

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**



**CONSTITUCIONALISMO POPULAR
Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

M.Sc. CARLOS ALBERTO SOLÓRZANO RIVERA

GUATEMALA, JUNIO DE 2024

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**CONSTITUCIONALISMO POPULAR
Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el maestro

CARLOS ALBERTO SOLÓRZANO RIVERA

Tutor

DR. ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, junio de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: (Vacante)
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL: Dra. Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Saúl González Cabrera
SECRETARIO: Dr. Anibal González Dubón

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).



USAC

TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Guatemala, 27 de junio de 2024

Doctor:
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha trece de junio de dos mil veinticuatro, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el maestro: **CARLOS ALBERTO SOLÓRZANO RIVERA**, del programa de **Doctorado en Derecho**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis, cuyo título final es: **CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica, que llene las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo de citas a pie de página, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte tutora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión respectivos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron los enunciados del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Cul. 6198

Guatemala, 14 de abril del año 2024.

Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

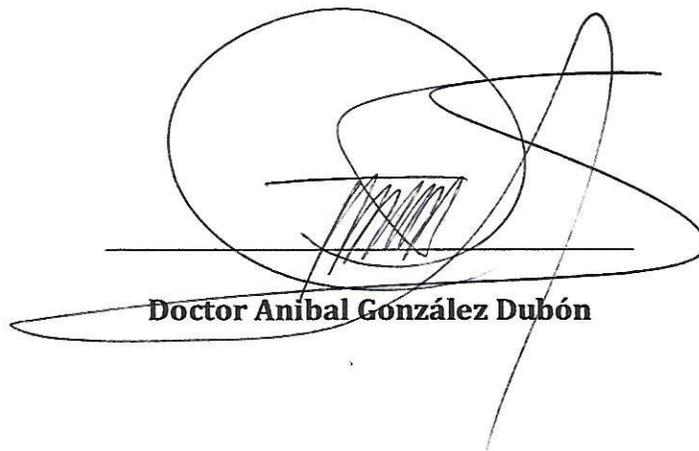
Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución **D.E.E.P. D. E. D. 160-2023** de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, de fecha dieciséis de noviembre de 2023, se me nombró para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho** del Maestro **Carlos Alberto Solórzano Rivera** titulada **"CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD"**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis del Maestro **Carlos Alberto Solórzano Rivera** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que, su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



Doctor Aníbal González Dubón



D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 15 de julio del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que el MSc. Carlos Alberto Solórzano Rivera, aprobó el examen privado de tesis del **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 40-2024 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de tesis titulada **“CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAN A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

- A DIOS:** El Eterno, por su control, por su amor, por su poder y por su gracia y por su misericordia.
- A MI MADRE:** Milagro de Jesús Rivera Martínez, por su amor, por su enseñanza, por el cuidado y por el apoyo familiar.
- A MI ESPOSA:** Roselia Elizabeth Landaverry Torres; por su respeto y amor, por su acompañamiento y tolerancia, por su iniciativa y liderazgo.
- A MIS HIJOS Y NIETOS:** Karla Elizabeth, Rocío Zusette y Carlos Alberto Solórzano Landaverry y Diego Jesús, Carlos Santiago y José Julián; por su inmenso amor, por continuar unidos, por la felicidad que son, por la esperanza que representan en nuestras vidas.
- A MI FAMILIA:** Julia Margarita, Víctor Manuel y Sofía Lisbeth Cruz Rivera y familia extensiva; por nuestras convivencias, nuestra unidad, nuestros sentimientos, nuestra contribución al desarrollo integral, nuestra protección, nuestra fe.
- A CHIQUIMULA:** Mi natal ciudad, por los privilegios y oportunidades recibidos de nuestra gente y pueblos.
- AL:** Congreso de la República de Guatemala, por su apoyo y oportunidad de servir a Guatemala.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Escuela de Estudios de Posgrado, por el proceso de enseñanza y los aportes que como profesional comparto.

A:

La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi alma mater y por darme la oportunidad de estudiar en tan prestigiosa casa de estudios.



ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Democracia y formas de representación	1
1.1. El gobierno democrático	1
1.1.1. La ideología liberal fundante de la democracia	1
1.2. Aristóteles y su clasificación de las formas de gobierno	2
1.3. Democracia y república	6
1.4. Democracia formal	11
1.5. La representación democrática	14
1.5.1. Significado	14
1.5.2. Modos de representación democrática	18
1.6. Representación y organización política	24

CAPÍTULO II

2. Control de constitucionalidad	29
2.1. Génesis	30
2.2. La contribución estadounidense (método difuso)	33
2.3. Características principales	35
2.4. Objeto	37
2.5. La contribución europea (método concentrado)	38
2.5.1. Siglo XIX y desarrollo	39
2.5.2. Siglo XX y el surgimiento de los tribunales constitucionales	41
2.5.3. La contribución de Hans Kelsen	43
2.5.4. Características principales del control concentrado	46
2.6. La contribución iberoamericana	47
2.6.1. Génesis	48
2.6.2. Características principales del método mixto	49



Pág.

CAPÍTULO III

3. El argumento contramayoritario	51
3.1. Contenido	51
3.2. Importancia	53
3.3. ¿Validez o invalidez?	55
3.4. La voluntad popular	60
3.5. ¿Es democrático el poder judicial?	66

CAPÍTULO IV

4. La propuesta del constitucionalismo popular	71
4.1. El movimiento	71
4.2. La objeción	75
4.3. Argumentos	80
4.4. Génesis del movimiento	81
4.5. Constitucionalismo democrático	89
4.6. La variación del constitucionalismo popular mediado	94
4.7. Cuestionamientos	99
4.8. Relación con el neoconstitucionalismo	108
4.9. Legitimidad	109
4.10. Institucionalidad	112
4.11. Teoría de la democracia	120
4.12. Derecho y política	123

CAPÍTULO V

5. Legitimidad de los tribunales constitucionales	127
5.1. Poder judicial y tribunales constitucionales	127
5.2. Función judicial y Estado de derecho	131

CONCLUSIÓN	151
-------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	153
---------------------------	-----

INTRODUCCIÓN



En el inicio de este exordio, es importante reconocer que el constitucionalismo contemporáneo está atravesando por una tensión: por un lado, se entiende que las constituciones son la expresión del pueblo como constituyente primario, por el otro, una inmensa mayoría de los problemas interpretativos que surgen a partir de que los textos constitucionales, son resueltos por funcionarios del Estado y no por los ciudadanos directamente.

Decisiones como las de penalizar o no el aborto, el consumo de estupefacientes, la eutanasia, o incluso la ampliación de la cobertura de los servicios de salud, no son tomadas ordinariamente por *el pueblo* que *redactó* la Constitución. Algunos constitucionalistas estadounidenses, han tratado de resolver esta tensión dándole mayor poder al pueblo en las discusiones, sobre el significado y alcance de la Constitución, a esta tendencia, se le ha llamado *constitucionalismo popular*.

Los representantes del constitucionalismo popular persiguen dos cosas: i) poner de manifiesto los distintos mecanismos utilizados en los discursos convencionales del derecho constitucional, para quitarle poder al pueblo; y, ii) criticar el control constitucional de los jueces, proponiendo en su lugar el fortalecimiento de los mecanismos directos de participación popular y de las corporaciones elegidas popularmente.



Entre los académicos que han enfatizado el primero de estos objetivos están Kramer y Richard D. Parker. Kramer, quienes hacen una reconstrucción histórica sobre el constitucionalismo en los Estados Unidos de América, con el fin de mostrar que el control constitucional de parte de los jueces no es algo *natural*, sino, que su aparición se explica gracias a una serie de luchas políticas de las élites.

Parker, por su parte, muestra que en la visión convencional sobre los objetivos del derecho constitucional se suprime el entendimiento más populista de la Constitución, gracias a un discurso que imagina que la *gente común y corriente* no está capacitada, para decir la última palabra sobre los asuntos constitucionales.

Mark Tushnet y Jeremy Waldron, forman parte del segundo grupo de académicos que se ha concentrado en atacar el control de constitucionalidad en manos de los jueces, considerándolo una especie de experimento fallido, por su carácter antidemocrático y por estar basado en la falsa premisa de que, los derechos están protegidos mejor por los jueces que por el Congreso.

Los planteamientos de los constitucionalistas populares han chocado contra un grupo de académicos liberales, quienes no solamente han defendido el control constitucional en manos de los jueces, sino también han construido teorías sobre interpretación jurídica que sirven para evaluar si las decisiones judiciales fueron correctas o no.

Dentro de este grupo de académicos se encuentra, por ejemplo, Ronald Dworkin, quien señala que para descubrir si una decisión judicial es correcta se debe examinar si un



juez ha respetado los valores de coherencia e integridad que impone el orden jurídico y Laurence H. Tribe, quien sostiene que una decisión correcta debe respetar una serie de valores *parcialmente externos* al texto constitucional y que una sociedad particular está dispuesta a sostener en un momento determinado.

Erwin Cheminsky, por su parte, ha respondido a las versiones más fuertes del constitucionalismo popular, que proponen la eliminación del control constitucional en cabeza de los jueces -es decir a la versión de Tushnet- y señala que, con dichas propuestas, ciertos grupos de población pierden la protección judicial de sus derechos.

Con base en estas concepciones opuestas al constitucionalismo popular, se encuentra la idea de que el derecho constitucional está conformado por una serie de herramientas, cuyo objetivo principal es ampliar la protección de las minorías, las cuales se pueden ver afectadas por las decisiones de las mayorías. Por el contrario, el constitucionalismo popular considera que el objetivo fundamental del derecho constitucional, es mejorar las condiciones para el gobierno de la mayoría y así cumplir con la promesa de la soberanía popular.

En sus versiones extremas, el constitucionalismo popular, plantea que un buen proceso democrático hará que las minorías tengan las suficientes garantías, para participar activamente en la política y en la determinación de las decisiones constitucionales, mismas que hoy están en manos de los jueces.



El problema investigado formula cuestiones como: la validez de la objeción democrática fundada en la premisa mayoritaria contra el control de constitucionalidad de las leyes ejercida por los jueces; sobre los argumentos que pueden utilizarse para conciliar la objeción democrática al control de constitucionalidad de las leyes; y, sobre los límites que la democracia impone a los tribunales constitucionales.

La hipótesis planteada se pronuncia sobre la validez parcial de la objeción contramayoritaria; el argumento de que el control judicial de las leyes debe encargarse a un órgano neutral que no esté sujeto a controles estrictamente democráticos y al propio control o límites que la democracia imponga a los tribunales constitucionales, para que no se conviertan en un órgano de poder supremo sin gozar de soberanía alguna.

El presente informe de investigación consta de cinco capítulos. En el capítulo uno, se analiza el tema de la representación democrática y los problemas que genera en la democracia de masas. En el capítulo dos, se estudia el problema del control de constitucionalidad y su funcionamiento en un Estado constitucional y democrático de derecho. En el capítulo tres, se hace énfasis en el argumento contramayoritario. En el capítulo cuatro, se estudia el tópico del constitucionalismo popular y su propuesta de la oposición contramayoritaria y el problema del control de la constitucionalidad como institución antidemocrática. En el capítulo cinco, se analiza el tema de la legitimidad de los tribunales constitucionales. Por último, se propone a una conclusión verosímil, con respecto a las hipótesis formuladas en el diseño de investigación.



CAPÍTULO I

1. Democracia y formas de representación

1.1. El gobierno democrático

1.1.1. La ideología liberal fundante de la democracia

Los autores Agnoli y Brückner manifiestan que, en teoría de la democracia, confluyen tres tradiciones históricas de pensamiento político:

- “a) La teoría clásica, transmitida como teoría aristotélica, de las tres formas de gobierno, según la cual la democracia, como gobierno del pueblo, de todos los ciudadanos o bien de todos aquellos que gozan de los derechos de ciudadanía, se distingue de la monarquía, como gobierno de pocos;
- b) La teoría medieval, de derivación romana, de la soberanía popular, con base en la cual se contraponen una concepción de la soberanía según el poder supremo derive del pueblo y sea representativo o derive del príncipe y sea transmitido por delegación del superior al inferior;
- c) La teoría moderna, conocida como teoría maquiavélica, nacida con el surgimiento del estado moderno en la cual las formas históricas de gobierno, son esencialmente dos, la monarquía y la república, siendo la antigua democracia una forma de



república (la otra es la aristocracia) donde tiene origen el cambio característico del período prerrevolucionario entre ideales democráticos e ideales republicanos, y el gobierno genuinamente popular es llamado, antes que democracia, república”.¹

El problema de la democracia, de sus características y de su prestigio (o de la falta de prestigio) es tan antiguo como la propia reflexión sobre las cosas de la política, y ha sido repropuesto y reformulado en todas las épocas. Así, un examen de la discusión contemporánea en torno al concepto y al valor de la democracia no puede prescindir de una referencia, aunque sea rápida, a la tradición.

1.2. Aristóteles y su clasificación de las formas de gobierno

En opinión de Aron: “una de las primeras disputas de que se tenga noticia en torno a las tres formas de gobierno es narrada por Herodoto. Otanes, Megabizo y Darío discuten en torno a la futura forma de gobierno de Persia. Mientras que Megabizo defiende la aristocracia y Darío la monarquía, Otanes toma la defensa del gobierno popular que llama según el antiguo uso griego ‘isonomia’ (o igualdad de las leyes, o igualdad frente a la ley), con el argumento que todavía entonces los partidarios de la democracia consideran fundamental: como cabe en realidad que la monarquía, a cuyo capricho es dado hacer impunemente cuanto se le antoje, puede ser un gobierno justo y arreglado. Igualmente, clásico es el argumento con el que el partidario de la oligarquía (y, apoyándolo, el partidario de la monarquía) condena al gobierno democrático: Nada hay nada más insolente en el querer que el vil y soez populacho.

¹ Agnoli, J.; Brückner, P. **La transformación de la democracia**. Pág. 135.



¿Cómo puede gobernar bien aquel que ni aprendió de otro lo que es útil y laudable, de suyo es capaz de entenderlo?, a manera de un impetuoso torrente lo abate y arrastra todo”.²

Según Burdeau: “De las formas de gobierno descritas por Platón en la *República*, la aristocracia, oligarquía, democracia, tiranía, timocracia, una sola, la aristocracia es buena, mientras que nace, pues, la democracia, cuando los pobres, victoriosos de sus contrarios, matan a unos, destierran a otros, y comparten igualitariamente con los que quedan, el gobierno y las magistraturas, que, en este régimen, además, suelen cubrirse por sorteo, y está caracterizada por la *licencia*”.³

El propio Platón por otra parte reproduce en el *Político* la tripartición tradicional, tanto de las formas puras como de las formas degeneradas, y de la d. es definida como “gobierno de número” y “gobierno de los muchos” o “de la multitud”. Distinguidas las formas de gobierno buenas de las malas, con base en el criterio de la legalidad o de la ilegalidad, la democracia es considerada la menos buena de las formas buenas y la menos mala de las formas malas.

Como lo cita Martinotti: “Bajo cualquier consideración es cansancio, y no combina mucho de bueno ni de dañino, en comparación con las otras formas, porque en ella están desmenuzados los poderes en pequeñas fracciones, entre muchos. Por eso de todas las diversas formas legales, es esta la más infeliz, mientras que de todas las que

² Aron, R. **Democracia y totalitarismo**. Págs. 35-36.

³ Burdeau, G. **La democracia**. Págs. 112-114.



están contra la ley, es la mejor, y si todas son desenfrenadas, es en la democracia donde se vive mejor; en cambio sí son bien ordenadas, es en ella donde es menor agradable el vivir".⁴

Como lo describe Finley: "En las *Leyes*, en la tripartición clásica se incluye la bipartición (que después de Maquiavelo se llama a menudo moderna) entre las 'dos madres de las formas de gobierno', que son la monarquía, cuyo prototipo es el estado persa, y la democracia, cuyo prototipo es la ciudad ateniense; ambas son, aunque por razones opuestas, malas, una por exceso de autoridad, la otra de libertad. También en la variedad de las clasificaciones una vez más la democracia es bautizada como el régimen 'de la libertad demasiado desenfrenada'".⁵

En la descripción de Bobbio: "En la tipología aristotélica, que distingue tres formas puras y tres formas corruptas, según que aquel que detenta el poder gobierne de acuerdo con el interés general o con el interés propio, el 'gobierno de la mayoría' o 'de la multitud', distinguido del gobierno de uno solo o de pocos, es llamado '*política*', mientras que el nombre de democracia es asignado a la forma corrupta, que es definida como el gobierno 'con ventaja de los pobres' y contrapuesta al gobierno con ventaja del monarca (tiranía) y al gobierno con ventaja de los ricos (oligarquía).

La forma de gobierno que en la tradición post-aristotélica se convierte en el gobierno del pueblo o de todos los ciudadanos, o de la mayoría de ellos, es aquella que en el

⁴ Marinotti, Héctor Julio. **Breve historia de las ideas políticas**. Págs. 31-32.

⁵ Finley, M.I. **vieja y nueva democracia**. Pág. 87.



tratado aristotélico se considera como gobierno de mayoría solamente en cuanto a gobierno de los pobres, siendo, por lo tanto, gobierno de una parte generalmente más numerosa. De la democracia entendida en el sentido más amplio Aristóteles subdistingue cinco formas: 1) ricos y pobres participan en el gobierno en condiciones de paridad (la mayoría es popular únicamente porque la clase popular es más numerosa); 2) los cargos públicos son asignados sobre la base de un censo muy bajo; 3) son admitidos en los cargos públicos todos los ciudadanos excepto los privados de los derechos civiles luego de un procedimiento judicial; 4) son admitidos en los cargos públicos todos los ciudadanos sin distinción; 5) sean cuales fueron los derechos políticos, es la masa y no la ley la que se considera soberana (este último caso es el del dominio de los demagogos, o sea es la verdadera forma corrupta del gobierno popular)".⁶

Manifiesta Martinotti que: "Salvo pocas excepciones, la tripartición aristotélica fue acogida en toda la tradición del pensamiento occidental, al menos hasta Hegel, al que llega ya debilitada, y se hizo uno de los lugares comunes del tratadismo político. Para señalar alguna etapa de este largo recorrido, recordamos a Marsilio de Padua, Santo Tomás, Bodino, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Hegel. No han faltado algunas variaciones entre las cuales se encuentran:

- a) La distinción entre formas de estado y formas de gobierno, elaborada por Bodino, basándose en la distinción entre la titularidad y el ejercicio de la soberanía, donde se puede tener una monarquía, es decir un estado en el que el poder soberano

⁶ Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Paquino, Gianfranco. **Diccionario de política**. Págs. 441.442.



pertenece al rey, gobernada democráticamente, por el hecho de que magistraturas son atribuidas por el rey indiscriminadamente a todos, o democracia aristocrática, como lo fue Roma por un cierto periodo de su historia, o una aristocracia democrática y así sucesivamente;

- b) La supresión de la distinción entre formas puras y corruptas, hecha por Hobbes, sobre la base de que para un poder como el soberano, que es absoluto o no es soberano, no se puede establecer ningún criterio para distinguir el uso del abuso de poder, y por lo tanto, el gobierno bueno del malo;
- c) La degradación, introducida por Rousseau, de las tres formas de gobierno a tres modos de ejercicio del poder ejecutivo, permaneciendo constantemente el principio según el cual el poder legislativo, es decir el poder que caracteriza a la soberanía, pertenece al pueblo, cuya reunión en un cuerpo político a través del contrato social Rousseau llama no democracia (que es solamente una de las formas en las que se puede organizar el poder ejecutivo) sino república”.⁷

1.3. Democracia y república

No es el objeto de este trabajo desarrollar una historia de la teoría de la democracia, por lo que se limitará a exponer la concepción de la democracia de la tradición republicana, es decir, la propia del pensamiento occidental, la cual converge con el objetivo de la investigación desarrollada.

⁷ Martinotti, Héctor Julio. **Op. Cit.** Págs. 83-86.



A pesar de que el pensamiento griego había dado preferencia a la teoría de las distintas formas de gobierno, no había desconocido, como lo manifiesta Platón en las *Leyes*, la contraposición entre dos formas opuestas: la democracia y la monarquía. El desarrollo de la historia romana propuso al pensamiento político más que el tema de la tripartición (que fue por cierto representado en la teorización de la república romana como gobierno mixto) el tema de la contraposición entre reino y República, o entre República y principado.

En los escritores medievales la tripartición aristotélica y la bipartición entre reino y república corren a menudo paralelas: Santo Tomás recoge junto a la tripartición clásica la distinción entre *régimen politicum* y *régimen regale*, fundada en la distinción entre gobierno basado en las leyes y gobierno no limitado por estas.

Como lo manifiesta Friedrich: “Ciertamente fue la meditación sobre la historia de la república romana, aunada a las consideraciones sobre las cosas de su propio tiempo, lo que hizo escribir a Maquiavelo, al principio de la obra que dedicó al principado, que ‘todos los estados, todos los dominios que han tenido y tienen imperio sobre los hombres, son estados y son o repúblicas o principados’. Aunque la república en su contraposición a la monarquía no se identifica con la democracia, con el ‘gobierno popular’, incluso porque junto a las repúblicas democráticas existen las repúblicas aristocráticas (para no hablar del gobierno mixto del cual el propio Maquiavelo ve un ejemplo perfecto en la república romana), en la noción idealizada de república, que de Maquiavelo se transmitirá a través de los escritores radicales del siglo XVII y del siglo XVIII hasta la revolución francesa, entendida precisamente en su contraposición al



gobierno regio, como aquella forma de gobierno en la que el poder no está concentrado en las manos de uno solo sino que está distribuido diversamente en diferentes cuerpos colegiados, a veces en contraste entre sí, se vuelven a encontrar constantemente algunos rasgos que contribuyeron a formar la imagen, o por lo menos una de las imágenes de la democracia moderna, la cual es definida hoy cada vez más a menudo como régimen policrático, opuesto al régimen monocrático.

En esta línea, un escritor, que ha sido considerado justamente como un anticipador del democratísimo moderno, Johannes Althusius, exponiendo en el último capítulo de su *Política methodice digesta* (1603) la diferencia entre las diversas formas de gobierno, las distingue según que el '*summus magistratu*' sea '*monarchicus*' o '*polyarchichus*', utilizando una terminología que seguirá siendo familiar a la ciencia política norteamericana desde Rober Dahl, quien en *A preface to democratic theory* (1956) elabora contra las teorías tradicionales (o que él considera tradicionales) de la democracia madisoniana y populista la teoría de la *polyarchal democracy*. Una vez más, si por democracia se entiende la forma aristotélica, la república no es democracia; pero en su carácter peculiar de 'gobierno libre', de régimen antiautocrático, encierra, sin embargo, un elemento fundamental de la democracia moderna en la medida en que por democracia se entienda toda forma de gobierno opuesta a toda forma de despotismo".⁸

Expresa MacPherson que: "No obstante la diferencia conceptual, las dos imágenes de la democracia y de la república acaban por superponerse y por confundirse en algunos escritores, que exaltan junto con las repúblicas de su tiempo, desde Holanda o Génova,

⁸ Friedrich, C. J. **Gobierno constitucional y democracia**. Págs. 665-68.



Venecia y Lucca, hasta la Ginebra del '*citoyen vertueux*' Jean-Jacques. La *Oceano de Harrington*, que es uno de los puntos de referencia del republicanismo inglés del siglo XVIII, es exaltada por el mayor sustentador de la idea republicana en Inglaterra, John Toland, como 'la más perfecta forma de gobierno popular que jamás haya existido'.

