origen a un sistema político democrático que desconfía de las capacidades del pueblo y mantiene un Poder Judicial con la última palabra.⁹⁵

Sin embargo, si nos tomamos en serio la democracia, cuyo principal motor es asumir una igualdad política de cada una de las personas, la revisión judicial termina siendo un problema antidemocrático. Cuando los jueces y juezas constitucionales tienen la última palabra, se corre el peligro de que los tribunales constitucionales usurpen el poder de gobierno al pueblo

⁹¹ Chomsky, Noam, *Miedo a la democracia*, Barcelona, Planeta, 2017.

⁹² Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones...*, op. cit., p. 118.

⁹³ *Ibidem*, p. 189.

⁹⁴ Gargarella, Roberto y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista...*, cit., p. 17.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

a sus representantes. En otras palabras: con un modelo de sistema de justicia que permita la revisión judicial como la última palabra existe el riesgo de que el gobierno quede en manos de los tribunales constitucionales.⁹⁶ Esta situación del gobierno de los jueces no se da solo por ejercer la revisión judicial, sino porque en su aplicación puede darse el caso de que los tribunales constitucionales comiencen a determinar aspectos del arreglo democrático; por ejemplo, sobre la distribución de la riqueza.

Para Waldron, los hechos moralmente controvertidos, que deben ser establecidos constitucionalmente —como el aborto, la eutanasia, el consumo de drogas, la discriminación positiva, los discursos de odio, la pornografía—, deben ser discutidos democráticamente. No hay razones suficientemente válidas para determinar que los desacuerdos morales pueden ser resueltos de mejor manera por una minoría, como si ella estuviera más capacitada para conocer el verdadero significado de, por ejemplo, la libre expresión. O para ser más claro, las convicciones morales de las personas de a pie, son tan valiosas como las convicciones morales de un puñado de jueces. Lo que se critica, en el fondo, es la preferencia de las decisiones sobre desacuerdos morales de los tribunales no puede fundamentarse en la superioridad de sus argumentos morales.⁹⁷ Es decir, que al estar en manos de los expertos, el pueblo queda fuera de la discusión sobre lo que dice la Constitución.⁹⁸

VIII. Conclusión

Me parece que la revisión judicial es indeseable cuando se trata de tener la última palabra sobre decisiones que deberían ser discutidas en una sociedad libre y democrática.⁹⁹ Sin embargo, la pregunta necesaria ahora es la de si la elección popular de jueces y juezas constitucionales puede resolver este problema. La respuesta es que no, por una razón muy sencilla: la elección popular de jueces constitucionales aun permite mantener un mecanismo de revisión judicial que priva a las personas de sus derechos de representación e igualdad política en la resolución de desacuerdos mo-

⁹⁶ *Ibidem*, p. 132.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 233.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 56.

rales.¹⁰⁰ Es cierto que con la propuesta quizá se logre un mayor compromiso representativo por parte de los jueces, pero la última palabra sobre lo que dice la Constitución —el verdadero problema de la democracia constitucional— sigue estando en manos de los tribunales constitucionales. Es decir, nuestra denuncia tiene como premisa que el pueblo es el que debería tener la última palabra sobre lo que dice la Constitución, sin embargo, con el modelo de la elección popular de jueces el pueblo tendrá la última palabra sobre el quiénes están en los tribunales, pero no sobre la Constitución.

IX. Bibliografía

- ALEX, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Lagunas del Derecho y análisis de casos*, Buenos Aires, Buschi, 1971.
- BASSOK, Or, “The Two Countermajoritarian Difficulties”, *Saint Louis University Public Law Review*, vol. XXXI, núm. 333, 2011-2012.
- BRANDÃO, Rodrigo, *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, Lumen Juris, 2022.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, “Luces y sombras de la dificultad contramayoritaria”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, nueva época, núm. 3, julio-diciembre de 2015.
- BRYCE, James, *Constituciones rígidas y flexibles*, 2a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- BULYGIN, Eugenio, “Los jueces, ¿crean derecho?”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 18, abril de 2003.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003.
- CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010.
- Centro de Estudios Constitucionales, *Análisis de la iniciativa de reforma al Poder Judicial en México. Problemas asociados con la reforma constitucional del 5 de febrero de 2024*, México, 2024.
- CHIASSONI, Pierluigi, “Creación judicial de derecho”, *Revista Cubana de Derecho*, vol. 1, núm. 1, enero-julio, 2021.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 60.

- CHOMSKY, Noam, *Miedo a la democracia*, Barcelona, Planeta, 2017.
- DALLA VIA, Alberto, “Los jueces frente a la política”, *Isonomía*, 2005, núm. 22.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 8a. ed., Guastavino, Marta (trad.), Barcelona, Ariel Derecho, 1989.
- DWORKIN, Ronald, “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, vol. 56, 1981.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La judicial review en la pre-Marshall Court”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca del «coto vedado»”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 1989.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Sunstein, Cass (prol.), Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011.
- GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO ORTEGA, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, 3a. ed., México, IJ-UNAM, Fontamara, 2007.
- HAMILTON, A. *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Carrió, Genaro (trad.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- HERRERA, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994.
- HIGHTON, Elena I., *Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.
- KRAMER, Larry, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Begallo, Paola (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2011.
- LUQUE SÁNCHEZ, Pau y BATTISTA RATTI, Giovanni (eds.), *Acordes y desacuerdos: cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

- LUQUE SÁNCHEZ, Pau, “Los desacuerdos jurídicos desde la filosofía”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2013.
- LUQUE SÁNCHEZ, Pau, *De la Constitución a la moral: conflictos entre valores en el Estado constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- MALEM SEÑA, Jorge, *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona, Gedisa, 2008.
- NINO, Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, Madrid, núm. 29, 1991.
- PISARELLO, Gerardo, *Un largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2011.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1985.
- RANCIÈRE, Jacques, *El odio a la democracia*, Buenos Aires, Amorrortu, 2005.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 2006.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- UNGER, Roberto, *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, 1986.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 44, 2010.
- VITA, Leticia, “¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 99, 2017.
- WALDRON, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayorías en el Congreso y en los tribunales*, Argentina, Siglo XXI, 2018.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, Madrid, Trotta, 2005.