Moldeada sobre el ejemplo de las repúblicas antiguas y modernas, es en realidad una democracia igualitaria, no solo formalmente, basada como lo está en la rotación de las magistraturas que se produce mediante libres elecciones de los ciudadanos, sino también sustancialmente porque está regida por una férrea ley agraria que prevé la distribución ecuánime de las tierras de manera que nadie sea tan poderoso como para oprimir a los otros. De las tres formas de gobierno descritas por Montesquieu: república, monarquía, despotismo, la forma de gobierno republicana comprende tanto a la república democrática como a la aristocrática, las que casi siempre son tratadas separadamente.

Pero el discurso, habla acerca de los 'principios' de todo gobierno, el principio propio de la república, la virtud, es el principio clásico de la democracia y no de la aristocracia, y hasta tal punto es cierto que respecto de la aristocracia Montesquieu se ve obligado a afirmar que si 'la virtud es igualmente necesaria en el gobierno aristocrático', no es requerida 'de manera igualmente absoluta'.

No se olvide que para Saint-Just y Robespierre la nueva democracia, que barrerá definitivamente al despotismo, es decir el reino del terror, será 'el reino de la virtud'. 'Si el motor del reino popular en la paz es la virtud –resuenan las célebres palabras



pronunciadas por Robespierre en el *Discours sur les principes de morale politique* motor del gobierno popular en la revolución es al mismo tiempo la virtud y el terror: la virtud sin la cual el terror es funesto; el terror sin el cual la virtud es impotente'. Pero sobre todo el Rousseau, el gran teórico de la democracia moderna, el ideal republicano y el democrático coinciden perfectamente; en *El contrato social* confluyen hasta fundirse la doctrina clásica de la soberanía popular, a quien compete, mediante la formación de una voluntad general inalienable, indivisible e infalible, el poder de hacer las leyes, y el ideal, no menos clásico pero renovado en la admiración por las instituciones de Ginebra, de la república, la doctrina contractualista del estado basado en el consenso y en la participación de todos en la producción de las leyes y el ideal igualitario que ha acompañado en la historia de la idea republicana erguida en contra del desigualitarismo de los regímenes monárquicos y despóticos.

El estado que él construye es una democracia, pero prefiere llamarlo, siguiendo la doctrina más moderna de las formas de gobierno, 'república'; más exactamente, retomando la distinción hecha por Bodino entre forma de estado y forma de gobierno, Rousseau, mientras que llama república a la forma del estado o del cuerpo político, considera a la democracia como una de las tres posibles formas de gobierno de un cuerpo político que, en cuanto tal, o es una república o no es ni siquiera un estado sino el dominio privado de este o aquel poderoso que se ha apoderado de él y lo gobierna con la fuerza".⁹

⁹ MacPherson, C.B. **La realidad democrática, liberalismo, socialismo, tercer mundo**. Págs. 123-126.



1.4. Democracia formal

Bobbio y otros autores señalan que: “Tanto por el modo con que doctrinas opuestas respecto de los valores fundamentales, como las doctrinas liberales y las socialistas, han considerado la democracia no incompatible con sus propios principios sino más bien como una parte integrante de su propio credo, al punto de que es perfectamente correcto hablar de liberalismo democrático y de socialismo democrático y es creíble que un liberalismo sin democracia ya no sería considerado hoy un *verdadero* liberalismo, y un socialismo sin democracia un *verdadero* socialismo, cuanto por el modo con que una doctrina inicialmente hostil a la democracia, como la teoría de las élites, se ha ido conciliando con ella, puede deducirse que por democracia se ha entendido siempre un método o un conjunto de reglas de procedimiento para la constitución del gobierno y para la formación de las decisiones políticas (es decir, de las decisiones vinculantes para toda la comunidad) más que una determinada ideología”.¹⁰

La democracia es compatible, por un lado, con doctrinas diferentes en contenido ideológico; por el otro, con una teoría que, en algunas de sus expresiones y por cierto en su motivación inicial, ha tenido un contenido netamente antidemocrático, precisamente porque siempre ha ido asumiendo un significado esencialmente de procedimiento y no sustancial, aun cuando la aceptación de estas reglas y no de otras presupone una orientación favorable a algunos valores, que a menudo son considerados característicos del ideal democrático, como el de la solución pacífica de

¹⁰ Bobbio, Matteucci; Pasquino. **Op. Cit.** Págs. 449-450.



los conflictos sociales, de la eliminación hasta donde sea posible de la violencia institucional, de la frecuente alternancia de la clase política, de la tolerancia y sucesivamente.

En la teoría contemporánea predominante en los países de tradición democrático-liberal las definiciones de democracia tienden a resolverse y a agotarse en un elenco más o menos amplio según los autores de reglas del juego o, como también han sido llamadas, de “universales de procedimiento”, entre ellos, como señala Martinotti:

“Reglas de la democracia:

- 1) El máximo órgano político, a quien está asignada la función legislativa, debe estar compuesto por miembros elegidos directa o indirectamente, con elecciones de primer o de segundo grado, por el pueblo;
- 2) Junto al supremo órgano legislativo deben existir otras instituciones con dirigentes elegidos, como los entes de la administración local o el jefe del estado (como sucede en las repúblicas);
- 3) Electores deben ser todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, de religión, de ingresos, y posiblemente también de sexo;
- 4) Todos los electores deben tener igual voto;



- 5) Todos los electores deben ser libres de votar según su propia opinión formada más libremente posible, es decir en una libre contienda de grupos políticos que compiten por formar la representación nacional;
- 6) Deben ser libres también en el sentido de que deben estar en condiciones de tener alternativas reales (lo cual excluye como democrática a cualquier elección con lista única y bloqueada);
- 7) Tanto para las elecciones de los representantes como para las decisiones del supremo órgano político vale el principio de la mayoría numérica, aun cuando pueden ser establecidas diversas formas de mayoría según criterios de oportunidad no definibles de una vez por todas;
- 8) Ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, de manera particular el derecho de convertirse, en igualdad de condiciones, en mayoría;
- 9) El órgano de gobierno debe gozar de la confianza del parlamento o bien del jefe del poder ejecutivo a su vez elegido por el pueblo".¹¹

Como se ve, todas estas reglas establecen cómo se debe llegar a la decisión política y no qué se debe decidir. Desde el punto de vista del *qué* el conjunto de las reglas del juego democrático, no establece nada salvo la exclusión de las decisiones que de

¹¹ Martinotti, Héctor Julio. **Op. Cit.** Pág. 168.



alguna manera contribuirían a dejar sin efecto una o más reglas del juego. Por otra parte, como para todas las reglas, también para las reglas del juego democrático se debe tener en cuenta la desviación existente entre la enunciación de su contenido y el modo en que son aplicadas.

Como lo expresa Bobbio: “Por cierto ningún régimen histórico ha observado jamás completamente el dictado de todas las reglas democráticas, y por esto es ilícito hablar de regímenes más o menos democráticos. No es posible establecer cuántas de estas reglas deben ser observadas para que un régimen pueda llamarse democrático; puede afirmarse solamente que un régimen que no observe ninguna no es por cierto un régimen democrático, al menos hasta que se mantenga firme el significado de procedimiento de democracia”.¹²

1.5. La representación democrática

1.5.1. Significado

El concepto de representación política, tanto en sus implicaciones teóricas como en sus traducciones prácticas, es sin duda uno de los elementos clave de la historia política moderna. En su nombre se combata la batalla contra el absolutismo real y sobre ella se insieren las nuevas formas de gobierno político constitucional, liberal y democrático, que surgieron del descenso del antiguo régimen.

¹² **Ibid.** Pág. 451.



A su alrededor se abrirá más tarde la disputa relativa al cumplimiento de la democracia suscitada por aquellos movimientos que polémicamente contraponen a la democracia representativa la democracia directa y participativa. Sin embargo, como lo expone Bobbio: "(...) si al menos en las democracias occidentales la opinión corriente está en general de acuerdo en identificar en las asambleas parlamentarias periódicamente elegidas la expresión concreta de la representación y en los parlamentarios los 'representantes', el contenido exacto de este concepto sigue siendo bastante más controvertido. De este hecho se puede dar una doble explicación. Antes que nada es necesario tener presente el itinerario histórico de la representación frente a los significativos cambios ocurridos en las otras instituciones políticas (en particular en los *ejecutivos*) y en todo el sistema político, ella presenta en cambio, aun junto a innovaciones de importancia (el fin de la representación por capas, el sufragio universal, la presencia de los partidos de masas), importantes elementos de continuidad que, en casos como el inglés, se remiten directamente a la experiencia política medieval.

Esto implica necesariamente un cambio en el tiempo de la 'posición relativa' de la representación. Si nos detenemos en algunas funciones y en el aspecto exterior, los representantes de hoy recuerdan mucho a los de ayer y de anteayer, pero si profundizamos el papel que ellos tienen en el sistema político emergen profundos cambios".¹³

¹³ **Ibid.** Págs.1385-1386.



La segunda explicación es de orden semántico. En todas las lenguas europeas el “representar” y el sustantivo se aplican a un universo bastante vasto y diverso experiencias empíricas. Dada la polivalencia de la palabra es comprensible por lo tanto que tratándose de esa particular que es la representación política se llegue automáticamente a evocar una multiplicidad de significados.

Es oportuno, por tanto, examinar sucintamente cuáles son las significaciones recabables de las diversas acepciones de la palabra que se encuentra, tanto en la esfera del derecho como en la de la política (los diplomáticos son “representantes”, el jefe de Estado “representa” la unidad nacional, etc.), pero también en experiencias bastante más lejanas, como la artística figurativa o la dramática. Sustituir, actuar en lugar de, en nombre de alguien; cuidar los intereses de alguien; reproducir, reflejar las características de alguien o algo; personificar, tales son los principales significados.

Según Held: “(...) en la práctica pueden ser divididos en: a) significados que se refieren a una dimensión de *acción* –representar es actuar según determinados cánones de comportamiento en referencia a cuestiones que conciernen a otra persona; b) significados que remiten en cambio a una dimensión de *reproducción* de propiedades y peculiaridades existenciales– representar es poseer ciertas características que reflejan o evocan las de los sujetos u objetos representados. Esta distinción es importante ya



que saca a la luz las dos polaridades entre las cuales se puede mover la representación política según las situaciones y su colocación en el sistema político”.¹⁴

Sin embargo, como bien manifiesta Agozino: “Estas indicaciones no son de gran utilidad si antes no se identifica el significado fundamental y esencial de la representación política, su *proprium* o sea, aquello que la diferencia de las demás experiencias representativas. Más allá de todas las ambigüedades, este significado emerge con la mayor claridad de una lectura histórica de las vicisitudes del fenómeno.

De ello se observa cómo el régimen político representativo se opone por un lado a los regímenes absolutistas y autocráticos, es decir desvinculados del control político de los súbditos, y por el otro a la democracia directa, es decir el régimen en el cual en teoría debería desaparecer la distinción entre gobernantes y gobernados. El sentido de la representación política está por lo tanto en la posibilidad de controlar el poder político atribuido a quien no puede ejercer el poder en persona.

Así puede satisfacerse la exigencia de fondo que desde los primeros e inciertos orígenes rigió la institución de la representación, exigencia expresada por el medieval ‘*quod omnes tangit ab omnibus probari debet*’ (lo que a todos toca todos deben aprobarlo). En base a sus finalidades se podría por tanto definir la representación como un particular ‘mecanismo’ político para la realización de una relación y de control (regular) entre gobernados y gobernantes. Se debe partir de este núcleo para aclarar los diversos aspectos del fenómeno. ¿En qué relación están las siguientes

¹⁴ Held, David. **Modelos de democracia**. Pág. 409.



expresiones: *representantes*, *función representativa*, *estructuras de la representación*, *¿régimen representativo?* ¿Cuándo corresponden a estas expresiones no solamente inconsistentes apariencias sino fenómenos reales de la vida política?”¹⁵

1.5.2. Modos de representación democrática

Por lo que se refiere al contenido de la función representativa y, por lo tanto, del papel de los representantes, en la literatura política han sido largamente discutidos tres modelos interpretativos alternativos, según Martinotti, ellos son: “1) la representación como relación de *delegación*; 2) la representación como relación *fiduciaria*; 3) la representación como ‘espejo’ o *representatividad sociológica*”.¹⁶

En el primer modelo, según lo expresa Martinotti, el representante es concebido como un ejecutor de las “instrucciones” que los representados le imparten; su papel se acerca mucho al de un embajador. Este modelo es de origen medieval y las modernas constituciones estatales lo rechazan, prohibiendo explícitamente el “mandato imperativo”. Se lo encuentra en cambio comúnmente en las organizaciones y comunidades internacionales, es decir en entidades políticas poco integradas (como la ONU).

El segundo modelo, continúa Martinotti, atribuye al representante una posición de autonomía y supone que la única guía para su acción es el “interés” de los representados como es percibido por él. Esta concepción de la representación era

¹⁵ Agozino. Alberto C. **Ciencia política y sociología electoral**. Pág. 270.

¹⁶ Martinotti, Héctor Julio. **Op. Cit.** Pág. 170.



expresada por Edmund Burcke cuando en su *Speech to the electors of Bristol* describe el papel del representante como un trabajo de “razón y juicio” al servicio del “bien general” y no del simple “querer” y de los “prejuicios” locales.

El tercer modelo –de la representación espejo–, según Martinotti, se centra más, a diferencia de los dos primeros, sobre el efecto de conjunto que sobre el papel de los representantes individuales. Concibe al organismo representativo como un microcosmos que reproduce fielmente las características del cuerpo político, según otra imagen recurrente lo compara con un mapa geográfico que precisamente representa a escala la realidad (en este caso el territorio) que debe representar.

Sin embargo, todos estos modelos, considerados en su forma “pura”, plantean algunos grandes problemas. Se puede empezar por el tercero, que presenta una problemática muy particular, según lo expresa Martinotti: “Cuáles ‘características’ del cuerpo social merecen ser reflejadas en el organismo representativo es naturalmente la primera pregunta que se plantea. Además de las más estrictamente políticas o ideológicas, pueden indicarse las características socioeconómicas, profesionales, religiosas, culturales, étnicas y raciales, y hoy también las diferencias de sexo; y la enumeración podría continuar.

Los sistemas electorales proporcionales han sido un eficaz instrumento institucional, para realizar una reproducción bastante fiel de las primeras características. En cuanto a las otras el grado de representatividad cotejable en las instituciones representativas es en general bastante bajo. Los representantes, tienden a ser diferentes de los



representados en relación con estas otras características, salvo cuando una de ellas se convierte en punto focal del conflicto político y es asumida como bandera por una organización partidaria. En este caso por tanto nacen los partidos *obreros, agrarios, confesionales, étnicos, feministas*; pero estas, pero estas caracterizaciones bien marcadas al principio, con el tiempo sufren en general un fuerte debilitamiento.

El hecho es que la representatividad sociológica, en relación con ciertos perfiles no 'políticos', choca con el proceso de profesionalización de la vida política que naturalmente toca también a los representantes limitando fuertemente las características que pueden asumir. Esta concepción de la representación peca además de estaticidad; concentrándose totalmente en la cuestión de la fidelidad de la 'reproducción', descuida el problema dinámico de la capacidad del órgano representativo de efectuar esa síntesis de los problemas particulares y de las diversas tendencias presentes en el cuerpo político, que es el presupuesto de su capacidad de gobernar. Parece por tanto más apta para un régimen político en el que la representación no ocupa una posición de centralidad, aunque tenga una función más secundaria de la legitimación y de corrección del poder".¹⁷

Los otros dos modelos, del representante como delegado o como fiduciario, no son más que dos caras de una misma moneda. El primero, sin embargo, puede vincularse en parte también al modelo de la representación espejo; responde en efecto a una lógica análoga de minimización de la distinción representantes-representados, pero

¹⁷ *Ibid.* Págs. 172-173.



llevada a otro nivel, o sea al de la acción sustitutiva de comportamientos, así como también el de la reproducción imitativa de características existenciales.

Este modelo está ligado a un régimen de limitada y ocasional participación de los representantes en el proceso decisonal, de manera que su aplicación literal choca en las condiciones políticas actuales, contra obstáculos casi insuperables. En primer lugar, los representantes, siendo también actores de las decisiones políticas, necesitan un *margen de maniobra* incompatible con la rigidez de un sistema de instrucciones vinculantes. Además, la atención de los representados frente a la masa de los asuntos públicos es en general baja y estos, por un lado, por su complejidad presentan no indiferentes dificultades de comprensión para el público; por tanto, en gran parte de los casos faltarían al delegado las instrucciones o serían gravemente inadecuadas.

Si este es el cuadro general, sin embargo, en determinadas situaciones, que por su naturaleza lo permiten, como lo manifiesta Agozino: "el modelo de la representación delegación puede hallar una actuación parcial, y puede nacer en el público la expectativa de que sea aplicado. Esto sucederá en general para grandes temas políticos respecto de los cuales pueden configurarse posiciones alternativas nítidas y bien definidas.

Un ejemplo proviene de la tradición política inglesa en la cual los compromisos asumidos en el momento electoral por los candidatos y por los partidos sobre ciertos problemas políticos asumen carácter casi formal y vinculante; en estos casos la sanción electoral positiva corresponde a una 'instrucción' o 'mandato'. De todas



maneras, en su forma pura también este sigue siendo un modelo marginal excepcional”.¹⁸

La alternativa tradicional a esta concepción de la representación está encarnada por el modelo del “fiduciario”. Este modelo se presta en modo particular a variaciones en relación con el tipo de “centro focal” preestablecido por la acción del representante. El representante, en su cuidado autónomo de los intereses, ¿debe tener como punta de referencia a su colegio electoral, una esfera territorial intermedia, o bien la nación entera, intereses particulares o bien el interés general?

En general, la elección de este modelo tiene en su base justamente la exigencia de superar la fragmentación particularista que inevitablemente surgirá de la representación “delegada”; por tanto, a ella se acompaña casi siempre la indicación de la nación como centro focal de la representación. El mayor problema que plantea este modelo es el de la posible no correspondencia de las percepciones que, respectivamente, tienen representantes y representados del *interés* de estos últimos.

Tal modelo no ofrece en sí una solución satisfactoria a una situación similar de discordancia que, en cambio, es precisamente uno de los problemas cruciales de la vida política. En efecto, si se basa únicamente en el principio fiduciario, sin dar lugar a un elemento de control sobre el comportamiento del representante, se acaba de atribuir a este un poder arbitrario que contrasta netamente con el que se vio era el sentido de

¹⁸ Agozino, Alberto C. **Op. Cit.** Págs. 275-276.



la representación. En este punto, concluye Martinotti, podrá hablarse tal vez de *gobierno iluminado* pero ya no de *gobierno representativo*.

Martinotti manifiesta que: “Un examen atento de la realidad de los sistemas políticos representativos permite darse cuenta de que ninguno de estos tres modelos encuentra una ejecución completa en su forma pura. En cambio, podría ser bastante exacto en un nivel descriptivo definir al representante como un ‘fiduciario controlado que en algunas de sus características refleja las de sus electores’.

Del modelo del fiduciario se extrae la indicación de la necesidad de un cierto margen de autonomía para los representantes que les permita una acción de respiro más amplio de lo que permitía la presencia del mandato imperativo. El modelo del delegado da en cambio el elemento del vínculo, al que en alguna medida debe estar también sometido el representante; sin tal elemento resultaría desnaturalizada la misma función de la representación que es justamente la de garantizar un cierto grado de control de los ciudadanos sobre el poder político.

Por lo demás, al utilizar el término control se indica un tipo de vínculo menos rígido que aquel implicado por la delegación y por el mandato, y sobre todo ejercible *ex post* y en términos globales en lugar de *ex ante* y en la forma de instrucciones específicas.

Pero un modelo realista y ejecutable no puede descuidar totalmente ni siquiera ciertos elementos de la representación sociológica, puesto que más allá de un cierto límite podría ser puesto en crisis todo el edificio representativo, golpeado en su legitimidad y



credibilidad. En efecto, la representación-espejo parece responder a exigencias de orden simbólico y psicológico que a ciertos niveles y en ciertas situaciones, pueden asumir notable importancia.

Por ejemplo, los grupos poco integrados, marginales de un sistema político, tendrán necesidad no solo de representantes que 'realicen su interés', sino también de representantes en los cuales, por sus características personales, ellos puedan identificarse y a través de los cuales puedan por lo tanto sentirse 'presentes' en la organización política".¹⁹

Naturalmente, no en todos los sistemas políticos, que también se pueden definir como representativos, las proporciones de estos elementos serán iguales. Sin embargo, para cada uno de estos elementos existe, aun cuando no es fácilmente determinable, un valor mínimo característico por debajo del cual la ejecución de la representación resultaría amenazada en su eficacia práctica o en su significado político o en su legitimidad psicológica.

1.6. Representación y organización política

Hasta que no se analiza la inserción de la representación en la compleja red institucional de un sistema político, el panorama no resulta completo. Este tema es expuesto claramente por Bobbio quien manifiesta que tiene dos planos: "(...) se trata por una parte de las condiciones de la representación, por la otra del grado de

¹⁹ Martinotti, Héctor Julio. **Op. Cit.** Pág. 190.



incidencia que tiene la representación sobre las otras instituciones políticas”.²⁰ continuación, de manera sucinta, se presenta una descripción de la teoría de Bobbio.

En lo que hace al primer aspecto, dada la naturaleza de los procesos institucionales de la representación deben considerarse favorables a todas las condiciones que actúan en el sentido de un alto grado de *publicidad* en los asuntos públicos y de *comprensibilidad* de los mismos a los ciudadanos, e, invirtiendo la perspectiva, todas las condiciones que hacen *conocibles* a la clase política las actitudes del público. La representación está en efecto estrechamente ligada a un proceso de doble sentido de la *comunicación* de los mensajes políticos.

Depende, por tanto, de todos los canales de información recíproca y es sensible a todas las perturbaciones que se producen en este campo. La representación presupone luego un complejo de derechos políticos (libertad de imprenta, de asociación, de propaganda, etc.), que permitan la formación y la manifestación de la voluntad política de los representados. Aún más arriba están ciertos factores culturales.

La presencia en el público de una cultura política “participante” en lugar de “pasiva”, y en las clases políticas de una cultura democrática y flexible en lugar de autoritaria y dogmática, facilita indudablemente el funcionamiento de la representación. Una ulterior condición favorable está constituida por la presencia de élites políticas alternativas, es decir, capaces de ofrecer un recambio a las que detentan el poder y por ende asegurar la dinámica competitiva a la que está muy ligado el mecanismo representativo.

²⁰ Bobbio; Matteucci; Pasquino. **Op. Cit.** Págs. 1389-1390.



En cuanto a la relación entre representación y sistema político, tiene una importancia determinante porque permite hacer la distinción entre *regímenes políticos representativos* y *regímenes políticos no representativos* y de reflejo verificar la validez del criterio de discriminación entre lo que es representación y lo que no lo es.

En definitiva, es sobre este plano que debe conducirse la comparación entre la concepción enunciada de la representación, es decir la predominante en la cultura política occidental, que basándose en las elecciones es una concepción de *procedimiento*, y las que otras culturas y otros sistemas políticos le oponen y que son en cambio en su mayoría concepciones *sustanciales*. ¿Es posible hablar de régimen representativo aun fuera de esos procedimientos electorales, de los requisitos bien precisos, que sustentan la representación de la que se habló?

Efectivamente, aun fuera de estas limitaciones se verifican fenómenos que representan analogías con el de la representación. Puede darse el caso de regímenes donde el poder político obra (o considera, o pretende obrar) en tutela de los intereses del público; y en todos los sistemas políticos existen algunos grupos que, al menos con una acción de presión, tratan de obtener la toma en consideración y la satisfacción de sus intereses, o de determinar la sustitución de sus intereses, o de determinar la sustitución de los gobernantes.

Así existen regímenes que gozan de un alto nivel de legitimidad y de aceptación por parte del público. Y todo eso aún sin elecciones competitivas. Para tener en cuenta la analogía con ciertos efectos de las instituciones representativas, puede llegarse a



definirlos como “fenómenos representativos”. Sin embargo, puede y debe fijarse una línea de división entre regímenes no representativos y regímenes representativos; con base en ella se justifica también la distinción entre “fenómenos representativos” y representación entendida como sistema institucionalizado de responsabilidad electoral.

Estas dos distinciones están en planos diversos, pero son estrechamente interdependientes, de modo que las alternativas posibles que de ellas nacen son dos. Por un lado, tenemos la posibilidad de efectos representativos pero con un carácter ocasional y de precariedad porque no están garantizados por mecanismos institucionalizados; no podrá hablarse por lo tanto, de régimen representativo ni tampoco de representación política sin ulteriores especificaciones, puesto que falta la correspondencia a la lógica casual de la representación que quiere la institución de un poder de control de los ciudadanos sobre el funcionamiento del régimen político.

Por el otro lado, se tiene la representación basada en procesos *estabilizados* y, en la medida en que eso le permite tener un papel central y significativo en el ámbito del sistema político, que resulta construido en torno a ella (las otras estructuras políticas deben sufrir el control de los organismos representativos y obtener de ellos su legitimación), se podrá hablar de régimen político representativo.

Como se puede inferir de lo expuesto en este capítulo, la democracia es un sistema de acumulación de preferencias, es decir, un sistema para tomar decisiones, que puede acoplarse a casi cualquier sistema político, y la representación puede tener muchos obstáculos para decirse legítima, por lo que cabe plantear la pregunta sobre si

efectivamente, desde una visión democrática, puede argumentarse que el control de constitucionalidad carece de legitimidad.





CAPÍTULO II

2. Control de constitucionalidad

En el constitucionalismo contemporáneo se han destacado dos tópicos primordiales: a) los alcances del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica y; b) los métodos y los modelos que el constitucionalismo ha elaborado para garantizarla. En este sentido, uno de los postulados fundamentales que se plantean es que *no es posible reconocer el carácter supremo de la Constitución, si no se establece la existencia de controles que permitan adecuar al derecho de la Constitución todas las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos con poder normativo.*

Pero el reconocimiento de la Constitución como norma no se produjo en forma espontánea o de manera inmediata, sino que es el resultado de un complejo desarrollo histórico, en el cual sin duda son relevantes los aportes efectuados por el constitucionalismo norteamericano y luego por el europeo. Ello es así, porque aunque tales nociones de la Constitución hoy casi no admiten mayor discusión, en realidad suponen una conquista histórica de los individuos frente a los abusos por acción u omisión de los poderes públicos, primordialmente por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo.

El control de constitucionalidad, se atribuye al modelo norteamericano de justicia constitucional (en sus orígenes) y el método difuso de control, en el cual cada juez



goza de la potestad de inaplicar, para el caso concreto, una disposición que viole la Constitución.

En otro contexto, al modelo europeo de justicia constitucional se le atribuye el método concentrado de control, en la concepción original de Hans Kelsen, así como la forma en que ha sido desarrollado tanto en el constitucionalismo alemán, italiano y español. En razón de este método, se encomendó a un órgano especializado (independiente o no del Poder Judicial) la función del control de constitucionalidad, cuyo pronunciamiento disfruta de efectos *erga omnes*.

Por otro lado, se discute la existencia de lo que parte de la doctrina latinoamericana denomina “el modelo iberoamericano de justicia constitucional” y, en concreto, la deliberación sobre si este modelo tiene rasgos distintivos con respecto del norteamericano y del europeo.

2.1. Génesis

“La Constitución solo cobra sentido en cuanto norma con pretensión de validez y eficacia, si cuenta con una garantía, es decir un mecanismo que asegure una reacción en caso de incumplimiento, defendiendo la efectividad de los mandatos contenidos en el texto constitucional”.²¹ Con el propósito anterior, en alguna ocasión se defendió la tesis que dicho control fuera realizado por el jefe de Estado, como encargado de la defensa de la Constitución.

²¹ López Guerra, L. **Introducción al derecho constitucional**. Pág. 193.



En este orden de ideas, Carl Schmitt indicaba que no podía haber una justicia constitucional verdadera, pues un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no derivaría en una juridificación de la política, sino al contrario en la politización de la justicia. “Para él, los términos de justicia constitucional son contradictorios pues un tribunal constitucional no conoce jamás conflictos jurídicos, sino solamente conflictos políticos, de tal suerte que es una cámara política, y concluye que el defensor de la Constitución no puede ser un tribunal constitucional, sino únicamente el Presidente de la República”.²² (sic)

En concreto, dicho autor señaló: “solo mediante cotejo de tales disposiciones se puede percibir la posición característica del Presidente del Reich según la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich se halla en el centro de todo un sistema -constituido sobre fundamentos plebiscitarios- de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado Legislativo Antes de instruir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la Justicia con estas contaminaciones políticas, mejor sería recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de su sistema de preceptos. Según el contenido positivo de

²² Tócora, L. F. **Control constitucional y derechos humanos**. Pág. 49.



la Constitución de Weimar existe ya un protector de la Constitución a saber, el "Presidente del Reich".²³ (sic)

Este autor alemán sostuvo una fuerte polémica con Hans Kelsen, quien defendió la idea de que el control de constitucionalidad debía ser realizado por los tribunales constitucionales. Pero la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo supremo y superior, judicialmente tutelado (*judicial review*) es el aporte más importante del constitucionalismo norteamericano, aunque no surge con la Constitución de 1787, sino que fue necesario un desarrollo posterior (sobre todo en "*The Federalist*" de Hamilton, quien aboga por el tratamiento de la Constitución como "*fundamental law*", que impone a los jueces una vinculación más fuerte que la debida a las leyes, razón por la cual los tribunales tienen la facultad de inaplicar las leyes del congreso que la contradigan), el cual culminó, en palabras del profesor García de Enterría, con "la capital Sentencia de 1803 en el asunto Marbury vs. Madison, obra del gran juez Marshall, que concreta definitivamente, en los términos de la Sentencia, que the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature"²⁴, con lo que se reconoció el poder de los órganos jurisdiccionales de declarar la nulidad de las normas que violan el derecho de la Constitución y se implementó el modelo norteamericano de control de constitucionalidad y su método difuso.

²³ Schmitt, Carl. **La defensa de la constitución**. Pág. 249.

²⁴ García de Enterría, E. **La constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional**. Pág. 55.



En este sentido, tales ideas no fueron recibidas por el sistema continental europeo sino hasta después de la Primera Guerra Mundial -aunque con diferencias fundamentales respecto del desarrollo norteamericano- mediante dos vías.

“(…) la primera, que se produjo por la articulación del Imperio Alemán y la Monarquía Austro-húngara, que dio lugar a la Constitución Alemana de Weimar, en la cual se instauró un tribunal con competencia para resolver los conflictos entre *los poderes constitucionales* y; la segunda, representada en la Constitución austriaca de 1920, que recibió los aportes de Hans Kelsen”.²⁵

Sobre el particular, llama profundamente la atención que la Constitución alemana de 1871 no contemplara ningún órgano que controlara la inconstitucionalidad de los actos y de las omisiones del imperio alemán. De ahí precisamente que el principio de rigidez constitucional resultara insuficiente para evitar que este instrumento normativo materialmente fuera reformado mediante la emisión de simples leyes ordinarias (como es el caso de las conocidas cláusulas de *Frankenstein*), en los procesos que Laband y Jellinek denominaron “mutación constitucional (*die verfassungswandlung*)”.²⁶

2.2. La contribución estadounidense (método difuso)

Es, precisamente, en la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison* que se afirma por primera ocasión el alcance normativo de la Constitución y el control de

²⁵ Patiño Cruz, S.; Orozco Solano, V. **La inconstitucionalidad por omisión**. Pág. 34.

²⁶ Jellinek, F. **Teoría general del estado**. Pág. 438.



constitucionalidad. Es invaluable el razonamiento desarrollado por el juez Marshall en este acto, el cual se puede exponer de la siguiente forma:

- a) **Una afirmación de principio:** “La Constitución escrita ha sido considerada desde siempre como la Ley fundamental y superior de la Nación, y consecuentemente la teoría de tales Gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo”.²⁷

- b) **La necesidad de optar por una de las dos normas (Constitución/Ley) en conflicto:** “Si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso”.²⁸

- c) **La lógica preeminencia de la Constitución:** “Si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas”.²⁹

Tales ideas luego fueron reiteradas en el asunto “Martin versus Hunter’s Lesse”, en cuya virtud los jueces norteamericanos valoran la adecuación de las leyes a la Constitución en cualquier caso que ha sido sometido a su conocimiento,

²⁷ González-Treviajano Sánchez, P. J. **El tribunal constitucional**. Pág. 24.

²⁸ **Ibid.**

²⁹ **Ibid.**



manifestándose entonces el método difuso de control de constitucionalidad. Sobre el particular Tocqueville decía: “los americanos habrían reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes (con la consiguiente) no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales”.³⁰

De igual modo, dado el procedimiento agravado de reforma de la Constitución que establece el Artículo V, en el sistema de justicia constitucional norteamericano se ha sostenido “*on the contrary, the prevailing impression was that it was almost impossible to amend the great instrument, except by something in the nature of a revolution*”.

2.3. Características principales

De todo lo anterior se deducen varias afirmaciones que son consustanciales al método difuso de control de constitucionalidad. En este sentido, “la primera de ellas es que corresponde a todos los órganos jurisdiccionales la potestad y el deber de determinar si las leyes se adecuan o no al Derecho de la Constitución. La segunda, que el control de constitucionalidad de las leyes se produce en el ámbito de la actividad jurisdiccional. La tercera, que los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad no trascienden del caso concreto que ha sido sometido a conocimiento de los órganos jurisdiccionales. Y, la última, la naturaleza declarativa, no constitutiva de tales decisiones, de modo que no aplica la norma inconstitucional porque así la considera *ab initio*”.³¹

³⁰ Tocqueville, A. **La democracia en América**. Pág. 93.

³¹ Jurado Fernández, J. **Jueces y constitución**. Pág. 25.



De ahí que el modelo norteamericano, parafraseando a Dominique Rousseau, distingue por sus caracteres difuso y descentralizado, concreto y principalmente incidental y *a posteriori*.

En este orden de ideas, en el método difuso de control de constitucionalidad todos los órganos jurisdiccionales, al determinar cuál es la norma aplicable al caso concreto, deben valorar si se adecua o no al derecho de la Constitución y, si es del caso, declarar su inconstitucionalidad y su inaplicación, interpretándose directamente la Norma Fundamental.

De igual forma, en este método de control de constitucionalidad únicamente le corresponde a los órganos jurisdiccionales, no así a los funcionarios administrativos u otro, precisamente realizar esa función, de modo que los funcionarios administrativos siempre permanecen vinculados por la ley.

Asimismo, y a diferencia del método concentrado de control de constitucionalidad, las decisiones de los órganos jurisdiccionales únicamente producen efectos para el caso concreto, es decir *inter partes*, de modo que no trascienden del asunto que ha sido sometido ante ellos.

De esta forma, la naturaleza declarativa de las decisiones de los órganos jurisdiccionales en el modelo norteamericano de control de constitucional, alude a que posee efectos *ex tunc* (declarativos y retroactivos), de tal manera que se limita a constatar una inconstitucionalidad ya existente, pero no a constituir una nueva situación



a partir de esa declaratoria. Ahora bien, “a este modelo de control de constitucionalidad se ha criticado la incertidumbre y la inseguridad jurídica que se puede producir; si un tribunal desaplica por inconstitucionalidad una norma, mientras que otro, estima lo contrario”.³²

Al respecto, Mauro Cappelletti agrega: “además, podría suceder que el mismo órgano judicial, que ayer no había aplicado una ley dada, la aplica por el contrario hoy, habiendo cambiado opinión sobre el problema de su legitimidad constitucional. Indica que podrían formarse importantes contrastes de tendencia entre órganos judiciales de diferente jerarquía, materia o entre jueces de más o menos experiencia o edad”.³³

Dichos problemas, sin embargo, son resueltos en alguna medida mediante el principio del *stare decisis*, el cual es el fundamento anglosajón de los precedentes jurisdiccionales. En efecto, “este principio impone en el sistema de los Estados Unidos de América la obligación de aplicar los precedentes jurisprudenciales de tribunales de mayor categoría, lo que resulta muy útil para evitar la dispersión jurisprudencial”.³⁴

2.4. Objeto

Por otro lado, en lo que toca al objeto del control de constitucionalidad, la doctrina es constante al señalar que está rigurosamente limitado a los asuntos de la competencia jurisdiccional común (es decir, los conflictos de intereses o controversias entre estos y

³² Solís Fallas, A. **La dimensión política de la justicia constitucional**. Pág. 41.

³³ Cappelletti, Mauro. **La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)**. Pág. 68.

³⁴ Tócora, L. F. **Op. Cit.** Pág. 53.



el Estado) de modo que no son susceptibles de control los actos de gobierno (los actos dictados con motivo de las relaciones entre órganos constitucionales y los internacionales). De lo anterior, se deduce que “el método difuso es menos proclive a la *juridificación de la política*, en los términos de Carl Schmitt”.³⁵

En síntesis, los principios generales del sistema constitucional de los Estados Unidos sobre los que se descansa el *judicial review*, son los siguientes:

- “a) Que la Constitución vincula a los órganos estatales;
- b) Que la Constitución es Derecho en el sentido que debe ser aplicado por los Jueces;
- c) Que la función de interpretar el Derecho vigente es exclusiva del poder judicial, de tal manera que la interpretación de la Constitución, realizada por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, es vinculante *–authoritative–*”.³⁶

2.5. La contribución europea (método concentrado)

En principio, dicho modelo de control de constitucionalidad no fue desarrollado sino hasta el periodo entre guerras, teniendo en cuenta el contenido de las constituciones de Weimar, Austria, Checoslovaquia y España. De modo que durante el siglo XIX, en Europa no fueron bien recibidas las ideas relativas al carácter normativo de la Constitución. Por el contrario, “imperó el principio de primacía de la ley como criterio

³⁵ Solís Fallas, A. **Op. Cit.** Pág. 43.

³⁶ Jurado Fernández, J. **Op. Cit.** Pág. 32.



para solucionar los problemas sobre la división de poderes, lo que corresponde periodo histórico que dio origen al Estado Liberal en Francia”.³⁷

2.5.1. Siglo XIX y desarrollo

De acuerdo con Aragón, “en esta época se produjo la supeditación de los jueces al imperio de la ley, dada la desconfianza existente hacia ellos, y la consideración de la jurisdicción como una mera actividad de aplicación mecánica de esta norma y su concepción como producto de la razón y expresión de la voluntad soberana, no así de un poder del Estado”.³⁸

En este sentido, “es claro que las constituciones francesas del siglo XIX son expresiones de un Constitucionalismo sin Constitución (lo cual se extendió a la mayor parte del Continente Europeo)”.³⁹

Según Acosta Sánchez, ello responde a:

“a) Un proceso de implantación en Europa del Estado Liberal durante el siglo XIX, el cual se desenvuelve a través de una serie de compromisos entre la aristocracia y la burguesía en torno a la monarquía;

³⁷ **Ibid.** Pág. 34.

³⁸ Aragón, M. **Constitución y control de poder.** Pág. 25.

³⁹ Acosta Sánchez, J. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional.** Pág. 149.



- b) El proceso histórico que culminó con la implantación en Inglaterra del régimen parlamentario, pudiéndolo concluir entonces que el siglo XIX corresponde a la implementación del parlamentarismo en Europa, pero no el de la normatividad de la Constitución;
- c) La hegemonía británica durante el siglo XIX, que impide la recepción de las ideas norteamericanas relativas al control de constitucionalidad;
- d) El reconocimiento de la imposibilidad de las Constituciones normativas de limitar la actividad del legislador”.⁴⁰

De lo anterior se deduce, con toda claridad, que durante el siglo XIX la mayoría de las Constituciones eran de carácter material y flexible, de tal forma que podían ser reformadas mediante el mismo procedimiento de emisión de una ley.

Este fenómeno de supremacía de la ley en el continente europeo durante el siglo XIX, fue explicado por el profesor García de Enterría de la siguiente forma: “Debe notarse todavía que el largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las leyes y su correlativa inmunidad judicial, lo que aún se reforzaba por el temor hacia la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo, a los cuales, por tanto, no resulta fácil confiar un

⁴⁰ **Ibid.** Págs. 149-150.



control de la voluntad popular expresada en la ley por los representantes parlamentarios”.⁴¹

Desde esta perspectiva, “el control judicial en la historia francesa se circunscribe a la supervisión de los actos ilegales del Gobierno y la Administración, por medio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que ostentaba el Consejo de Estado, no así, en la verificación jurisdiccional de la adecuación de las leyes a la Constitución”⁴², la cual no tenía ninguna garantía jurisdiccional y, por ende, estaba desprovista de un contenido normativo propio y superior a las demás normas del ordenamiento jurídico.

2.5.2. Siglo XX y el surgimiento de los tribunales constitucionales

Ahora bien, las ideas norteamericanas relativas al reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, el principio de supremacía, así como el establecimiento de controles respecto de las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo, no fueron recibidas en el continente europeo, sino mediante dos vías.

“La primera, la construcción que dio origen a la Constitución de Wiemar y, la segunda, los aportes del jurista más importante del siglo XX, Hans Kelsen, que dieron origen a uno de los acontecimientos institucionales más trascendentales del siglo anterior, sea la aparición y el desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad (y la justicia constitucional) a través de órganos específicos, que han sido denominados en los

⁴¹ García de Enterría, E. **Op. Cit.** Pág. 56.

⁴² González-Trevijano Sánchez, P. J. **Op. Cit.** Pág. 25.



distintos países tribunales constitucionales, consejos constitucionales, tribunales supremos constitucionales, salas constitucionales, entre otros”.⁴³

En concreto, el desarrollo del modelo europeo de control de constitucionalidad y su método concentrado se puede ejemplificar de la siguiente manera:

- a) *Una primera etapa*, bajo la inspiración de Hans Kelsen, en su proyecto de Constitución austríaca de 1920, que da origen al Tribunal Constitucional Checoslovaco y al Alto Tribunal Constitucional de Austria (Constitución del 1º de octubre de 1920), como una década después en la Escuela Republicana, *el Tribunal de Garantías Constitucionales*. (Constitución de 1931)

- b) *La otra etapa* se verifica luego de la Segunda Guerra Mundial, en la cual el constitucionalismo da origen al Tribunal Constitucional Italiano de la Constitución de 1948, el Tribunal Constitucional Alemán de la Ley Federal de Bonn de 1949, el Consejo Constitucional Francés de la Constitución de 1958, el Tribunal Constitucional Turco de 1961 y el Tribunal Constitucional Yugoslavo de la Constitución de 1963.

- c) *Y una última*, en la cual fueron implementados el Tribunal Constitucional Portugués, fruto de la Constitución de 1976 con las modificaciones de 1982, el Tribunal Especial Superior Griego, el Tribunal de Arbitraje en Bélgica de 1983, y los

⁴³ Haro, R. **El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales**: En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Pág. 57.



tribunales establecidos en sus constituciones por Polonia en 1985, Hungría en 1989, Checoslovaquia, Rumania y Bulgaria en 1991”.⁴⁴ (sic)

2.5.3. La contribución de Hans Kelsen

De esta forma, el modelo europeo de control de constitucionalidad, que inicialmente ponía el acento en el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, no era compatible con un control de las leyes por parte del Poder Judicial. “Por esta razón, Hans Kelsen propone la creación de un órgano especializado, a quien se atribuye la función de verificar la regularidad constitucional del ordenamiento jurídico. En suma, un Tribunal Constitucional separado e independiente, tanto del poder legislativo, como del ejecutivo y judicial, quien hacía las veces de un legislador negativo”.⁴⁵

En este orden, las ideas de Kelsen parten de la necesidad de garantizar la regularidad de todas las normas a la Constitución; “en este marco, resulta trascendental al sentido piramidal de la estructura del ordenamiento jurídico, en el cual la Constitución está en el vértice de la pirámide por ser la *norma normarum*, mientras que las demás disposiciones están subordinadas a ella”.⁴⁶ Para Kelsen, la Constitución no contiene normas directamente aplicables por el juez sino mandatos o prohibiciones al Legislador; de tal forma que la Constitución es ejecutada por la ley y, esta, por la sentencia del juez.

⁴⁴ *Ibid.* Pág. 58.

⁴⁵ López Guerra, L. *Op. Cit.* Pág. 201.

⁴⁶ Jurado Fernández, J. *Op. Cit.* Pág. 39.



Por ese motivo, el juez, al ser ejecutor de la ley, no puede inaplicarla, razón por la que es necesaria la existencia de un órgano inserto en el Poder Judicial, a fin de controlar la constitucionalidad de las leyes e invalidarlas si es del caso. “Dicho órgano, el Tribunal Constitucional, aunque de naturaleza jurisdiccional, tiene una función de legislador negativo cuando expulsa del ordenamiento jurídico las leyes no ajustadas a la Constitución”.⁴⁷

Así, el modelo kelseniano de control de constitucionalidad configura el método concentrado, en el cual el Tribunal Constitucional es el único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una Ley y, al cual, habrán de dirigirse los Tribunales cuando estimen que una determinada disposición vulnera la Norma Fundamental, pues carecen del poder de inaplicar tales leyes por sí mismos.

Por otro lado, en lo que atañe a la afirmación realizada por Hans Kelsen, en el sentido de calificar la actividad desplegada por los Tribunales Constitucionales, únicamente, como de *legislador negativo*, se debe señalar lo siguiente: en primer lugar, esta idea fue justificada en tanto “el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular (...) sino solo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (*vereinbarkeit*) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la Constitución. Por eso sostiene Kelsen que no hay en ese juicio puramente lógico una verdadera aplicación de la Ley a un caso concreto y, por tanto,

⁴⁷ Torres del Moral, A. **Introducción al derecho constitucional**. Pág. 121.



no se estaría en presencia de una actividad judicial, que supone una decisión singular”.⁴⁸

En segundo lugar, que tal enunciado hoy, aparece completamente superado, pues la actividad realizada por los Tribunales Constitucionales sin duda es una actividad jurisdiccional, teniendo en consideración que esta función actualmente comprende (sin que realice una enumeración exhaustiva); “en primer lugar, la facultad de declarar la nulidad con efectos *erga omnes* y *ex tunc* de las normas jurídicas que vulneran el Derecho de la Constitución. En segundo lugar, la tutela ineludible de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en el país; en tercer lugar, el control sobre las omisiones de las autoridades públicas que violan la Constitución Política. En cuarto lugar, la interpretación de las normas jurídicas de conformidad con el Derecho de la Constitución”.⁴⁹

Pero también se puede afirmar el carácter jurisdiccional de la función realizada por los Tribunales Constitucionales, en razón de lo siguiente:

- “a) La sujeción de su función a un método jurídico de interpretación;
- b) El carácter reglado de la acción del Tribunal Constitucional;
- c) La actividad de conocimiento jurídico y no de oportunidad política;

⁴⁸ García de Enterría, E. **Op. Cit.** Pág. 57.

⁴⁹ Patiño Cruz, S.; Orozco Solano, V. **Op. Cit.** Págs. 38-39.



- d) Su actuación que solo opera a instancia de parte;
- e) La vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio;
- f) Los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional;
- g) La posición del Tribunal Constitucional como de tercero superpartes”.⁵⁰

2.5.4. Características principales del control concentrado

“Hoy, el modelo europeo de control de constitucionalidad se caracteriza mayoritariamente por la existencia de un único y específico órgano jurisdiccional, independiente y separado de los demás órganos jurisdiccionales, que monopoliza la revisión judicial de la ley”.⁵¹

Es decir, por un Tribunal Constitucional, que goza de la competencia para determinar la regularidad constitucional, así como la nulidad de las actuaciones y las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo que violan el derecho de la Constitución. También se caracteriza por la existencia de procedimientos específicos para garantizar la supremacía constitucional, a diferencia del método difuso. De esta forma, en este modelo se realiza el examen de constitucionalidad mediante un proceso autónomo y

⁵⁰ Martínez Sospedra, M. **El tribunal constitucional como órgano político**. Pág. 1794.

⁵¹ Aguiar de Luque, L. **El control de constitucionalidad de normas en el modelo europeo de justicia constitucional**. Pág. 26.

abstracto, al margen de cualquier proceso de aplicación de la Constitución o la ley al caso concreto, lo cual lo diferencia de manera radical del método difuso de control.

Asimismo, por los efectos de la declaratoria general, *erga omnes* y *ex tunc*, retroactivos a la entrada en vigencia de la norma impugnada. Además, “en este modelo de control de constitucionalidad el juez ordinario se encuentra fuertemente vinculado a la legislación, de modo que no tiene la potestad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas, particularmente de la ley, pues ello queda reservado al Tribunal Constitucional”.⁵²

Finalmente, “este modelo de control de constitucionalidad se caracteriza por el hecho que a los Tribunales Constitucionales, además de haberse encomendado las funciones relativas al control propiamente dicho, también realizan la tutela de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo y la resolución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales del Estado”.⁵³

2.6. La contribución iberoamericana

Además del modelo norteamericano y el europeo de control de constitucionalidad, algunos constitucionalistas latinoamericanos han insistido en la existencia de un modelo iberoamericano de Justicia Constitucional, en el cual ciertamente (y en la mayoría de los países que comprende) coexisten el método difuso y el concentrado. Es

⁵² Jurado Fernández, J. **Op. Cit.** Pág. 46.

⁵³ Monroy Cabra, M. G. **Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales.** En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.** Pág. 21.

decir, se trata de un método mixto, el cual tiene como antecedentes inmediatos los sistemas de justicia constitucional de Venezuela y Colombia. Luego se ha instaurado en todos los países de la región, aunque no de la misma manera.

En este sentido, don Rodolfo Piza Escalante insistió: “Que no es correcto, ni justo reducir los modelos de Justicia Constitucional a los dos paradigmáticos a los que se ha hecho costumbre referir, con simplismo, todos los sistemas conocidos: el norteamericano o ‘difuso’ y el europeo o ‘concentrado’, cuyas categorías o criterios, aun combinados, no alcanzan para explicar el que, con perfiles y caracteres propios, no reducibles a los otros dos –además, anterior al nacimiento del segundo y hasta de su ilustre creador–, puede bautizarse de ‘iberoamericano’ –para incluir al Brasil y no hacerlo con Haití, que no tiene nada que decir en esta materia–”.⁵⁴

2.6.1. Génesis

Como se indicó, dicho modelo tiene como sus representantes más antiguos los sistemas de justicia constitucional de Colombia y Venezuela, en los cuales se configura un método mixto de control de constitucionalidad, que en el supuesto del concentrado, incluso es anterior a las ideas de Hans Kelsen y a su implantación en el modelo continental europeo.

Este sistema también funciona con rasgos muy similares en Guatemala, Perú, Brasil y El Salvador. En efecto, en el Artículo 113.8 de la Constitución Venezolana de 1858, se

⁵⁴ Piza Escalante, R. *La justicia constitucional en Costa Rica*. Pág. 66.



atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para: “Declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución”.

En Guatemala, el control de constitucionalidad se realiza de manera abstracta por la Corte de Constitucionalidad, órgano que no pertenece al Poder Judicial, pero que ejerce función jurisdiccional dada la naturaleza de dicha función; y de manera concreta, por los jueces ordinarios, que no tiene efectos *erga omnes*, sino únicamente *inter partes*.

Esto y la naturaleza procesal de las acciones de amparo que no están concentradas en un único tribunal con excepción de su apelación cuando se trate de amparos en doble instancia, hace que pueda concluirse que el sistema adoptado es el iberoamericano. Además de este control concentrado de constitucionalidad, se estableció uno difuso, de tal manera que todos los jueces gozaban también de la competencia para inaplicar una norma jurídica que no se adecue al derecho de la Constitución.

2.6.2. Características principales del método mixto

Entre las notas características de este modelo iberoamericano o integral de justicia constitucional se puede indicar: “En primer lugar, la existencia de una acción popular de inconstitucionalidad, que faculta a cualquier ciudadano para impugnar la constitucionalidad de una ley, por el mero interés de hacer valer el Derecho de la Constitución. En segundo lugar, la combinación de ambos métodos de control de



constitucionalidad, el concentrado y el difuso, y el establecimiento de un recurso directo, no subsidiario, de naturaleza sumaria e interdictal, para la defensa de los derechos fundamentales, tal y como es exigido por el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁵⁵

⁵⁵ Tócora, L. F. **Op. Cit.** Págs. 56-57.



CAPÍTULO III

3. El argumento contramayoritario

En la mayoría de las democracias contemporáneas, las leyes aprobadas por el parlamento son susceptibles de algún tipo de control judicial, con el objeto de asegurar su conformidad con la Constitución.

Los distintos países han recurrido a diversas fórmulas para articular este control, siendo posible establecer una clasificación básica entre dos grandes modelos (el modelo descentralizado y el centralizado), según que el control se encomiende a todos los tribunales de justicia o, por el contrario, se concentre en un tribunal constitucional o bien se establezca un sistema mixto como el de Guatemala.

Con independencia del concreto modelo que se haya seguido, cabe siempre plantear una cuestión fundamental: ¿es aceptable, en una democracia, someter al control judicial las leyes de promulgadas por el Congreso o Parlamento?, ¿hasta qué punto es legítima esta institución? Esta es una cuestión recurrente en la teoría constitucional contemporánea.

3.1. Contenido

En virtud de que el sistema democrático históricamente se ha desarrollado de manera que la voluntad popular ha tenido cada vez más preponderancia, la idea de que los



tribunales expulsen del ordenamiento jurídico las leyes promulgadas por el Congreso Parlamento porque en su opinión violan lo dispuesto en el texto constitucional, pareciera regresivo más que progresivo desde el punto de vista de la democracia.

En un sistema federal, es más fácil dar respuesta a esta objeción, si una ley estatal entra en colisión con una ley federal, el control judicial aparece como una posible respuesta. A los tribunales se les reconoce entonces la potestad de interpretar la Constitución a efectos de decidir cuál de las dos leyes en tensión debe prevalecer. Los jueces pueden, en consecuencia, inaplicar una ley aprobada por un Parlamento democrático, pero lo hace para proteger otra ley que también ha sido aprobada por un Parlamento. Bayón manifiesta que: “Es en ese sentido que históricamente, el federalismo fue el motor de la introducción del control judicial de las leyes en el mundo”.⁵⁶

La objeción democrática es más seria cuando los motivos de invalidación de una ley no están asociados al federalismo, sino a principios sustantivos recogidos en la Constitución, como los derechos fundamentales. Desde el punto de vista democrático se pregunta por qué la opinión de los jueces debe prevalecer sobre la de la mayoría legislativa, o bien, como manifiesta Ferreres: “¿Cómo justificar los efectos “contra-mayoritarios” que la justicia constitucional comporta en el campo de los derechos?”⁵⁷

⁵⁶ Bayón, Juan Carlos. **Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo**. Pág. 67.

⁵⁷ Ferreres Comella, Víctor. **El control judicial de la ley: el problema de su legitimidad democrática**. Pág. 41.



La primera cuestión que se debe afrontar es si esta objeción democrática correctamente planteada. El asunto es, si la invalidación de una ley por parte de un tribunal de justicia produce una lesión a la legitimidad democrática parlamentaria.

3.2. Importancia

Manifiesta Ferreres que, a su juicio, la objeción está correctamente planteada: “En efecto, parece innegable que existe una conexión entre el principio democrático y la aprobación de las leyes a través de un parlamento elegido de manera periódica por los ciudadanos, bajo la regla de la mayoría. La democracia, cabe sostener, es un procedimiento que otorga a cada ciudadano una igual oportunidad de participar con su voz y con su voto en la toma de decisiones colectivas. En las circunstancias de la modernidad, hay que organizar la democracia en torno a un esquema representativo, dadas las ventajas de la división del trabajo. Pero la aspiración subyacente es respetar el igual estatus de los ciudadanos y de sus representantes en el plano de las decisiones legislativas que van a afectar a todos. Por ello, la regla general es que las decisiones políticas se deben adoptar por mayoría. La regla de la mayoría tiene un valor intrínseco, en la medida en que otorga el mismo peso al voto de cada persona, no expresa una preferencia sustantiva a favor de una determinada decisión frente a otro, y no privilegia el *statu quo* frente al cambio”.⁵⁸

No obstante ello, como manifiesta Nogueira Alcalá: “La igualdad política no se puede reducir a la regla de la mayoría. Si no se satisface una cierta igualdad social y

⁵⁸ *Ibid.* Pág. 44.



económica, por ejemplo, la igualdad política no es genuina. Además, la libertad de expresión y otras libertades conexas deben estar garantizadas, para que el proceso mayoritario tenga valor instrumental: es difícil adoptar decisiones correctas si la información y las opiniones no pueden circular libremente. Se puede incluso sostener que el proceso mayoritario carece de legitimidad si infringe clara y gravemente ciertos derechos básicos. Las leyes nazis en contra de los judíos, por ejemplo, carecerían de legitimidad, aún en el supuesto de que hubieran sido aprobadas por una mayoría parlamentaria surgida de unas elecciones realmente libres”.⁵⁹

Se podría afirmar, entonces, que existe un conjunto de precondiciones que deben satisfacerse para que el proceso político mayoritario sea verdaderamente igualitario, instrumentalmente fiable, y moralmente legítimo. Estas precondiciones, sin embargo, pueden ser cumplidas en mayor o menor grado. Existe un umbral mínimo por debajo del cual el proceso político mayoritario carece de todo valor, por ejemplo, en los sistemas autocráticos o antidemocráticos, puede existir un sistema electoral pero no una auténtica regla de la mayoría.

Sobre esto, se manifiesta Ferrer Mac-Gregor: “Incluso quienes abogan por el control de constitucionalidad de la ley aceptan que las democracias para las que proponen este control satisfacen las precondiciones mínimas. Consideran que, a pesar de sus muchas imperfecciones, las democracias existentes en muchos países desarrollados son valiosas. Si ello es así, hay que admitir que la introducción en esos países del control

⁵⁹ Nogueira Alcalá, Humberto. **Derechos fundamentales, bloque de constitucionalidad de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad**. Pág. 125.



judicial de la ley supone un 'coste' desde un punto de vista democrático, pues el control implica la posibilidad de que los tribunales de justicia (menos sensibles a la voluntad popular) anulen las leyes adoptadas a través de los parlamentos democráticos (más sensibles a esa voluntad)".⁶⁰

3.3. ¿Validez o invalidez?

Algunos autores han planteado tesis que niegan, o que potencialmente pueden negar, la relevancia de la objeción democrática. Ronald Dworkin,⁶¹ por ejemplo, ha sostenido que cuando un juez invalida una ley, no se produce ningún costo democrático, si el motivo de la invalidación es que esa ley no satisface las precondiciones que dan valor moral al proceso político.

Estas precondiciones, que él denomina "condiciones democráticas", son necesarias para garantizar a las personas su igual pertenencia a la comunidad política, y se traducen en tres exigencias: cada persona debe tener la oportunidad de incidir en el contenido de las decisiones colectivas; sus intereses deben ser tenidos en cuenta con igual consideración; y se le debe dejar en libertad para elegir el tipo de vida que le resulte más valiosa.

Dworkin sostiene que, en países como los Estados Unidos, estas condiciones democráticas se cumplen suficientemente, por lo que estima que: "La democracia

⁶⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. **El deber de adoptar disposiciones de derecho interno.** Ensayo compilado en: **Derecho procesal de los derechos humanos.** Pág. 43.

⁶¹ Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio.** Pág. 211.

quedaría eliminada si se introdujera un cambio constitucional que otorgara a una oligarquía de expertos no elegidos el poder de anular y de reemplazar las decisiones legislativas que les parecieran injustas o poco sabias. Incluso si los expertos siempre mejoraran la legislación objeto de su rechazo –así, por ejemplo, si siempre estipularan impuestos más justos que los establecidos por el legislador– habría una pérdida en términos de autogobierno, una pérdida que no se vería compensada por los méritos de sus decisiones”.⁶²

Sin embargo, continúa Dworkin: “las cosas son distintas cuando la cuestión que se suscita de manera plausible es la de si una determinada ley, reglamento o política, socaba o debilita el carácter democrático de la comunidad, y el sistema constitucional asigna esa cuestión a un tribunal”.⁶³ El autor pone el ejemplo de una ley que castigara la quema de banderas americanas como manifestación de protesta política.

La razón que da Dworkin para trazar esta distinción es la siguiente: “si el tribunal acierta al invalidar una ley de este segundo tipo (es decir, una ley que socava o debilita las condiciones democráticas), se produce un beneficio democrático, y no un costo, pues lo que hace el tribunal es preservar precisamente las condiciones democráticas que resultan afectadas negativamente por esa ley. En cambio, cuando un grupo de expertos invalida las leyes del primer tipo (las fiscales, por ejemplo), que pueden ser

⁶² **Ibid.** Pág. 213.

⁶³ **Ibid.** Pág. 215.



buenas o malas, pero que no socavan o minan las condiciones democráticas, invalidación no genera ningún beneficio democrático”.⁶⁴

Dworkin reconoce que si el tribunal se equivoca al anular las leyes que supuestamente socavan (pero realmente no socavan) las condiciones democráticas, se produce un costo en términos democráticos. “Pero el costo no es mayor, que el que se produce cuando el legislador se equivoca. La posibilidad de error es simétrica. Por ello, la premisa mayoritaria en la que descansa la objeción democrática contra el control de constitucional es una premisa *confusa*”.⁶⁵

En opinión de Ferreres, el argumento de Dworkin no es convincente: “O bien el sistema político existente no funciona de manera razonable y, por tanto, no satisface suficientemente las condiciones democráticas; o bien sí lo hace. En el primer caso, podemos sostener que no supone ningún costo democrático el hecho de que las leyes originadas en un sistema político tan defectuoso sean anuladas, ya sea por expertos (que tratan de mejorar las leyes fiscales, por ejemplo), ya sea por jueces constitucionales (que tratan de garantizar los derechos fundamentales asociados a las ‘condiciones democráticas’). En cambio, cuando el sistema democrático funciona razonablemente bien, si se produce un costo democrático si las leyes son invalidadas, y ello con independencia del motivo de la invalidación (sea mejorar el sistema fiscal, sea proteger las *condiciones democráticas*)”.⁶⁶

⁶⁴ *Ibid.* Pág. 217.

⁶⁵ *Ibid.* Pág. 220.

⁶⁶ Ferreres. *Op. Cit.* Pág. 47.



Ferreres⁶⁷ propone analizar lo manifestado por Dworkin con el ejemplo siguiente, el cual no se cita literalmente por ser muy extenso, por lo cual únicamente se comenta de forma descriptiva: Ferreres plantea la suposición de que la asamblea legislativa de un país como los Estados Unidos apruebe una disposición por la que se prohíbe la quema de la bandera nacional en señal de protesta.

Si Dworkin es coherente con su premisa inicial de que el sistema político estadounidense opera de manera razonable, debe sostener que el proceso político que ha dado lugar a la aprobación de la ley en cuestión cumple suficientemente las condiciones democráticas que confieren legitimidad al gobierno por mayorías. Ferreres llama P1 a tal proceso político. Si los tribunales invalidan entonces esa ley, adoptada conforme al procedimiento P1, la decisión judicial entraña un costo democrático, del mismo modo que, según Dworkin, entrañaría un costo democrático el hecho de que un grupo de sabios en materia tributaria tuviera la potestad de anular las leyes adoptadas a través del procedimiento P1.

Es verdad que existe una diferencia entre los dos casos: la ley fiscal, por defectuosa que sea, no socava (por hipótesis) las condiciones democráticas del sistema político, por lo que su invalidación por parte de los expertos no aporta ningún beneficio en términos democráticos. En cambio, la ley que prohíbe la quema de la bandera sí puede socavar esas condiciones democráticas, por lo que su invalidación judicial puede significar una mejora en términos democráticos. Cuando los jueces anulan una ley de

⁶⁷ **Ibid.** Págs. 48-50.



este tipo, reaccionan contra el proceso político defectuoso que emerge tras su entrada en vigor.

Continúa Ferreres diciendo que el nuevo proceso (P2) es deficiente a la luz de las condiciones democráticas, pues la libertad de expresión resulta en él restringida de manera injustificada. Al invalidar la ley, los jueces restablecen el proceso anterior (P1). Puesto que P2 no satisface las condiciones democráticas, mientras que P1 sí las respetaba, se produce un beneficio democrático cuando los jueces anulan la ley y restablecen P1. Ahora bien, dice Ferreres, sigue habiendo un costo democrático: a fin de cuentas, la ley que prohíbe la quema de la bandera fue adoptada de acuerdo con P1, un procedimiento que (por hipótesis) hemos considerado respetuoso con las condiciones democráticas.

Comenta Ferreres que es tentador pensar que no importa demasiado si se produce o no un “costo democrático” *prima facie* cuando un tribunal neutraliza una ley por razones de constitucionalidad vinculadas a las “condiciones democráticas” de las que habla Dworkin. Si el tribunal finalmente genera un beneficio democrático que compensa el posible costo, ¿qué importa si se produce o no un costo?

En realidad, sí importa, dice Ferreres, pues si se reconoce que el control de constitucionalidad de la ley supone un costo democrático *prima facie*, solo se podrá justificar la intervención de los jueces si se tienen razones para creer que van a generar el beneficio democrático que puede compensar ese costo. Es decir, se ha de tener la



expectativa fundada de que, en materia de condiciones democráticas, los tribunales van a acertar más veces que los legisladores democráticos elegidos.

Naturalmente, expresa Ferreres, se necesita un argumento instrumental para justificar esta expectativa. Si se tuvieran serias dudas acerca de la plausibilidad de este argumento instrumental, se tendría una razón de peso para rechazar el control de constitucionalidad: evitar así el costo democrático que el control judicial comporta.

En cambio, si se sostiene, como hace Dworkin, que no existe ningún coste democrático que se deba computar, ni siquiera *prima facie*, no existe una presión similar para hallar sólidas razones en defensa de las ventajas instrumentales del control de constitucionalidad. Bajo la teoría de Dworkin, concluye Ferreres, se puede aceptar el control judicial, aunque su rendimiento instrumental sea dudoso: puesto que no se está pagando, de entrada, ningún costo democrático; no hay razones democráticas para preferir el proceso político mayoritario frente al proceso judicial.

3.4. La voluntad popular

Ayala Corao, manifiesta que existe una segunda vía para negar relevancia a la objeción democrática frente al control de constitucionalidad: "Consiste en afirmar que las leyes tienen menores credenciales democráticas que la Constitución. Tanto Alexander Hamilton en *El Federalista* (núm. 78) como el juez John Marshall en el caso *Marbury v. Madison* (1803) pusieron énfasis en el carácter popular de la Constitución: mientras



esta expresa la voluntad del pueblo, las leyes aprobadas por una asamblea legislativa son solo la manifestación de voluntad de los representantes”.⁶⁸

Este dualismo en la teoría de la democracia ha sido desarrollado en la actualidad por diversos autores en distintos países. Bruce Ackerman, citado por Ferreres, por ejemplo, argumenta: “que no existe objeción democrática al control judicial de la ley: lo que hacen los tribunales cuando invalidan una ley es preservar los principios adoptados por el pueblo en momentos extraordinarios de deliberación democrática (lo “momentos constitucionales”), frente a la erosión que pueden sufrir por parte de los representantes políticos en el curso de la “política ordinaria”.⁶⁹

En una dirección similar, pero en el contexto de la tradición francesa, Dominique Rousseau y Michel Fromont, citados también por Ferreres, entienden que: “La Constitución es una expresión más genuina de la voluntad democrática que la legislación ordinaria. Cuando un tribunal invalida una ley en nombre de la Constitución, trata de preservar una norma que está estrechamente ligada a las convicciones de los ciudadanos acerca de sus derechos, frente a las decisiones de los políticos. Así, cada vez que el Consejo Constitucional francés somete a escrutinio una ley, actúa como un espejo en el que el pueblo se mira. Los ciudadanos, como titulares de derechos fundamentales, se percatan de que son ellos los soberanos y no sus representantes, aunque éstos hablen en nombre del pueblo”.⁷⁰

⁶⁸ Ayala Corao, Carlos. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Pág. 109

⁶⁹ Ferreres. **Op. Cit.** Pág. 50.

⁷⁰ **Ibid.** Pág. 51.



Otra versión de esta idea la expone Philippe Blacher, en cita de Ferreres, cuando sugiere que: “El tribunal preserva, frente al legislador ordinario, la voluntad del pueblo perpetuo, que está integrado por una cadena de generaciones”.⁷¹

Hasta qué punto el sistema democrático está estructurado de acuerdo con este esquema dualista, es algo que depende de las características de cada país. Si realmente se puede decir que la Constitución de determinada nación es el resultado de una forma superior de política democrática, frente a las leyes ordinarias aprobadas por el parlamento, es verdad entonces que el tribunal puede producir un beneficio democrático cuando invalida una ley en nombre de esa norma suprema. El problema, obviamente, expresa Ferrer Mac-Gregor: “(...) es que existe controversia en muchos casos acerca de la interpretación del texto constitucional. Quienes defienden la teoría dualista son perfectamente conscientes de ello. El tribunal puede acertar cuando trata de interpretar la voluntad popular que la Constitución encierra, pero también puede equivocarse”.⁷²

La cuestión, entonces, es si se puede marginar el valor democrático que supone el juicio de la mayoría parlamentaria. No parece plausible hacer tal cosa. Cuando un tribunal descalifica el juicio de esa mayoría, afecta a la democracia. El hecho de que la Constitución objeto de garantía esté más intensamente vinculada al pueblo que una ley ordinaria no altera esta conclusión. Pues es un tribunal quien está interpretando la norma suprema —un órgano menos próximo a la voluntad popular que el parlamento—

⁷¹ **Ibid.**

⁷² **Ibid.** Pág. 56.



Si se atribuyera a un monarca la potestad de fiscalizar, a la luz de la Constitución, leyes elaboradas por una asamblea elegida por el pueblo, no sería suficiente con invocar el origen popular de esa Constitución para desmontar la objeción de quienes estuvieran en contra de que el monarca tuviera esa potestad.

García Amado manifiesta que: “Las cosas serían distintas, naturalmente, si la Constitución hablara en términos claros, a través de reglas relativamente específicas, de modo que el control de constitucionalidad pudiera ser una actividad relativamente mecánica. En tales circunstancias, se podría sostener que, gracias al control judicial, la expresión más genuina de la voluntad popular (la Constitución) logra prevalecer frente a la expresión más atenuada de esa voluntad (la ley). Pero el catálogo de derechos que encontramos en la mayoría de constituciones recoge principios abstractos de moralidad política, cuya interpretación es controvertida”.⁷³

En este sentido, se entiende que la teoría seguida en los Estados Unidos por los autores “originalistas” persigue el objetivo de transformar el catálogo abstracto de derechos en un conjunto de reglas más específicas. Los originalistas, en efecto, sostienen que los jueces deberían interpretar la Constitución de acuerdo con la intención de los *framers* (es decir, los miembros de las convenciones que redactaron y ratificaron el texto constitucional, así como las reformas posteriores).

Si se reconoce a los constituyentes la autoridad para adoptar y reformar la Constitución, argumentan estos autores, su intención debe ser tomada en cuenta a la

⁷³ García Amado, Juan Antonio. **Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas**. Pág. 179.



hora de interpretar el texto. Los originalistas piensan que si los jueces de desvían de esa intención histórica, ya no son fieles intérpretes de la Constitución, y se convierten en políticos que imponen sus preferencias a la mayoría legislativa.

Ahora bien, ¿cómo hay que leer las intenciones de los constituyentes? Los originalistas tienden a preferir las intenciones más específicas frente a las más abstractas. Así, la Constitución de los Estados Unidos anuncia el derecho a la “igual protección de las leyes” (Enmienda 14), pero este principio abstracto, según ellos, debe ser leído como una referencia indirecta a un conjunto más específico de reglas acerca de la igualdad, reglas que los “framers” tenían en mente cuando redactaron esa cláusula.

García Amado manifiesta: “La estrategia originalista fracasa, sin embargo, por una serie de razones bien conocidas. En primer lugar, no es fácil excavar en los materiales históricos para extraer la intención de los constituyentes. En segundo lugar, la Constitución fue elaborada por un grupo heterogéneo de personas, cuyas intenciones específicas era divergentes: se pusieron de acuerdo en un texto, pero las razones que les llevaron a apoyar el texto, y sus expectativas acerca de sus efectos para controversias jurídicas futuras, no fueron siempre coincidentes. En tercer lugar, las intenciones de los constituyentes pueden ser apreciadas en niveles de especificidad distintos. Los originalistas, como hemos visto, rechazan la intención abstracta que viene sugerida por el lenguaje del propio texto (“derecho a la igualdad”, por ejemplo), pero poder debajo de este nivel abstracto, existen distintos grados de especificidad entre los que elegir. Los originalistas no suministran ninguna razón para detenerse en un



determinado nivel de especificidad en lugar de otro. Su concreta elección es arbitraria”.⁷⁴

Pero incluso si todas estas dificultades con las que topa el originalismo fueran superadas, existe una objeción más profunda en contra de un modelo de Constitución que impone restricciones muy específicas (en materia de derechos) a las mayorías legislativas actuales. Aunque se considere que la Constitución, en su momento, reflejó la voluntad popular de manera más genuina que las leyes ordinarias, el paso del tiempo diluye esta superioridad democrática. ¿Por qué deberían los representantes políticos de la generación actual respetar las reglas específicas en materia de derechos que fueron establecidos por una generación pasada, que ya ha abandonado la escena política?

Este problema intergeneracional no es grave, manifiesta Alexy: “cuando los principios establecidos en el pasado son relativamente abstractos, pues éstos son susceptibles de renovadas interpretaciones a lo largo del tiempo. Pero cuando las cláusulas constitucionales son leídas como la expresión de las concepciones específicas que prevalecieron en una etapa ya superada, la objeción intergeneracional cobra mayor fuerza”.⁷⁵

Concluye Ferreres que: “Los originalistas pueden replicar que siempre es posible reformar la Constitución. Si los ciudadanos no están de acuerdo con las conclusiones a

⁷⁴ **Ibid.** Pág. 185.

⁷⁵ Alexy, Robert. **Teoría del discurso y derechos constitucionales.** Pág. 77.



las que llegan los jueces cuando extraen reglas específicas de la Constitución a través del método originalista, siempre pueden modificar la Constitución. Pero esta réplica no es convincente. Primero, porque la reforma constitucional solo es posible a través de un procedimiento muy costoso. En segundo lugar, si la reformabilidad de la Constitución fuera un elemento suficiente para legitimar el control de constitucionalidad llevado a cabo por los jueces según el método originalista, también sería entonces suficiente para legitimar el control judicial realizado a través de métodos no-originalistas. En ambos casos, siempre se podría argumentar que los ciudadanos pueden modificar la Constitución. Si no les gustan los resultados a los que llegan los jueces al interpretarla”.⁷⁶

3.5. ¿Es democrático el poder judicial?

Una tercera estrategia para minar la premisa mayoritaria, de la que extrae su fuerza la objeción democrática en contra del control de constitucionalidad, apela a las virtudes intrínsecas del proceso judicial. Lawrence Sager, citado por Ferreres,⁷⁷ presenta una interesante teoría, la cual, por su amplitud, se hace referencia de forma descriptiva, no literal, una vez citada la fuente bibliográfica: Sager acepta que la democracia significa que los ciudadanos pueden participar como iguales en el proceso de deliberación pública acerca de sus derechos. Pero considera que la democracia presenta dos facetas o modalidades.

⁷⁶ Ferreres. **Op. Cit.** Pág. 54-55.

⁷⁷ **Ibid.** Págs. 55-58.

La primera de ellas es la electoral: los ciudadanos participan como iguales en la medida en que pueden votar con igualdad a sus representantes políticos. La otra modalidad de participación es deliberativa: consiste en que los intereses y los derechos de cada persona son tenidos en cuenta con rigor por quienes ejercen la autoridad. Explica Sager que todo miembro de la comunidad tiene derecho, de acuerdo con esta idea, a que quienes deliberan valoren su pretensión en sus propios méritos, sin importar el número de votos que están detrás de él, la cantidad de dólares que puede utilizar en su favor, o el grado de influencia que tenga en la comunidad.

Sager sostiene que las asambleas legislativas son el mejor foro para articular la modalidad electoral de participación democrática, mientras que los tribunales de justicia constituyen el mejor foro para la modalidad deliberativa. Cualquier persona puede acudir a los tribunales y articular una pretensión institucional, aunque pertenezca a un grupo generalmente despreciado. Lo que importa es la fuerza de su argumento a los ojos de los jueces. Si no tiene éxito, tiene derecho a obtener una motivación de por qué se considera infundada su pretensión.

En opinión de Ferreres, la tesis de Sager resulta interesante, y obliga a enriquecer la visión de las distintas virtudes intrínsecas que cabe apreciar en los procesos políticos y judiciales, desde un punto de vista democrático. Además, suministra un motivo para censurar los sistemas de justicia constitucional (como el francés) en lo que no se reconoce legitimación activa a los individuos para impugnar una ley (ni directa ni indirectamente), sino que la legitimación se reserva en exclusiva a determinados órganos estatales (o fragmentos de órganos, como una minoría parlamentaria).



Es importante realizar un adecuado balance de las dos formas de participación democrática que Sager distingue. La modalidad deliberativa no puede reemplazar o marginar en exceso a la modalidad electoral. La democracia no consiste únicamente en que la voz de uno sea escuchada de verdad por los demás. Es también parte de la democracia el que uno pueda participar en la toma de decisiones, una vez se cierra la etapa deliberativa.

Los tribunales pueden ser mejores que las asambleas legislativas a la hora de valorar con cuidado los argumentos expuestos por un ciudadano, y de darles respuesta de manera justificada. Pero cuando se trata de decidir finalmente, una vez se ha clausurado el debate, los tribunales exhiben un déficit democrático en comparación con las asambleas legislativas. Mientras que los ciudadanos participan indirectamente en el proceso legislativo, al elegir periódicamente a sus representantes, los tribunales, en cambio, están protegidos frente a las presiones populares, y no están sujetos a elecciones periódicas.

Sager reconoce que no sería democrática una sociedad en la que no hubiera un amplio espacio para la modalidad electoral de participación. Pero, cuando trata del control de constitucionalidad, parece dar un peso excesivo a la modalidad deliberativa. Se hace una suposición en la que, dice Sager, que el Reino Unido y los Estados Unidos respetaran en igual grado los principios fundamentales de justicia.

Si la única diferencia existente fuera que en el Reino Unido no hay *judicial review*, mientras que esta institución está presente en los Estados Unidos, ¿se diría que este



es un país menos democrático que el primero? La respuesta de Sager es que, al contrario, los Estados Unidos serían un país *más democrático* que el Reino Unido, porque un Estado democrático se enriquece en moneda democrática como consecuencia de la inclusión de la justicia constitucional en su entramado de instituciones estatales.

A decir de Ferreres, esta conclusión resulta exagerada. Una cosa es desatacar las virtudes democráticas del proceso judicial en términos de deliberación. Otra muy distinta es creer que esas virtudes tienen tanto peso como para neutralizar el costo que el control judicial significa desde un punto de vista electoral. Se hace esta vez la suposición, que en una comunidad pequeña la reina tiene el poder de legislar, pero solo tras sopesar cuidadosamente los argumentos manifestados por los diversos ciudadanos, y solo tras darles respuesta por escrito.

Hay que suponer que Sager reconocería que cualquier ventaja en términos de participación deliberativa sería insuficiente para compensar el hecho de que es la reina, y no el Parlamento elegido por el pueblo, quien aprueba las leyes en esta comunidad imaginaria. Este ejemplo extremo dice Ferreres, sugiere que la dimensión electoral de la igual participación tiene una fuerza *especial* dentro del universo de las virtudes democráticas. Las virtudes de la modalidad deliberativa de participación son importantes, según señala Sager con razón, pero son insuficientes para extinguir esa fuerza especial.



Como se puede inferir de lo expuesto en este capítulo, el argumento democrático contra el control de constitucionalidad de las leyes tiene fundamentos muy serios como para tomarlo a la ligera, pero la idea de la confrontación de ideas o debate, tiene la finalidad de acercarse a la verdad como criterio objetivo o pauta de acción para fortalecer la libertad y la democracia, por lo que hay que buscar una respuesta adecuada y lógica a la objeción democrática.



CAPÍTULO IV

4. La propuesta del constitucionalismo popular

4.1. El movimiento

El constitucionalismo popular es, en la versión de uno de sus fundadores: “(...) una teoría constitucional que desarrolla la observación de Rousseau sobre la democracia representativa, según la cual el pueblo de Gran Bretaña era libre al momento de emitir su voto para elegir al parlamento para después pasar a ser esclavo”.⁷⁸ Así, el constitucionalismo popular, según Tushnet, se pregunta hasta dónde llega esa esclavitud en el período que va de una elección a otra una vez que se adopta una constitución diseñada para regular en forma permanente, tanto los procedimientos para legislar como la substancia de lo que el parlamento puede decidir.

Es cierto, afirma Tushnet, que teóricamente el poder constituyente que estableció una constitución siempre está disponible para redefinir la arquitectura y los derechos constitucionales. Sin embargo, para los partidarios del constitucionalismo popular esta disponibilidad teórica del poder constituyente no trae aparejada un arreglo institucional que permita su ejercicio regular.

En opinión de Tushnet, tal y como se ha desarrollado en los Estados Unidos, el constitucionalismo popular ha sido en su mayoría un ejercicio no teórico, o más bien

⁷⁸ Tushnet, Mark. **Prefacio**. En: **El constitucionalismo popular en Latinoamérica**. Pág. 9.



antiteorético, basado en estudios históricos y en alusiones a sus posibilidades. Esta aproximación es compatible con la orientación pragmática de la teoría del derecho norteamericana. Sin embargo, en la medida en que investigadores de otros países se interesan por la idea del constitucionalismo popular, se avizora una teorización más profunda construida sobre diferentes tradiciones jurídicas.

Como uno de los fundadores de la teoría contemporánea del constitucionalismo popular, Tushnet afirma que: "(...) un siguiente paso importante radica en identificar mecanismos institucionales que permitan el ejercicio regular de la soberanía popular, o dicho de otra manera, mecanismos a través de los cuales el poder constituyente pueda ejercerse de manera más o menos regular sin necesidad de contar con el espasmódico compromiso de los momentos constitucionales ackermanianos, que descansan en la creación de asambleas constitucionales formales".⁷⁹ La academia en los Estados Unidos sugiere algunas posibilidades para dicho fin. Tushnet en su ensayo la divide en: mecanismos populares para reformar –una por una– disposiciones constitucionales específicas, y mecanismos populares que sirven para sustituir una constitución por otra.

El primer y más importante mecanismo, sugiere Tushnet, es la movilización popular a través de los movimientos sociales. Los movimientos sociales afectan a la constitución de manera directa e indirecta. De forma directa, estos pueden ser la causa de la movilización política a favor de una reforma constitucional formal que se valga de los procedimientos de reforma establecidos en la constitución.

⁷⁹ Ibid.



En este caso, las reformas son populares, no solo por su legitimidad formal y por el hecho de que, en muchos países, sean aprobadas por mayorías reforzadas, sino también porque son el producto de una movilización social. Pero los movimientos sociales también pueden repercutir indirectamente en la constitución influyendo en la manera en que los jueces de la corte constitucional la interpretan. Así, dice Tushnet que, se puede decir que: “(...) cuando la corte constitucional re-interpreta la constitución esta ha sido reformada informalmente”.⁸⁰

Otra línea de investigación importante para el movimiento del constitucionalismo popular, tiene que ver con el papel que juegan los liderazgos en los movimientos sociales, sobre todo el liderazgo interesado por las normas legales. En palabras de Tushnet: “(...) en pocas ocasiones los movimientos sociales constituyen el levantamiento espontáneo del pueblo como un todo. Más bien son alimentados por líderes cuyo interés por la movilización legal podría ser explicada por la academia en un futuro”.⁸¹

Según Tushnet, la cuestión del liderazgo es importante en conexión con otros mecanismos secuenciales de constitucionalismo popular. Dichos mecanismos incluyen sondeos de opinión tras un proceso deliberativo como los propuestos por James Fishkin (*Cuando la gente habla: democracia deliberativa y consulta pública*, 2009) y otros; las audiencias públicas en la Corte Federal Suprema de Brasil y las consultas públicas implementadas en este mismo país para aprovechar –y generar– el apoyo

⁸⁰ *Ibid.* Pág. 10.

⁸¹ *Ibid.*



popular para una reforma constitucional. De nueva cuenta, estos sondeos de opinión, audiencias y consultas no solo suceden, sino que son implementados a través de mecanismos formales que se hacen valer en circunstancias que merecen un examen atento.

Las sesiones públicas y las consultas se encuentran en una punta del espectro ya que requieren de la presencia física de la gente en uno o varios lugares determinados. En la otra punta están las asambleas virtuales, posibles gracias a Internet, que permite consultar a la gente.

Diseñar mecanismos para el ejercicio efectivo de la soberanía popular a través de esta herramienta, dice Tushnet, es otra importante tarea para los partidarios del constitucionalismo popular. Así, por ejemplo, llevar a cabo sondeos de opinión y consultas a través de Internet que dan a los ciudadanos comunes la oportunidad de obtener información de diversas fuentes e intercambiar puntos de vista con personas que en un principio no parecen tener mucho en común, impone retos importantes de diseño institucional.

Otra versión del constitucionalismo popular, se refleja en el cambio constitucional que tiene como fuente a las masas, aunque en este caso también surgen problemas. Determinar cómo agregar todas las propuestas de la masa, o cuáles descartar y cuáles desarrollar, requiere la opción por algún tipo de diseño institucional. En algunas ocasiones, las decisiones serán tomadas por las élites, como la legislatura de turno. En otras, como lo manifiesta Tushnet, los científicos sociales pueden desarrollar



ingeniosos algoritmos para la selección y agregación de estas sugerencias. Sin embargo, incluso contando con dicho liderazgo o con los algoritmos, este tipo de cambios constitucionales pueden crear problemas cuando no son compatibles con la constitución existente o con otros cambios constitucionales generados de forma similar por la multitud.

Afirma Tushnet que la idea de cambios constitucionales cuya fuente son las masas trae consigo la posibilidad de hablar de mecanismos de constitucionalismo popular totalmente sustitutivos. Señala Tushnet que Islandia llevó a cabo una revisión constitucional exhaustiva de este tipo durante el año 2013. Aun cuando las condiciones de Islandia son inusuales: una población pequeña y una élite política completamente desacreditada por los eventos recientes, la experiencia de ese país merece la atención de los interesados en el constitucionalismo popular.

4.2. La objeción

¿Cuál es el debate que propone el constitucionalismo popular? En opinión de Gargarella: “El debate acerca del papel que le corresponde al pueblo en la discusión y decisión de los asuntos constitucionales –es decir, el papel del pueblo en la discusión y decisión de los temas públicos más relevantes relacionados con la organización de la vida en común”.⁸²

⁸² Gargarella, Roberto. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes.** En: **Control constitucional y activismo judicial.** Pág. 287.



Según Gargarella, el constitucionalismo popular no puede verse de ningún modo como un todo compacto y uniforme. Sin embargo, todos aquellos que se han vinculado con esta forma de pensar el constitucionalismo, consideran que el pueblo debe recuperar o pasar a ocupar un lugar central o más central en la vida constitucional de sus propias comunidades.

Semejante inquietud no representa una simple pretensión más entre las muchas que circulan dentro del constitucionalismo. Se trata de una pretensión que busca poner en cuestión muchos de los principios más asentados o tradicionales dentro del constitucionalismo. De un modo u otro, el constitucionalismo popular invita a pensar de nuevo sobre el papel jugado por la ciudadanía en la historia constitucional (asumiendo que esa historia ha sido contada de un modo que ha opacado su presencia e influencia efectivas); así como a reflexionar sobre la conocida *dificultad contramayoritaria*; y sobre la pregunta acerca de quién debe quedarse con *la última palabra* en asuntos de primordial interés público; sobre las relaciones debidas entre los poderes políticos y el poder judicial; o sobre el papel que efectivamente tiene e idealmente debiera tener la ciudadanía en el control de los asuntos que más le interesan.

En definitiva, opina Gargarella que, el constitucionalismo popular nos interroga frontalmente acerca de los temas más cruciales referidos a la relación constitucionalismo-democracia.

Dada la obvia relevancia de las cuestiones recién citadas, no debiera resultar necesario hacer un esfuerzo argumentativo mayor para señalar el valor propio de las discusiones



propuestas por el constitucionalismo popular. Sin embargo, Gargarella expresa que “(...) sí tiene sentido señalar por qué es que estas discusiones resultan relevantes también, de modo especial, en América Latina”.⁸³

No obstante, continúa Gargarella, algunos podrían decir lo contrario. Son varias, en efecto, las razones que podrían alegarse para desestimar el valor de un emprendimiento como el que se acomete. Alguien podría decir, por caso, que las discusiones que propone el constitucionalismo popular refieren a discusiones nacidas en, y muy propias de, el contexto norteamericano. Otros podrían señalar, por caso que, en América Latina, las controversias sustantivas que resultan relevantes son las que involucran a los poderes fácticos, y no a los poderes constitucionales. Otros más podrían decir que, dentro de la estructura constitucional latinoamericana, el único análisis que realmente importa, es el relacionado con el Poder Ejecutivo –indudablemente el *primus inter pares* (el primero entre iguales) del sistema constitucional regional–.

En esa misma línea, pero con más agudeza, alguno podría decir, también, que el tipo de soluciones institucionales que el constitucionalismo popular suele proponer (típicamente, quitarles *la última palabra* a los tribunales, resultan poco interesantes, para un contexto agobiado por problemas mayúsculos, como lo es el latinoamericano. En opinión de Ferreres: “La cuestión nuclear que plantea el constitucionalismo popular se refiere al *desacople entre derecho y pueblo*. Es decir, el constitucionalismo popular está urgiendo a pensar otra vez, y a pensar mejor, sobre la mayúscula, amplia y

⁸³ Gargarella, Roberto. *¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América latina?* Pág. 14.

profunda brecha que se advierte entre el derecho con el que contamos, y las comunidades sobre las cuales ese derecho se aplica”.⁸⁴

Gargarella, expresa que: “Hoy como nunca podemos reconocer de qué modo, cuando habla el derecho, una amplísima mayoría de nuestra población no se ve representada por el mismo, no se reconoce en el mismo. La ciudadanía escucha al derecho y no encuentra su propia voz en esa voz que escucha. Si eventualmente lee al derecho, no lo entiende; y si se le traducen sus contenidos tiene razones para rechazarlos, para no sentirse identificada con ellos. El derecho no suele ser lo que Rousseau soñaba que fuera, es decir, un espejo en donde la sociedad puede mirarse y verse a sí misma reflejada. Más bien, el derecho suele ser demasiadas veces, para demasiada gente, lo contrario de ello, generando situaciones de alienación legal, más que de autorrealización colectiva”.⁸⁵

Este tipo de problemas de disociación o desacople entre derecho y comunidad, no solo existen en América Latina, dice Gargarella, sino que encuentran en la región una relevancia muy particular (y no a la inversa, como sostienen quienes consideran que el problema en cuestión es un problema norteamericano). Ello así, al menos, por dos razones. En primer lugar, porque en América Latina, a diferencia de los que ocurre en los Estados Unidos, el derecho (y muy en particular las decisiones de nuestros tribunales superiores) no es objeto de un continuo escrutinio público, sobre todo a través de la prensa masiva y los medios especializados.

⁸⁴ Ferreres, Víctor. **Op. Cit.** Pág. 58.

⁸⁵ Gargarella, Roberto. **Op. Cit.** Pág. 185.



El hecho de que los medios de comunicación o las Universidades tomen a los fallos judiciales como objeto cotidiano de análisis –*una decisión motivada también, finalmente, por la presencia de una cierta demanda social al respecto*– hace que en los Estados Unidos el derecho quede sujeto a algunos controles mayores, que en última instancia permiten el tendido de frágiles y dificultosos lazos entre derecho y comunidad, una situación que lamentablemente es mucho menos habitual en América Latina.

La segunda razón, dice Gargarella, que muestra por qué los problemas en cuestión son particularmente relevantes para Latinoamérica tiene que ver, obviamente, con la desigualdad extrema que padece la región, en todas sus esferas –desigualdad política, económica, social, cultural–. Dicha desigualdad tiende a traducirse, naturalmente, en un derecho también desigual y, podríamos agregar, cada vez más desigual.

En la región, seguramente más que en otros contextos, la creación, interpretación y aplicación del derecho tiende a quedar en manos de élites minúsculas, normalmente desvinculadas de los intereses y necesidades de la colectividad. El resultado de todo ello es, obviamente, un derecho producido de elites, normalmente en beneficio propio, aunque ejercido en nombre de todos los miembros de la comunidad.

En contextos como los descritos, concluye Gargarella, debiera ser claro, el cuestionamiento al derecho desvinculado de la comunidad, tanto como la discusión relacionada con cómo recuperar un papel decisivo para la ciudadanía en la creación y gestión del derecho, no pueden resultar sino cruciales.



4.3. Argumentos

El propósito de este apartado es exponer las tesis principales de una de las teorías constitucionales norteamericanas que más fuerza ha cobrado en los últimos años y que ha sido poco explorada en nuestro entorno, esta es, el constitucionalismo popular. El atractivo de esta escuela radica en su utilidad para repensar críticamente la inclinación por algunos aspectos del constitucionalismo europeo de la postguerra, particularmente, la supremacía judicial y el desdén hacia los movimientos sociales como generadores de sentido constitucional. Pues como ha puesto de manifiesto Pisarello,⁸⁶ este constitucionalismo ha reconvertido el principio democrático en un mecanismo de selección de élites que, cada vez más, deja de lado los procesos de comunicación pública no-organizados.

Niembro Ortega, manifiesta que: “El constitucionalismo popular es una propuesta norteamericana que surgió a raíz del activismo conservador del *Tribunal Rehnquist* (refiriéndose al Presidente del Tribunal Supremo de Los Estados Unidos de América, William Rehnquist, a cuyo período como Presidente de dicho Tribunal se le conoció con ese nombre, fallecido en el año 2005, el Juez Rehnquist fue una de las voces más conservadoras de la Corte Suprema norteamericana) que, según los partidarios del movimiento, rompió con el acomodo que existía entre el activismo constitucional del pueblo y la revisión judicial a partir del *New Deal*.”

⁸⁶ Pisarello, Gerardo. **Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático.** Págs. 129-130.



Este reparto del trabajo había sobrevivido incluso a tribunales tan activistas como los de Warren y Burger, pues aun cuando el primero de estos había decidido un caso tan paradigmático de la supremacía judicial como *Cooper v. Aaron*, en otras ocasiones como *Katezenbach v. Morgan* había incentivado la participación y el diálogo con el Congreso para determinar el contenido de la Constitución”.⁸⁷

Así, aun cuando el constitucionalismo popular es una respuesta a una manifestación concreta del ejercicio jurisdiccional en Los Estados Unidos de América, algunos de sus planteamientos son útiles en el contexto latinoamericano, en tanto pone en cuestión el papel de los jueces como principales intérpretes de la Constitución y reivindica el rol del pueblo en dicho carácter. Entre sus principales expositores encontramos a Mark Tushnet, Larry Kramer, Robert Post, Reva Siegel y Barry Friedman, aunque no todos los autores suscriben las mismas tesis, e incluso las ideas de un mismo autor pueden ser confusas y ambiguas.

4.4. Génesis del movimiento

En términos generales el constitucionalismo popular se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la visión elitista según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales, aunque no todos los partidarios de este movimiento necesariamente son “anti-Corte” o “anti-control judicial”. El punto es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una tarea colectiva, cuyo protagonista es el pueblo. Es popular, nos dice Tushnet: “...porque distribuye

⁸⁷ Niembro Ortega, Roberto. *¿Qué es el constitucionalismo popular?* Pág. 4.



ampliamente la responsabilidad sobre la Constitución y refuerza el papel de la gente en su interpretación”.⁸⁸

En palabras de Kramer: “El papel del pueblo no está limitado a actos ocasionales de creación constitucional, sino a un control activo y continuo sobre la interpretación e implementación de la Constitución, sin que el Tribunal Supremo pueda monopolizar la interpretación de la misma”.⁸⁹ No basta, dice el profesor de Stanford: “(...) con que el pueblo pueda crear derecho constitucional a través del proceso de reforma, sino de reivindicar su papel como intérprete constitucional”.⁹⁰

El problema principal que Kramer encuentra a la supremacía judicial: “(...) es el desincentivo que provoca en los ciudadanos para argumentar sobre cuestiones constitucionales”.⁹¹ Para el autor, la supremacía judicial es un principio ideológico que lleva a los ciudadanos a pensar que no pueden contradecir a los jueces del Tribunal Supremo. En esta lógica, no se puede refutar la interpretación del Tribunal si primero no sentimos que tenemos el derecho a hacerlo. Y esto suele ser así: pues se acepta que la última palabra interpretativa la tiene el tribunal y el único medio para modificar sus criterios es cambiando su composición.

De esta manera, se impregna la forma en que los jueces conciben su función, cómo deciden los casos y escriben sus opiniones; cambia la forma en que los políticos, la

⁸⁸ Tushnet, Mark. **Apartando la constitución de los tribunales**. Pág. 108.

⁸⁹ Kramer, Larry. **Constitucionalismo popular**. Pág. 92.

⁹⁰ Kramer, Larry. **Anti-populismo enmascarado**. Pág. 73.

⁹¹ **Ibid.** Pág. 83.



prensa y otros actores internalizan los fallos del tribunal, haciendo que sus efectos vayan más allá del caso particular. En suma, el monopolio judicial sobre la Constitución se ha pintado como algo inexorable e inevitable, como algo que fue pensado para ser así y que nos salva de nosotros mismos.

Por el contrario, afirma Tushnet: “el constitucionalismo popular reconoce que el debate popular sobre la Constitución se lleva a cabo con independencia de las interpretaciones judiciales o incluso en su contra”.⁹² La Constitución obliga a todos los poderes de gobierno, sin que ninguno –incluido el poder judicial– tenga alguna autoridad especial sobre ella. Si los jueces pueden interpretarla no es porque tengan cualidades específicas que los hagan más aptos para dicha tarea o porque les corresponda hacerlo en exclusiva, sino porque la Constitución los obliga como a cualquier otro. Según esta visión, el poder judicial es una agente más del pueblo cuya tarea es ser un líder de opinión, sin imponer una única visión.

En efecto, una de las batallas del constitucionalismo popular es acabar con la idea de que los jueces hacen un mejor trabajo que el resto de nosotros, al interpretar la Constitución. En primer lugar, porque, como afirma Kramer: “no hay evidencia de que los jueces hayan hecho mejores interpretaciones, e incluso en el caso de Los Estados Unidos, se puede decir que el debate legislativo sobre cuestiones como los derechos de los homosexuales, el aborto, la discriminación racial, etc., estuvo más enfocado de cuestiones sustantivas que el de los tribunales”.⁹³ Pero también, porque los jueces, son

⁹² Tushnet, Mark. **Op. Cit.** Pág. 115.

⁹³ Kramer, Larry. **Op. Cit.** Pág. 80.



jueces y no filósofos o académicos, enfocados más en cuestiones técnicas de legalidad.

En cualquier caso, el hecho es que los cultivadores del constitucionalismo popular no quieren decir que la interpretación del pueblo sea la única, ni siquiera la mejor, sino recordarnos que tanto el pueblo como los jueces se pueden equivocar. De este modo, la orientación por uno u otros atiende a la visión que se tenga de la función de los jueces y de la capacidad de la gente para interpretar la Constitución, y no en una supuesta predisposición de los jueces para hacer mejores interpretaciones.

Así, se puede considerar a la gente como puramente emotiva, ignorante y limitada, en contraposición con una élite informada, atenta e inteligente, en cuyo caso los jueces serán los únicos intérpretes constitucionales, de manera que cuando dicen lo que es el derecho se termina la discusión. Por el contrario, puede considerarse a los ciudadanos como sujetos capaces de deliberar y gobernarse a sí mismos y otorgar a los jueces la facultad de interpretar la Constitución, pero sin que ello afecte la posibilidad de que también se haga fuera de los tribunales.

De esta forma, se encuentra por un lado a quienes son pesimistas y temerosos de lo que el pueblo podría producir y por ello establecen garantías e extras; por el otro, a quienes tienen mayor fe en la capacidad de los ciudadanos para gobernarse responsablemente, sin que los riesgos que ello implica sean suficientes para



controlarlos por medios no democráticos. La opción por unos u otros medios manifiesta Kramer: “es una decisión del pueblo”.⁹⁴

Ahora bien, si el pueblo desea conservar la última palabra ello implica oponerse a los jueces que la quieren para sí mismos; reprender a los políticos que insisten en que se debe rendirse sumisamente ante lo que los Tribunales decidan y rechazar la idea de que el derecho constitucional es una tarea muy compleja o difícil para los ciudadanos comunes, pero sobre todo insistir en que los Tribunales están al servicio del pueblo y no nuestros maestros.

Tushnet va más allá. Para este autor: “Los argumentos que suelen asumirse en defensa del control judicial no son convincentes (que la Constitución se respeta y se cumple en mayor medida gracias a los tribunales), por lo que propone su erradicación”.⁹⁵ En efecto, para el profesor de Harvard esta es una creencia indefendible, pues los tribunales también cometen errores y, en esa medida, resulta necesario plantearse la posibilidad de que la gente logre la protección de los derechos a través de la política, quitando la Constitución de las manos de los jueces.

Para Tushnet, no es que el control judicial sea insignificante, sino que la diferencia que hace es bastante limitada. Sin bien acepta que dicha institución sería adecuada para proteger las precondiciones de un derecho constitucional popular: a) el derecho al voto; b) la posibilidad de criticar al gobierno; y c) la privacidad; así como para hacer frente a

⁹⁴ **Ibid.** Pág. 115.

⁹⁵ Tushnet, Mark. **Op. Cit.** Pág. 131.



injusticias extremas, considera que en la práctica sería imposible reducir a tal punto la tarea de los jueces. De ahí que de un balance de los beneficios que otorga el control judicial se incline por su erradicación.

En una posición contraria, los críticos del constitucionalismo popular consideran que deshacerse del control judicial o de la supremacía judicial reduciría dramáticamente, si no es que eliminaría la protección de las minorías. Más allá de la plausibilidad de esta tesis, no debe perderse de vista que los partidarios del movimiento, no están propugnando por un sistema sin restricciones institucionales que hagan más racional a la política, como puede ser la separación de poderes, el bicameralismo, el poder de veto, etc., sino de distinguir entre controles que son directamente responsables ante el pueblo y los que no, como es el control constitucional con supremacía judicial.

En opinión de Ferrajoli: "Otra de las características que distingue a la corriente en estudio es la forma de entender la relación entre política y derecho, pues para esta ni la primera es mera voluntad y decreto ni el segundo pura racionalidad. Ambos se requieren recíprocamente y son fases distintas de un proceso social más largo e inclusivo. La Constitución es su punto de confluencia y por ello es que se yergue como una norma jurídico-política y no solo jurídica. Tratarla de esta última forma ha hecho creer erróneamente a los jueces y abogados que su interpretación les corresponde en exclusiva.

Es que para los populares la Constitución va más allá de los confines de lo legal. De esta manera, pretenden terminar con la distinción entre una Constitución en la que



rigen los principios y sobre la que el tribunal manda, y una política no principalista donde rigen las meras preferencias mayoritarias. Al contrario buscan una política orientada por los principios de la Declaración de Independencia y un derecho constitucional que tome en cuenta lo legal y lo político”.⁹⁶

Esta concepción de la política y el derecho, se extiende también a la visión que los partidarios del movimiento tienen sobre los derechos fundamentales y del Tribunal Supremo. Para ellos la falta de acuerdo sobre el contenido de los derechos, que es una cuestión política y no son erradicados por el Tribunal Supremo, nos impide considerarlos como la única razón de las constituciones, siendo la política la que en última instancia determina el nivel de protección de nuestros derechos.

Pero, además, dicen por qué no se puede desconocer que los jueces constitucionales son parte y están determinados por el sistema político, el cual estructura al Tribunal y configura la interpretación que hacen de la Constitución. Por lo que si se quiere que la Constitución signifique algo para los ciudadanos, lo que se tiene que hacer es ser políticamente activos, pues dependiendo de la participación política es que se establecen las condiciones bajo las cuales operan los políticos y en las que el Tribunal actúa.

Kramer aclara que: “Esto no significa que la Constitución no sea vinculante o que los límites que impone no deban ser cumplidos, sino que los poderes políticos y la

⁹⁶ Ferrajoli, Luigi. **Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción.** En: **Reforma judicial.** Revista mejicana de justicia. Pág. 5.



comunidad en general también pueden interpretarla”.⁹⁷ En ese sentido, para poder conjugar la construcción político-popular de la Constitución con la revisión judicial, es necesario reconocer que el pueblo y las otras ramas de gobierno tienen la misma autoridad para desentrañar su significado, así como la existencia de otros espacios de deliberación constitucional.

En otras palabras, se trata de reconocer que hay cuestiones constitucionales que se dejan al espacio de la política y que la política entra por las ventanas del Tribunal Supremo. Esto no es una tarea fácil, pues ambos principios (política y revisión judicial) podrían abarcar por sí mismos todo el espectro deliberativo.

En suma, el constitucionalismo popular está basado en las ideas de que todos deben participar en la configuración del derecho constitucional a través de las acciones políticas, otorgar un papel central a la ciudadanía en la interpretación de la Constitución, desacraliza las visiones dominantes sobre el impacto de las decisiones de los tribunales, muestra la forma en que la sociedad influye, reconstruye y a veces socava el valor de las decisiones judiciales; impulsa una mayor participación en las estructuras políticas y económicas, y defiende una mirada departamentalista del control de la Constitución, según la cual ninguna rama del poder tiene el derecho de arrogarse la supremacía sobre las otras.

⁹⁷ Kramer, Larry. **Op. Cit.** Pág. 120.



4.5. Constitucionalismo democrático

Para esta vertiente del constitucionalismo popular, representada por Post y Siegel: “La legitimidad de la Constitución radica en la habilidad que tiene para ser reconocida por los ciudadanos como su Constitución. Esta forma de concebir el constitucionalismo está sustentada por tradiciones de activismo popular que autorizan a los ciudadanos a presentar reclamos sobre el significado de la Constitución y a oponerse al gobierno cuando consideren que no las respeta. En este proceso los tribunales juegan un papel jurídico-político que les es atribuido constitucionalmente”.⁹⁸

En efecto, para Post y Siegel el Tribunal Supremo es un posible colaborador de las instituciones democráticas en la construcción del significado constitucional, así como un catalizador del constitucionalismo popular. La relación entre jueces constitucionales y democracia no es de suma cero, pues lo primeros pueden fortalecer a la segunda. Así como los compromisos constitucionales de la gente están inspirados y sustentados por el derecho constitucional creado por los tribunales, ese derecho está inspirado y sustentado por dichos compromisos.

En este sentido, se separa de Tushnet al otorgar un papel más significativo al poder judicial, no necesariamente excluyente del constitucionalismo popular. De hecho, para Post y Siegel alguna forma de autoridad final de los jueces es necesaria para el Estado de derecho, pues aunque reconocen que existe una tensión y conflicto entre la

⁹⁸ Post, Robert C.; Siegel, Reva B. **Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial**. Pág. 92.



supremacía judicial y el constitucionalismo popular, la democracia requiere que las condiciones sean garantizadas por los jueces con el fin de que los ciudadanos puedan participar en la deliberación. El punto es encontrar un equilibrio entre ambos.

De cualquier modo, los ciudadanos no tienen por qué aceptar sin reparos las decisiones judiciales (es decir, ser sujetos pasivos), ya que el debate popular sobre la Constitución infunde las memorias y los principios de la tradición constitucional, que no serán desarrollados si la ciudadanía fuera pasiva ante las decisiones judiciales. Y es que se concibe al constitucionalismo popular como un mecanismo mediador entre el derecho constitucional y la cultura.

Los ciudadanos dicen Post y Siegel: "Son autores del derecho y así deben sentirse. Las creencias democráticas sobre la Constitución autorizan y otorgan autoridad a los ciudadanos para argumentar sobre su sentido, aun cuando difieran de la interpretación judicial. Lo que buscan es generar una serie de actitudes y prácticas que provoquen y sostengan el involucramiento de la gente en cuestiones constitucionales. En este sentido, su propuesta teórica busca dar cuenta de los diferentes espacios, prácticas y medios por los que se lleva a cabo la disputa constitucional, los que según ellos, son insignificantes para la teoría tradicional; la cual, al desconocer el papel de la gente, apoya tácticamente la supremacía judicial".⁹⁹

Con ello no quieren decir que la gente o los otros poderes puedan desconocer las sentencias de los tribunales, lo que solo puede hacerse en circunstancias

⁹⁹ *Ibid.* Pág. 125.



excepcionales. Para ellos, la última palabra judicial en protección de los derechos constitucionales refleja la necesidad de que los ciudadanos tengan certeza sobre sus derechos frente al gobierno.

Ahora bien, si se trata de la obediencia a la doctrina contenida en las sentencias, consideran: por un lado, que, si el derecho constitucional se limitara a los fallos, este sería un conjunto de decretos sin coherencia, integridad y visión; lo cual obligaría a los ciudadanos a litigar continuamente, impidiendo que el derecho constitucional lograra su cometido. Por otro lado, también reconocen que la vinculación horizontal a la doctrina judicial haría del desacuerdo un acto de desobediencia a la ley. Por ello, al final de cuentas estiman que son los actores no judiciales los que determinan caso por caso y momento a momento el grado de deferencia debida a la doctrina judicial, lo que consideran es la puesta en práctica del diálogo constitucional.

Para Post y Siegel: “La deliberación popular sobre cuestiones constitucionales, termine o no reflejándose en reformas institucionales, es pauta para la acción judicial. Esto no significa que los jueces se limiten a reflejar los desarrollos sociales, sino que participan en un debate social sobre el significado de la Constitución, condición necesaria de la democracia. Desde esta perspectiva el Tribunal está en un diálogo permanente con la cultura política, de la que no puede alejarse demasiado si es que quiere evitar una crisis y, se involucra normativamente en cuestiones sobre las que los americanos



tienen desacuerdos profundos, haciendo valer sus propias concepciones sobre la mejor forma de entender una tradición constitucional viviente”.¹⁰⁰

Así, esta corriente de pensamiento considera inadecuado que los jueces tengan como principio rector de su actuación el evitar conflictos, pues las controversias suscitadas por las decisiones judiciales pueden provocar la reacción y el activismo ciudadano. De esta forma, explican cómo los diferentes valores en competencia configuran el proceso de decisión constitucional y respaldan el papel de los representantes populares, especialmente el de la ciudadanía, en la aplicación de la Constitución.

Las decisiones judiciales deben tomarse dentro de un sistema que incite a la argumentación entre funcionarios y ciudadanos sobre el significado de la Constitución, pues no basta con que den razones y principios de sus decisiones, aun cuando estas sean acordes con las mejores prácticas profesionales. Ello no quiere decir que los tribunales deban convertirse en instituciones representativas como lo son las legislaturas, sino que reconocer que la Constitución tiene una importante dimensión política que rebasa los confines de lo jurídico.

En esta línea, consideran que los movimientos sociales configuran el sentido constitucional al generar nuevos entendimientos que guían las posturas oficiales. Por ello, proponen superar las descripciones tradicionales de cómo se hacen los cambios constitucionales, por otra más compleja que dé cuenta de la importancia de dichos movimientos. De esta forma, rehúyen a las descripciones de corte centrista de la

¹⁰⁰ *Ibid.* Pág. 161.



tradición constitucional norteamericana, pues en su opinión, obscurecen los canales de comunicación existentes entre el razonamiento judicial y los reclamos hechos fuera de los tribunales.

Los movimientos sociales se configuran en parte de lo que denominan la cultura constitucional, práctica argumentativa que se lleva a cabo dentro y fuera de las instituciones gubernamentales, más allá de los canales formales de creación de derecho reconocidos por el sistema jurídico. Tanto ciudadanos como gobernantes pueden sustentar posturas constitucionales distintas que estén en un equilibrio dinámico y se condicionen recíprocamente. Ninguna autoridad, ni siquiera el Tribunal Supremo, tendría la autoridad para fijar el sentido de la Constitución sin que pueda ser desafinado.

De esta forma, la Constitución, y con ella la comunidad común a la que pertenecen los debatientes, se expresan a través de la argumentación, la cual está sujeta a las estructuras sociales que median entre el que emite y recibe el mensaje. Ahora bien, para que esas nuevas concepciones constitucionales perduren, necesitan ser persuasivas. De ahí que recomienden utilizar el lenguaje constitucional para formular sus peticiones y apelar a las tradiciones del pueblo al que se dirigen.

Así, hablan de dos restricciones que distinguen a estos movimientos sociales como agentes creativos de derecho constitucional. La primera es la condición del consentimiento, es decir, no pueden utilizar la coerción sino la persuasión y deben respetar a la autoridad, aunque en algunas ocasiones realicen actividades



procedimentales irregulares y disruptivas, e incluso ilegales. En segundo lugar, esta la condición de valor público, pues para convencer a los ciudadanos que no pertenecen a sus filas deben expresar sus valores como valores públicos, tal y como hizo el movimiento sufragista femenino.

De esta manera, conciben a los movimientos sociales como mediadores entre el gobierno y la ciudadanía, permitiendo a los ciudadanos expresar sus inquietudes, críticas o su total resistencia a la política gubernamental. Entre las funciones de los movimientos sociales está la de educar e incitar a la opinión pública para modificar la agenda de las políticas electorales, así como moldear el desarrollo del derecho constitucional.

Aunque reconocen que solo representan a algunas personas y que su informalidad, parcialidad y falta de responsabilidad pública les hace un mal candidato para hablar por el pueblo. De ahí que solo podrán hablar por todos si tienen éxito y su interpretación es acogida por las autoridades que declaran el contenido del derecho constitucional.

4.6. La variación del constitucionalismo popular mediado

Barry Friedman¹⁰¹ presenta otra forma de abordar el constitucionalismo popular al que llama *constitucionalismo popular mediado*. En este apartado, se expone brevemente su propuesta, de forma descriptiva y referencial pues solo interesa el planteamiento esencial.

¹⁰¹ Friedman, Barry. **Constitucionalismo popular mediado**. Págs. 35-101.



Según la descripción del constitucionalismo popular de Friedman, en este convivirían distintas corrientes que comparten una posición común: la revisión judicial debe reflejar las opiniones populares sobre el significado de la Constitución. Esta síntesis sobre el constitucionalismo popular ha sido puesta en cuestión por Roberto Gargarella, quien considera que “no es nada obvio que los constitucionalistas populares quieran que las decisiones sean fundamentalmente un reflejo de las opiniones mayoritarias”.¹⁰²

En opinión del profesor argentino, el constitucionalismo popular más bien se muestra hostil frente al sistema de revisión judicial hoy existente; considera que la idea de que el poder judicial representa la última instancia interpretativa de la Constitución es contraria al pensamiento fundacional norteamericano; que la práctica dominante en la interpretación constitucional enfocada al texto y excluyente de la ciudadanía resulta disvaliosa y, por último, que es un error pensar y concebir a la interpretación constitucional de un modo tan centrado en la actuación de los tribunales.

En cualquier caso, para Friedman el control judicial está justificado y no es contrario a la voluntad popular, puesto que los tribunales no se separan deliberadamente de la sociedad. Más bien interactúan con ella a través de un diálogo inevitable, en el que involucran a la ciudadanía en la interpretación de la Constitución. De esta forma, considera que la idea de un tribunal contra-mayoritario en los Estados Unidos es una exageración, pues este siempre ha reflejado la opinión de la mayoría, por lo menos, con el paso del tiempo.

¹⁰² Gargarella, Roberto. **Acerca de Barry Friedman y el constitucionalismo popular mediado**. En: **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**. Pág. 163.



Por uno u otro medio, dice Friedman, la visión mayoritaria ha logrado prevalecer. De hecho, el papel que los jueces constitucionales tienen dentro del sistema es aquél que el pueblo les ha permitido jugar, de ahí que sea un error considerar que los jueces le han quitado la Constitución a la ciudadanía.

Ahora bien, continúa Friedman, aun cuando las decisiones de los tribunales deben reflejar las preferencias populares y ser respaldadas por el pueblo, la Constitución no puede significar solo lo que la mayoría desee. La revisión judicial, dice el mismo autor, debe servir para algo más que para expresar las preferencias populares inmediatas y sustentarse en valores profundos que hayan existido durante un largo período. Y es que, si el control judicial tiene un lugar dentro del sistema de gobierno, necesariamente en algunas ocasiones deberá desviarse de las preferencias populares, pues de lo contrario, se equiparía el constitucionalismo a la política común.

Así, Friedman considera que la doctrina sobre el carácter contra-mayoritario del control judicial obvia el día a día del proceso de interpretación, eso es, un proceso dialógico en el que los tres poderes se ven involucrados y en el que la tarea de los tribunales es facilitar y moldear ese diálogo. De ahí que en la realidad no haya un enfrentamiento entre instituciones representativas y no representativas, por lo que resulta innecesario querer legitimar el control judicial. Desde esta perspectiva, los tribunales no son sistemáticamente menos mayoritarios que las otras ramas del gobierno.



Los tribunales facilitan el diálogo, dice Friedman, sintetizando las visiones constitucionales de la sociedad, enfocando el debate y organizando las ideas. Además, catalizan el diálogo orillando a la sociedad a debatir asuntos que de otra manera, hubieran quedando fuera de la agenda, y empujando a otras instituciones a participar. Incluso, pueden dar voz a posiciones poco comunes y traerlas al centro de la atención, inspirando una discusión más abierta, vibrante y efectiva.

Lo que hace el tribunal es determinar la forma en que el diálogo continúa después de su sentencia, optando por una de las interpretaciones en pugna, aun cuando comúnmente dicha interpretación cambie a través del debate. Sin embargo, lo importante no es el papel que tiene el Tribunal Supremo en ese proceso, sino cómo el pueblo reacciona ante sus decisiones. En efecto, la discrepancia entre la visión popular y el poder judicial es lo que hace que el diálogo funcione.

Partiendo de esta descripción de la práctica norteamericana, Friedman pone en cuestión que los tribunales tengan siempre la última palabra. En algunos supuestos no tiene la última palabra sobre la constitucionalidad del acto impugnado porque la ejecución de la sentencia no es automática. Las formas para evitar su ejecución van desde el indulto del poder ejecutivo hasta un acto abierto de rebeldía.

Pero tampoco tienen la última palabra sobre la interpretación porque las decisiones judiciales no tienen necesariamente ese efecto. Así, considera que una cosa es lo que digan los jueces en casos como *Cooper* y otra es lo que sucede en la realidad, como cuando el Congreso emite leyes contrarias a la interpretación del tribunal y la gente



ignora y combate las decisiones judiciales con las que no está de acuerdo. Es más, estima que la definitividad de las interpretaciones judiciales no es deseable porque impide el dinamismo que requiere el proceso de interpretación y restringe el desarrollo de la Constitución.

De igual forma, además de negar que en Los Estados Unidos exista supremacía judicial, Barry Friedman sostiene el carácter mayoritario del control judicial. Para este autor, en dos sentidos distintos puede hablarse del carácter mayoritario: uno sustantivo y otro procedimental. El sustantivo se mide según los resultados y las fuentes a las que atiende. Según los resultados, se trata de ver si las decisiones de los jueces se corresponden o no con las preferencias mayoritarias. Según las fuentes, se busca determinar en qué medida las decisiones judiciales atienden y residen en pruebas de dichas preferencias. Asimismo, de acuerdo al aspecto procedimental se indaga en qué medida dicho control es responsable ante la voluntad mayoritaria.

Con respecto de las fuentes, en su opinión los jueces hacen referencia y en algunas ocasiones basan sus decisiones en pruebas de la voluntad mayoritaria (prácticas de los Estados, normas sociales, costumbres, etc.), además de que en la generalidad de los casos defieren a sus decisiones. Por lo que toca a los resultados, considera que si bien es inevitable que en algunos puestos el control judicial se desvíe de lo que quiere la mayoría, esto es menos común de lo que pensamos, como lo demuestran las encuestas de opinión.



Por lo que hace al aspecto procedimental Friedman considera que sí existen restricciones que hacen a los tribunales responsables ante la gente. La clave de ello está en las elecciones de los jueces. Mientras que en algunos los jueces son electos popularmente, en otros son nominados por presidentes que suelen reflejar la voluntad popular que los eligió.

Así, las sucesivas vacantes y nombramientos que se dan en el Tribunal Supremo permiten que las visiones del electorado se reflejen en la judicatura. Es así que la relación entre opinión pública y revisión judicial se encuentra mediada, en tanto los jueces no son electos y por tanto el control popular es indirecto, es decir, la decisión popular sobre la permanencia de la revisión judicial se expresa a través de los representantes.

Se han examinado en este capítulo las principales versiones del constitucionalismo popular, desde la más fundamentalista como la de Tushnet hasta la más moderada como la de Friedman. El principio homogéneo que las atraviesa o que comparten es el de la no supremacía judicial en la interpretación constitucional, con distintas consecuencias en cada una. El reclamo, es la falta de legitimidad democrática, pero ante dicho reclamo, se debe discutir seriamente si es jurídicamente correcto, o simplemente es una falacia motivada por cierto tipo de ideología.

4.7. Cuestionamientos

El constitucionalismo popular ha generado entre sus partidarios y detractores algunas preguntas sobre las que se debe reflexionar:



- a)Cuál es la relación entre control judicial y preferencias mayoritarias,
- b) La viabilidad del *pueblo* como intérprete constitucional y
- c) El seguimiento de la interpretación judicial y la desobediencia a los fallos.

La postura del constitucionalismo popular está influida por la teoría discursiva de Jürgen Habermas.

La primera pregunta remite al debate aludido entre Friedman y Gargarella, es decir, plantea la relación entre control judicial y preferencias mayoritarias. Si bien se coincide con este último autor en que el constitucionalismo popular no busca que las decisiones de los tribunales sean un reflejo de las preferencias mayoritarias, sí se cree que es una interrogante que ronda a esta teoría. En efecto, “una vez que se entiende –como hacen los cultivadores de la teoría– que la Constitución requiere de un proceso más fluido y abierto de razonamiento moral, no parece tan obvio que los jueces tengan que ser indiferentes ante la opinión pública”.¹⁰³

En su Artículo sobre la elección popular de los jueces, Pozen se ha referido a las características de lo que para él sería un control *mayoritario* en el que la opinión pública juega un papel significativo:

¹⁰³ Kramer, Larry. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Pág. 259.

- “a) Un juez *mayoritario* no tiene por qué ser un mero conducto de la opinión pública, pues puede ser tanto un líder como un seguidor de dicha opinión según considere si la gente tiene o no la información suficiente;
- b) El hecho de que otras ramas del gobierno hayan tomado cierta posición es, en sí misma, una cuestión incidental; aunque puede ser relevante sobre el contenido de la opinión pública; y
- c) El populismo puede reducirse a los casos en que la respuesta es incierta y la creencia popular parece clara, extendida y con dimensiones constitucionales, de manera que la visión de la gente sería irrelevante para los casos de reglas claras”.¹⁰⁴

Los detractores de este tipo de propuestas han puesto en cuestión que la población tenga interés en cuestiones constitucionales y que el voto sea una forma de manifestarlas. Asimismo, dicen que “aun suponiendo que existiera ese interés, sería muy difícil identificar sus preferencias o darles alguna prioridad, pues la gente puede tener visiones contrapuestas de lo que la Constitución significa”.¹⁰⁵

“La idea de un control judicial en diálogo con la sociedad civil debe ser tomada en serio si es que se considera que las preocupaciones de la gente deben moldear e informar los conceptos políticos, indicando cómo se relacionan entre ellos y cómo deben

¹⁰⁴ Pozen, David E. **Elecciones judiciales como constitucionalismo popular**. Pág. 208.

¹⁰⁵ Davins, Neal. **Constitucionalismo popular**. Pág. 134.



interpretarse”,¹⁰⁶ especialmente en condiciones de pluralismo social y cultural, en las que el desacuerdo sobre el contenido de los derechos surge tan pronto se quieren aplicar a casos de conflicto.

En opinión de Habermas, “solo cuando los organismos encargados de tomar decisiones permanecen porosos a los temas, orientaciones valorativas, contribuciones y programas que les afluyen de la opinión pública, puede la ciudadanía significar algo más que una agregación de intereses particulares prepolíticos y el goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados”.¹⁰⁷

Es más, “aun cuando no se desee la interacción entre los valores populares y las razones que dan los jueces es inevitable, tal como sucede cada vez que realizan una ponderación entre valores inconmensurables”.¹⁰⁸

Ahora bien, con esta propuesta no se busca un control judicial que se guíe por una supuesta respuesta correcta compartida por la mayoría, pues aun suponiendo que la hubiera, es muy difícil identificarla. En este sentido, se cree que propugnar un control judicial que refleje las opiniones mayoritarias es prácticamente inviable, pues el supuesto de una interpretación clara y extendida entre la población, parece muy difícil de aceptar.

¹⁰⁶ Bellamy, Richard. **Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia.** Pág. 105.

¹⁰⁷ Habermas, Jürgen. **Facticidad y validez.** Pág. 634.

¹⁰⁸ Post, Robert; Siegel, Niel. **Protegiendo la constitución del pueblo. Restricciones juricéntricas en la sección cinco del poder.** Pág. 25.



Además, sería paradójico establecer una institución (tribunales) para controlar a (congreso) por no sustentar la visión mayoritaria, pero que sin embargo está mejor equipada para hacerlo.

Más bien, "se cree que los jueces deben considerar a los ciudadanos como sujetos capaces de interpretar la Constitución y, por tanto, tomar en serio su opinión. Premisa que, de ser aceptada, obligaría a diseñar instituciones que incentiven a los jueces a entablar un diálogo con los distintos componentes de la sociedad civil al momento de interpretar la Constitución".¹⁰⁹

Esto lleva a otra de las preguntas que los críticos del constitucionalismo popular han planteado en relación con la obra de Kramer, pero que puede ser dirigida a todos los cultivadores de dicha teoría: cuando utilizan el término *pueblo* ¿lo hacen cómo una metáfora, o es que realmente consideran al pueblo como una unidad orgánica?

Así, para Alexander y Solum, "el pueblo no puede actuar como un todo orgánico, sino que lo hace a través de las acciones de los individuos que lo componen".¹¹⁰ Por eso, consideran que si la apelación de Kramer al *pueblo* era una metáfora, lo debió haber dicho, y si no era así, estaba equivocado y confundido.

¹⁰⁹ Alterio, Ana Micaela; Niembro Ortega, Roberto. **La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional: el caso vacantes**. En: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. Pág. 195.

¹¹⁰ Alexander, Larry; Solum, Lawrence B. **¿Constitucionalismo popular?** Pág. 167.



A este respecto, se debe precisar a qué se refiere cuando se habla de *we the people*

Una primera forma de entender *we the people* es la constitucional, a la que se refiere Kramer y con lo cual se quiere decir que todos pueden participar en la deliberación constitucional, lo que implica rechazar que puedan establecerse fronteras a quienes conforman el *we*.

Así, “no se debe perder de vista que cuando se refieren al *pueblo* como actor constitucional –aun cuando no tenga una sola voz o esta no sea uniforme– lo que buscan es que todos se sientan con el derecho a interpretar la Constitución y promover la participación de la sociedad civil, es decir, incentivan una cultura pública ágil, móvil y aun nerviosa acostumbrada al ejercicio de las libertades”.¹¹¹

Por otro lado, se usa *we the people* de forma retórica para querer expresar que el pueblo tiene una idea compartida sobre un determinado tema. “Esta manera de utilizarlo por parte de líderes políticos o sociales desconoce la pluralidad de los que configuran el *we* y esconde las desigualdades que imperan en nuestras sociedades, por cual debe rechazarse y mejor hablar de *we’ess*”.¹¹² En este último supuesto es que tiene sentido que los populares se refieran a los movimientos sociales como grupos generadores de sentido constitucional y reconozcan que en principio no pueden hablar por el *pueblo*.

¹¹¹ Habermas, Jürgen. **Op. Cit.** Pág. 378.

¹¹² Frank, Jason. **Declarando el disenso: Frederick Douglass y *we the people***. Pág. 90.



Finalmente está el debate sobre si el constitucionalismo popular (en la vertiente de Kramer) aprueba el desconocimiento de los fallos del Tribunal. Este cuestionamiento lo hicieron Post y Siegel, para quienes vincular el departamentalismo con los valores del constitucionalismo popular conlleva el siguiente dilema: “o se acepta que la decisión del Tribunal no es final y entonces no se está obligado a cumplirla, o se reconoce que la decisión del Tribunal debe ser respetada y por ende se admite que la interpretación es final y definitiva para las partes del caso”.¹¹³

No parece que esta sea una buena crítica, pues la dicotomía entre supremacía judicial y acato a los fallos es falaz. Si no se interpreta mal a Kramer, este no busca que los fallos del tribunal sean desobedecidos cuando las otras ramas del gobierno estén en desacuerdo con su interpretación, sino solo que estas no estén vinculadas por la doctrina judicial y, por tanto, puedan interpretar la Constitución de manera distinta a como lo hace el Tribunal.

Así, por seguir con el ejemplo que Post y Siegel dan en su trabajo, si se declara la inconstitucionalidad de una ley con base en la cual se priva de libertad a una persona, la postura de Kramer no lleva a suponer que la administración pueda negarse a dejarlo en libertad, es decir, a cumplir con el fallo. La lectura equivocada que Post y Siegel hacen de Kramer se debe a no haber distinguido entre el fallo y la doctrina que conforman una sentencia, pues el rechazo a la supremacía judicial solamente implica la no vinculación de los otros poderes a la doctrina judicial.

¹¹³ Post, Robert; Siegel, Reva B. **Op. Cit.** Pág. 103.



Bien entendido lo que Kramer pretende es un sistema en el que las distintas ramas del gobierno puedan dialogar con el Tribunal Constitucional o Supremo y en el que el pueblo conserve la última palabra para interpretar la Constitución. Pues bien conoce Kramer la advertencia de Habermas en el sentido de que “si el discurso de los *expertos* no se retroalimenta con la formación democrática de la opinión y la voluntad y es controlado a través de una disputa de opiniones, acaba imponiéndose de forma paternalista en contra de los ciudadanos”.¹¹⁴

La pregunta es ¿cómo puede funcionar dicho sistema?, pues aun suponiendo que el pueblo actuara a través de ONG y asambleas populares ¿cómo haría valer sus opiniones frente a las instituciones estatales? Para algunos autores, esto es lo que hace impracticable y peligroso al constitucionalismo popular.

No se requiere de mucha imaginación para que ese cometido se cumpla. Por un lado, “se necesita de la movilización política y el voto como instrumentos para expresar y hacer valer la opinión de la ciudadanía”.¹¹⁵ En efecto, una vez que las élites políticas toman nota de que mucha gente se empieza a movilizar, los partidos políticos se preguntan de qué manera pueden ajustar sus plataformas para acercar a estos ciudadanos a sus partidos y evitar que se unan a sus adversarios. “De la misma forma que la mera existencia de los movimientos sociales muestra a los jueces lo que muchas

¹¹⁴ Habermas, Jürgen. **Op Cit.** Pág. 431.

¹¹⁵ Donnelly, Tom. **2012. Hacer que el constitucionalismo popular funcione.** Pág. 173.



personas piensan sobre un determinado asunto, aun cuando a fin de cuentas asuman la interpretación que éstos proponen”.¹¹⁶

Por su parte, el voto cobra una especial relevancia en sistemas en los que el legislador ordinario puede responder a las declaraciones de inconstitucionalidad de los tribunales constitucionales. En efecto, “más allá de los beneficios que en términos deliberativos aporta esta forma de diálogo constitucional intrapoderes, dicho mecanismo sirve para incentivar a que el *pueblo* se involucre en el proceso de interpretación, pues si los representantes electos pueden revisar las interpretaciones constitucionales del tribunal –mas no sus fallos–, los ciudadanos son llamados a juzgar la interpretación de los que aspiren a ser sus representantes”.¹¹⁷

Para algunos, estos medios podrían no satisfacer el discurso de los constitucionalistas populares según el cual el pueblo tiene la última palabra. Sin embargo, como el mismo Kramer reconoce, “lo que tienen en común los populares es que insisten en cómo el pueblo busca lograr sus objetivos a través del gobierno, ya sea a través de leyes, reformas constitucionales, acciones administrativas o decisiones judiciales”.¹¹⁸

Así, lo que buscan es romper con la visión tradicional sobre el proceso de interpretación, según la cual los tribunales tienen un marcado protagonismo, recordando el papel político que se puede jugar a través o más allá de las instituciones.

¹¹⁶ Tushnet, Mark. **Sacando la constitución de la corte**. Pág. 144.

¹¹⁷ Michelman, Frank. **Supremacía judicial, el concepto de la ley y la santidad de la vida**. En: Sarat, Austin; Kearns, thomas. **Justicia e injusticia en la ley y la teoría legal**. Pág. 161.

¹¹⁸ Kramer, Larry. **Op. Cit.** Pág. 738.



En términos habermasianos se trata de *la lucha por el reconocimiento*, es decir “aquella sostenida públicamente por la sociedad civil para que las constelaciones de intereses y conflictos que se producen en la periferia sean abordadas por las instancias políticas correspondientes, lo cual depende sobre todo de su vitalidad e impulso”.¹¹⁹ Pues para generar poder político, “la influencia de los discursos informales y públicos ha de extenderse a las deliberaciones de las instituciones democráticas y ser adoptadas en resolución formales”.¹²⁰

4.8. Relación con el neoconstitucionalismo

No se pretende aquí volver a caracterizar esta corriente del constitucionalismo que ya se ha analizado y que tampoco es homogénea. Sí, en cambio, a los fines de hacer posible el análisis de su tesis primordial, se intentará resumir algunos presupuestos de fondo (no exclusivos tampoco de esta escuela) que la enfrentan al neoconstitucionalismo y que, por eso mismo, surgen como *alternativa* para repensar el constitucionalismo, sobre todo en América Latina.

Así, se podría intentar realizar una confrontación –normativa– con las notas que se señalan como parte del fenómeno de *constitucionalización del derecho* propio del neoconstitucionalismo. En ese sentido, se podría decir que el constitucionalismo popular propicia:

¹¹⁹ Habermas, Jürgen. **Op. Cit.** Pág. 245.

¹²⁰ **Ibid.** Pág. 452.



- “1) Flexibilizar la constitución y excederla;
- 2) Desafiar la supremacía judicial –y en ciertos casos incluso impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad–;
- 3) La interpretación extrajudicial de la constitución;
- 4) La democratización y participación en las instituciones políticas y económicas;
- 5) La recuperación de la relación entre Derecho y política”.¹²¹

En lo que sigue, se reagruparán estas notas en categorías comparables a las que se utilizan para analizar el neoconstitucionalismo.

4.9. Legitimidad

Al igual que en el caso del aludido sustancialismo *débil*, el procedimiento al que se adhieren los cultivadores del constitucionalismo popular también es *mixto* y, por tanto, no está privado de valores sustanciales, solo que al momento de la toma de decisiones se decantan por la prevalencia de la dimensión procedimental.

Se podría decir con Zurn que “el modelo procedimentalista de legitimidad encuentra justificados los resultados de un proceso de toma de decisiones simplemente porque se

¹²¹ Gargarella, Roberto. **El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *the people themselves*, de Larry Kramer.** Pág. 101.



cumplieron las específicas condiciones del procedimiento”.¹²² Respecto del contenido de la decisión, se sostiene que “los desacuerdos sustantivos son tan amplios, tan profundos y persistentes, que no se puede juzgar la corrección de la misma y solo queda confiar en los procedimientos para fundar una teoría de la legitimidad”.¹²³

En consecuencia, “se propone un derecho constitucional también orientado a los procedimientos, cuya misión sea mejorar el proceso democrático y, animado por las elecciones controvertidas de valores, afirme que las controversias más importantes deben ser decididas a través de la política democrática”.¹²⁴

Como afirma Waldron: “en la medida en la que estos tan aclamados valores objetivos no logren aparecer ante nosotros (...) en formas que no dejen margen para desacuerdos adicionales sobre su carácter, todo lo que tenemos en la tierra son opiniones o creencias sobre valores objetivos (...)”.¹²⁵ “Por lo que una teoría de derechos necesariamente debe complementarse con una teoría de la autoridad, cuya función será determinar qué decisiones se tomarán cuando los miembros de una comunidad están en desacuerdo acerca de qué decisión es la correcta”.¹²⁶

Ahora bien, esta primera caracterización podría sonar muy *radical* si no fuera porque para elegir ese procedimiento de toma de decisiones, se apela a valores sustantivos:

¹²² Zurn, Christopher f. **Democracia deliberativa y control constitucional**. Pág. 477.

¹²³ Linares, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Pág. 31.

¹²⁴ Parker, Richard. **Manifiesto constitucional populista**. Pág. 579.

¹²⁵ Waldron, Jeremy. **Deliberación, desacuerdo y votación**. En: Hongju Koh, Harld; Slye, Ronald. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Pág. 62

¹²⁶ **Ibid.** Pág. 32.



así, el mismo autor sostiene que “en las circunstancias de la política el derecho de participación en pie de igualdad tiene una primacía absoluta porque honra el valor de la igual dignidad y autonomía personal, un valor subyacente a la misma noción de derechos”.¹²⁷

Así se *cierra el círculo*, dado que “el derecho a participar en términos equitativos en las decisiones que el procedimiento pueda contemplar, es la clave para determinar la mayor o menor legitimidad de un procedimiento para la toma de decisiones colectivas”.¹²⁸

“Quienes comparten este modelo de legitimidad, reclaman a los sustancialistas el optar por un esquema de justificación instrumental”¹²⁹, es decir, valioso en tanto susceptible de generar mayor probabilidad de respuestas correctas, desconociendo una dimensión importante a la hora de evaluar el diseño de las instituciones.

Esta dimensión –que rescatan los procedimentalistas– tiene que ver justamente con los criterios para evaluar el procedimiento mismo y que son independientes del valor de los resultados que es probable que produzca. “Lo que determinará entonces la justificación

¹²⁷ **Ibid.** Pág. 123.

¹²⁸ Moreno Rodríguez Alcalá, Diego. **Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica.** Pág. 80.

¹²⁹ **Ibid.** Pág. 76.



de un procedimiento para la toma de decisiones será un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental”.¹³⁰

Se podría pensar que, finalmente, ambas formas de legitimidad *débiles* tienden a disputarse ese difícil equilibrio, que suele presentarse como paradoja entre la justicia de los procedimientos democráticos y la justicia de los resultados obtenidos mediante ese procedimiento. Lo cierto es que la gran diferencia se percibe en los arreglos institucionales que cada una desprende de ellos.

Entonces, el neoconstitucionalismo confía en que los jueces velarán por esos valores sustantivos que el procedimiento no debería vulnerar. En este sentido, se debe analizar qué dicen los cultivadores del constitucionalismo popular.

4.10. Institucionalidad

“En franca oposición a los modelos que calificamos como *elitistas* o de *constitucionalismo fuerte*, el constitucionalismo popular propicia diseños institucionales de constitucionalismo *débil* o *populistas*”.¹³¹ A grandes rasgos, se puede decir que esta corriente percibe al derecho como la instancia que traduce las decisiones políticas mayoritarias, por lo que es dinámico y cambiante; se propicia la interpretación extrajudicial de la constitución, desafiándose la supremacía judicial; incluso al punto de que algunos impugnan cualquier forma de control judicial sobre las leyes.

¹³⁰ Bayón, Juan Carlos. **Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo**. En: Carbonell, Miguel; García Jaramillo, Leonardo. **El canon neoconstitucional**. Pág. 315.

¹³¹ **Ibid.** Pág. 351.



Este último grupo específicamente se centra en los argumentos que de forma acrítica se han sostenido para justificar y asignar un lugar privilegiado o de responsabilidad final a los jueces en la interpretación constitucional.

Así discuten que se necesite de la supremacía judicial a fin de que el Derecho constitucional no se vuelva inaceptablemente caótico e impredecible; “que el propósito de la constitución sea el de atrincherar derechos individuales que prevengan a la ciudadanía de su propia peligrosidad a futuro (estrategia del precompromiso) y finalmente, que los tribunales sean mejores y más confiables que los cuerpos electoralmente responsables a la hora de abordar cuestiones de principios”.¹³²

Brevemente, se insiste en que no hay algo así como un acuerdo final en el derecho. Que los sistemas legales pueden y deben tolerar cierta incertidumbre y falta de claridad y que incluso en un sistema con supremacía judicial, esa incertidumbre persiste. Paralelamente, en sistemas sin supremacía judicial también es necesario cierto grado de finalidad y resolución. En suma, “lo que dicen los populares es que, si bien la claridad y la certeza son valores importantes, hay otros que lo son aún más y difícilmente se querrían asumir como costos en pro de los primeros”.¹³³

Por otro lado, se combate la idea de atrincherar derechos en la Constitución como modo de garantía ante posibles excesos de las mayorías, desmontando la noción de que esto constituiría una *autolimitación* que los propios individuos se dan mediante

¹³² Kramer, Larry. **Op. Cit.** Pág. 986.

¹³³ **Ibid.** Pág. 989.



mecanismos de racionalidad imperfecta para evitar los momentos de debilidad de la voluntad.

Sobre este punto se han presentado numerosas críticas, solo parece relevante destacar que lo que se propone es un reconocimiento del poder de las legislaturas para proveer interpretaciones constitucionales que difieran de, o alteran las interpretaciones ofrecidas por los tribunales. Incluso, en su extremo, algunos llegan a cuestionar el hecho mismo de considerar positivo tener una carta de derechos en las constituciones.

Las razones que Waldron ofrece para rechazar la constitucionalización de derechos tienen que ver, en primer lugar, con el temor hacia la rigidez verbal. Según explica el autor, “las palabras suelen tomar *vida propia*, convirtiéndose en un eslogan obsesivo que sirve para expresar cualquier cosa que alguien quiera decir sobre el derecho en cuestión. Esta no parece ser la mejor forma de discutir sobre cuestiones de derechos y límites al gobierno, pues limita la capacidad para desarrollar argumentos –libres del verbalismo de una determinada carta de derechos escrita– y de flexibilizar el discurso”.¹³⁴

En segundo lugar, aunque principalmente, la razón que se presenta para combatir el atrincheramiento de derechos en las constituciones tiene que ver con que los vuelve inmunes al cambio legislativo. Esto, que para los neoconstitucionalistas es motivo de celebración, para los partidarios del constitucionalismo popular es preocupante, dado

¹³⁴ Waldrón, Jeremy. **Op. Cit.** Págs. 26-27.



que implica a la vez una actitud de desconfianza hacia los conciudadanos y una arrogante seguridad en uno mismo.

Esta actitud no casa bien con la idea de respeto por la autonomía y responsabilidad de las personas, ínsita en la idea de derechos que se pretenden atrincherar. En conclusión, Waldron dice que “no hay nada obvio en combinar el respeto por los derechos con una desconfianza hacia las capacidades democráticas y representativas de las personas, por lo que habría que *liberar* la discusión de los derechos de la rigidez constitucional”.¹³⁵

En otro plano, sin rechazar la constitucionalización de derechos, Bayón reflexiona: “La idea de que no es legítimo usar el *derecho de autonomía pública* para decidir acerca de los derechos fundamentales, simplemente porque puede producir decisiones que los vulneren y su vulneración es injustificable, olvida precisamente que las decisiones son inevitables y que el hecho de que uno de los procedimientos de decisión posibles sea falible no puede ser por sí solo una razón suficiente para descartarlo cuando todos los demás también lo son”.¹³⁶ De allí también la necesidad de desmentir, por exagerada y parcial, la asunción que los jueces conformen un *foro de principios* donde se puedan abordar/interpretar mejor las cuestiones centrales del derecho constitucional.

¹³⁵ *Ibid.* Pág. 28.

¹³⁶ Bayón, Juan Carlos. *Op. Cit.* Pág. 312.



Así se comienza por desmitificar la idea según la cual los jueces siempre actúan sesudamente, ponderando cuestiones de principios antes de resolver y dando explicaciones cuidadosas que reflejen esa reflexión profunda acerca de los dilemas teóricos y filosóficos que enfrentan.

A la par que se cuestiona la imagen que presenta a unos legisladores que actúan prácticamente como autómatas, incapaces de deliberar seriamente acerca de nada, que son irresponsables, emocionales, irracionales y que representan únicamente intereses privados. Se explica que “no hay ninguna evidencia empírica para sostener que los jueces hacen un mejor trabajo que las otras ramas políticas cuando se trata de cuestiones de principios”.¹³⁷

Sin ir más lejos, el propio Dworkin admite una simetría en la posibilidad de error en las decisiones de estos dos órganos cuando afirma que “no está probado que la discusión pública de la justicia constitucional sea de mejor calidad e involucre a más personas cuando son decididas por las legislaturas y no por los tribunales”.¹³⁸ Entonces, con mayor razón se tornan necesarios argumentos contundentes para quitar estas decisiones de manos de la ciudadanía.

De fondo lo que se busca son criterios de legitimidad para la toma de decisiones de cualquier tipo, con una fuerte sospecha hacia las élites –sean estas académicas, sociales o políticas– y sus reclamos de experticia y juicio superior. En materia

¹³⁷ Kramer, Larry. **Op. Cit.** Pág. 135.

¹³⁸ Dworkin, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritaria.** En: Hongju Koh, Harold; Slye, Ronald. **Democracia deliberativa y derechos humanos.** Pág. 132.



institucional, eso se traduce, además, en el aludido cuestionamiento a la idea de rigidez constitucional y de que un grupo de jueces pueda *tutelar* los intereses de la mayoría, en “una preferencia por la participación popular en las estructuras políticas y económicas que afectan la vida de la ciudadanía junto a una idea de rotaciones regulares en los puestos de autoridad y poder”.¹³⁹

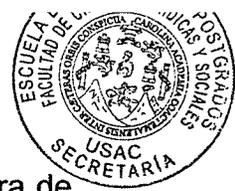
Esta reivindicación de la participación es de los intereses y las actitudes de la *gente común*, con su ínsita indisciplina, sin mediaciones que le den forma o los *refinen*, aunque sin llegar tampoco a una idea romántica de ello. Así, frente al aislamiento o la pasividad, “se resalta el valor de la *energía política ordinaria* (que se tratará de canalizar a través de las instituciones) a fin de hacer a los gobiernos mejores y más sensibles a las demandas de las personas a las que pretenden servir”.¹⁴⁰

Con esto se intenta desenmascarar el prejuicio que implica el miedo a esa energía política o incluso a la influencia que las opiniones mayoritarias puedan tener en los gobiernos; prejuicio que –se afirma– busca mantener el *status quo* y a los gobiernos concentrados en los intereses de los más poderosos.

De esto resulta un derecho constitucional cuya misión central es promover una regla de la mayoría, donde el papel de la gente no está confinado a actos ocasionales de elaboración constitucional, sino que incluye un control activo y continuo sobre su interpretación y ejecución.

¹³⁹ Balkin, Jack M. **El populismo y el progresismo como categorías constitucionales**. Pág. 194.

¹⁴⁰ Parker, Richard. **Op. Cit.** Pág. 555.



Se argumenta que “los principios constitucionales y las ideas que se generan fuera de los tribunales son cruciales para expandir las posibilidades de desarrollo constitucional y para aliviar las tensiones que ocasionalmente se presentan entre el Derecho constitucional y la cultura en la que este opera”.¹⁴¹ Para esta visión, no hay temas que estén categóricamente vedados a la regla de la mayoría, de hecho, “en un sistema ideal de regla de la mayoría cada asunto debe ser un asunto político, abierto a la controversia política. Así, lo que está en el centro del argumento constitucional es la controversia política acerca de la democracia”.¹⁴²

Pero, nuevamente, hay que realizar precisiones dado que lo variopinto de esta corriente se advierte principalmente en lo relativo a los arreglos institucionales. Así como es cierto que una de las notas comunes a los partidarios del constitucionalismo popular es el propiciar una interpretación extrajudicial de la constitución, no lo es en cambio el papel que asignan a los jueces ante esto. Lo cierto es que algunos consideran que cualquier control de constitucionalidad debe ser combatido, pero otros no están de acuerdo con esa consecuencia.

En este sentido, Post y Siegel critican la tendencia de la Suprema Corte norteamericana de auto-designarse como autoridad exclusiva para interpretar la Constitución y sostienen que “la interpretación y la ejecución de los derechos

¹⁴¹ Kramer, Larry. **Op. Cit.** Pág. 95.

¹⁴² Parker, Richard. **Op. Cit.** Pág. 557.



constitucionales depende de una relación continua y dinámica entre el Congreso y la Corte”.¹⁴³

Así, admiten que “si bien el sistema legal ha dotado a las decisiones de la Corte Suprema de *finalidad*, sus juicios no pueden ser incorporados dentro de la propia concepción constitucional del país hasta que éstos no son acogidos por los ciudadanos fuera de la Corte”.¹⁴⁴ Entonces, si la participación de las ramas populares es necesaria para legitimar y ejecutar los juicios constitucionales de la Corte, esa participación puede también ser un recurso importante para las propias deliberaciones de la Corte acerca de cómo interpretar la constitución.

Desde allí, Post y Siegel propician un diálogo constitucional inclusivo, especialmente sensible a los movimientos sociales, donde el pueblo debe retener la última palabra sobre el significado de la constitución, pero compatible con la idea de supremacía judicial.

Entre los mecanismos institucionales que el autor y la autora contemplan para enfrentar este difícil equilibrio, están “la posibilidad de realizar enmiendas a la constitución (aunque reconocen que su uso no es frecuente); el nombramiento de los jueces de la Suprema Corte; la posibilidad de contestar normas por parte de las ramas políticas del gobierno o de los movimientos sociales, desafiando la legitimidad de los

¹⁴³ Post, Robert.; Siegel, Reva B. **Op. Cit.** Pág. 139.

¹⁴⁴ **Ibid.** Pág. 156.



entendimientos tradicionales e incluso, llegando a desobedecer las decisiones judiciales”.¹⁴⁵

Estos mecanismos no son considerados suficientes para el grupo de autores analizado en primer término, principalmente porque presuponen un largo período de tiempo hasta que se pueda revertir una decisión de la Corte cambiando su composición o tratando –aunque el tiempo pueda ser menor– de influenciar a sus miembros para que cambien de opinión. En definitiva, lo que revelan es que “un proceso de diálogo así pensado, termina cuando la propia Corte viene a estar de acuerdo con sus adversarios, otorgándole una prioridad normativa sobre sus interlocutores que, para la mayor parte de los populares, no es justificable”.¹⁴⁶

4.11. Teoría de la democracia

Son notorios los contrastes con la teoría de la democracia *sustancial* que se dice, sostienen los neoconstitucionalistas, incluso con el tipo de teorías deliberativas allí esbozadas. De todos modos, se recapitularán sintéticamente los puntos más destacables para el constitucionalismo popular. Como expone Gargarella, este parte de la premisa según la cual “el gobierno pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que a la justicia) (...)”.¹⁴⁷

¹⁴⁵ *Ibid.* Pág. 120.

¹⁴⁶ Tushnet, Mark. *Op. Cit.* Pág. 998.

¹⁴⁷ Gargarella, Roberto. *Op. Cit.* Pág. 101.



Frente al aludido valor técnico que los neoconstitucionalistas daban a la regla de la mayoría, los partidarios del constitucionalismo popular le otorgan un valor axiológico. Así, por ejemplo, Waldron, sostiene que “el principio de la regla de la mayoría respeta de una forma única la igual autoridad política de cada individuo, por tanto, en esta debe residir el criterio último de legitimidad democrática”.¹⁴⁸ Para este autor, la regla de las mayorías no solo es una solución pragmática a las circunstancias de la política; es la única que, además, visto los desacuerdos, es neutral al cambio o a la conservación del estado de cosas.

Esto no significa que los cultivadores del constitucionalismo popular sostengan que la democracia se circunscribe a la regla de la mayoría, puesto que también la conciben como una teoría acerca de la organización apropiada de la sociedad y de las relaciones sociales. Así, “se asocia directamente a la idea de *cultura democrática*, que viene a complementar los rasgos meramente formales de la democracia a fin de dismantelar las jerarquías injustas que permanecen en su interior”.¹⁴⁹

La forma en que esta cultura popular se manifiesta es a través de los movimientos sociales que tornan visibles esas injusticias y promueven el cambio social. Por lo mismo, “tampoco es adecuado afirmar que los populares consideren que *la interpretación constitucional debe ser mayoritaria*, sino más bien lo que propugnan es que detrás de ella haya una teoría acerca de lo que es la democracia y que en última

¹⁴⁸ Waldrón, Jeremy. **Op. Cit.** Pág. 265.

¹⁴⁹ Balkin, Jack M. **Op. Cit.** Pág. 236.



instancia, se deje a la voluntad consistente y deliberada del pueblo, la última palabra”.¹⁵⁰

Esta afirmación final, permite acercarse a los partidarios de la teoría del constitucionalismo popular –con reservas– a algunas versiones del modelo de la *democracia deliberativa* que colocan al desacuerdo en el centro de su teoría y, por ello, la consideran un proyecto inacabado, signado por el conflicto y en cambio permanente.

Para esta visión, “la atención debe ponerse en la igualdad de oportunidades a la hora de acceder al proceso político y expresarse y no en las formas de esa expresión, su calidad o precondiciones”.¹⁵¹ Así, por ejemplo, con respecto a las legislaturas, se afirma que “si bien no operan en una especie de situación ideal de diálogo de tipo habermasiana, eso no quiere decir que el proceso legislativo no sea deliberativo o provisto de principios”.¹⁵²

Este grupo de pensadores, en general, tiene la convicción de fondo de que la democracia tiene un valor moral que el constitucionalismo no posee. Reconocen la importancia de los derechos fundamentales, pero impugnan la idea de insertarlos en una constitución rígida que los sustraiga de la deliberación democrática, pues según creen, la mejor manera de proteger los derechos es dejándolos en manos de la ciudadanía. Lo que en suma se reivindica es “un *derecho fundamental a la democracia*,

¹⁵⁰ Gargarella, Roberto. **Op. Cit.** Pág. 165.

¹⁵¹ Balkin, Jack M. **Op. Cit.** Pág. 231.

¹⁵² Kramer, Larry. **Op. Cit.** Pág. 135.



que es un derecho a participar en condiciones de igualdad en las decisiones sociales sobre las cuestiones más importantes de principios”.¹⁵³

4.12. Derecho y política

“Al contrario de las corrientes neoconstitucionalistas, los constitucionalistas populares reivindican una relación estrecha y de mutua interdependencia entre Derecho y política, subrayando de hecho que la constitución es un tipo especial de ley por ser una *ley política*”.¹⁵⁴

Desde el punto de vista interno, que la Constitución sea una *ley* significa que es, en cierto grado, *retrospectiva*, es decir, que su análisis involucra un ejercicio de interpretación de textos, precedentes y prácticas pasadas; pero que sea una *ley política* implica un cierto carácter *prospectivo*, o sea, un ejercicio acerca de lo que se juzga será mejor para la sociedad en adelante, sin especial referencia a eventos pasados.

Esto quiere decir que no se puede pensar en la *aplicación* de la constitución en términos técnicos, como un acto *cognitivo* de mera constatación y subsunción, carente de decisión. “La constitución debe verse también como una herramienta de empoderamiento, es decir, la constitución establece instituciones que permiten a la

¹⁵³ Waldron, Jeremy. **Op. Cit.** Pág. 20.

¹⁵⁴ Tushnet, Mark. **Op. Cit.** Pág. 999.



gente coordinar y cooperar en proyectos que no podrían lograr por sí mismos en el marco de desacuerdos permanentes”.¹⁵⁵

Podría pensarse que también algunos neoconstitucionalistas tienen en cuenta este carácter *prospectivo* de la Constitución cuando celebran el hecho de que esta esté compuesta por principios que deberán aplicarse a cada caso según sus particularidades. Pero la gran diferencia se encuentra a la hora de determinar quién tiene el poder de decidir sobre la configuración de estas posibilidades.

Se vio que el neoconstitucionalismo deja en manos de los jueces la decisión última, negándole el carácter de política y disfrazándola de tecnicismos como la *ponderación*. En cambio, “los populares insisten en que sea *el pueblo* el que vaya configurando el derecho constitucional como ley política a través de sus movilizaciones políticas”.¹⁵⁶ Esto se lleva a cabo a través de un diálogo entre las distintas ramas del gobierno y la gente que permite hablar de *the living constitution* (la constitución viva) como sensible y garante del cambio social.

Se hace referencia al punto de vista interno, porque lo que está en juego es la interpretación/concreción de las posibilidades del texto constitucional positivizado; sin embargo, estas mismas movilizaciones pueden estar pugnando por una modificación del texto constitucional, en cuyo caso el análisis pasa a ubicarse en el punto de vista externo.

¹⁵⁵ Waldron, Jeremy. **Op. Cit.** Pág. 20.

¹⁵⁶ Tushnet, Mark. **Op. Cit.** Pág. 994.



La única forma de contemplar el ingreso de estas reivindicaciones críticas a la discusión política, es pensar en constituciones flexibles y recuperar el concepto de soberanía popular que el neoconstitucionalismo pretende superado. Esto es lo que auspicia sobre todo Waldron cuando se posiciona contra el hecho mismo de que haya una carta de derechos escrita para así permitir la discusión política de los temas más importantes para una sociedad, sin ataduras de ningún tipo. Así, el constitucionalismo popular recupera la noción de constitucionalismo *político*, frente al hoy dominante constitucionalismo *jurídico* en el que se centran los neoconstitucionalistas.

Para concluir podría decirse con Bellamy que mientras el constitucionalismo jurídico (o *legal*) se identifica con dos presupuestos: “el de la posibilidad de un consenso racional sobre resultados sustantivos y el de considerar al proceso judicial como más seguro a la hora de identificar dichos resultados; el constitucionalismo *político* se condice con un enfoque más centrado en los procedimientos, dado que presupone un desacuerdo razonable sobre los resultados sustantivos y que el procedimiento democrático posee mayor legitimidad y resulta más eficaz que el proceso judicial a la hora de resolver tales desacuerdos”.¹⁵⁷

Evidentemente, en las constituciones existen elementos tanto del constitucionalismo jurídico como del político, la advertencia es no olvidarlo, en función de que la Constitución, si bien tiene un contenido jurídico evidente, también regula y resuelve los

¹⁵⁷ Bellamy, Richard. **Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia.** Págs. 19-20.

conflictos entre las relaciones de los órganos públicos en función de los controles de poder que ella misma establece.





CAPÍTULO V

5. Legitimidad de los tribunales constitucionales

La objeción democrática y los planteamientos del constitucionalismo popular, merecen responderse y la mejor forma de responder dichos señalamientos es, precisamente, desde la teoría democrática. La cuestión central que se debe responder es la acusación central de ausencia de legitimidad del poder judicial y esencialmente, del control de constitucionalidad de las leyes.

5.1. Poder judicial y tribunales constitucionales

El tema del Poder Judicial puede ser abordado desde distintas perspectivas, entre las que se encuentran, al menos, una perspectiva constitucionalista, otra procesalista, y otra filosófica-jurídica. Al constitucionalista le pueden interesar sobre todos los aspectos político-organizativos de la judicatura, es decir, el Poder Judicial como un aparato o conjunto de aparatos del Estado en su constitución y en sus relaciones con otros aparatos del Estado, así como la situación jurídica de las personas que lo integran.

Al procesalista, a su vez, le interesan sobre todo los problemas relativos al funcionamiento reglado de la justicia, los problemas relativos a la justicia en acción, con sus garantías, requisitos y normas procedimentales, así como la posición del juez en el proceso y de las partes implicadas en él. Al teórico o filósofo del derecho le interesan



también todos estos problemas, aunque su forma de abordarlos es, en cierto modo, previa y fundamental.

El teórico del derecho discute, desde su perspectiva, algunos presupuestos fundamentales de los problemas abordados por los demás, intentando establecer, sobre todo, las condiciones de su planteamiento y las razones justificativas de una y otra solución. Así ocurre, por ejemplo, con el tema de la independencia y la autonomía del Poder Judicial, con el tema del estatuto jurídico del personal al servicio de la justicia, o con el de la responsabilidad por su actuación profesional.

Todos ellos –que pertenecen en principio al ámbito de competencias del constitucionalista– han de ser abordados, si se quiere hacerlo correctamente, previo un planteamiento del significado y alcance del precepto de la *sumisión del juez a la ley*. De igual modo, la forma del proceso y sus garantías específicas, e incluso la misma formulación de la sentencia –temas eminentemente procesales–, reciben su más pleno sentido previa una discusión en torno a los problemas del método jurídico y del hallazgo del derecho del caso.

El problema de la legitimidad del Poder Judicial es un problema global y multifacético, que tiene perfiles netamente constitucionales y tampoco es ajeno a las preocupaciones de la dogmática procesalista. Cualquier aspecto que se considere del Poder Judicial, tanto en su organización como en su ejercicio, parece confluir en él. El porqué de una



determinada organización, y la justificación de una forma y otra de proceder en la decisión de los conflictos, se basa en un juicio de aceptación y reproche moral.

En esto último consiste precisamente la legitimidad: en la existencia de razones y argumentos por los cuales una institución o una norma –también la conducta que bajo ellas se desarrolla– merecen reconocimiento. Así, tanto la independencia del juez como el autogobierno o la controversia judicial son temas que pueden partir del problema de la legitimidad y pueden confluir en él; más aún, son temas que tienen su sentido más profundo desde el punto de vista de la legitimidad. Esto hay que hacerlo con argumentaciones extraídas, tanto de una teoría de la actuación judicial como de una teoría de la legitimidad política.

Una teoría de la legitimidad política tiene que poner las bases que se permitan reconstruir una versión de la legitimidad específicamente judicial, que permitan, por tanto, señalar las virtudes y deficiencias del modelo de legitimidad política que se ha impuesto históricamente en el actual Estado de derecho, y que condiciona a la judicatura como uno de sus aparatos.

Evidentemente, este es un problema que viene en gran medida resuelto por una opción política fundamental reflejada en las Constituciones de este tipo de Estados. El modelo de legitimidad es el democrático, y la soberanía popular es la fuente de donde emanan y ante la que responden todos los poderes del Estado. No cabe plantearse el problema

de la legitimidad en otros términos a partir de las revoluciones burguesas. También el Poder Judicial emana del pueblo y responde o debe responder ante él.

Sin embargo, esta opción por la democracia como forma legítima de ejercer el poder no resuelve todos los problemas, aunque tenga el efecto de descartar radicalmente otras formas de legitimidad. Hay distintas maneras de entender y concretar la democracia, a través de distintas instituciones y prácticas específicamente judiciales.

Por otro lado, el ejercicio del Poder Judicial no es absolutamente homologable, de manera indiscutible, con el resto de los poderes estatales. Aquí se trata del poder de *decir* el derecho. En ese sentido, parece ya una cuestión pacífica la convicción de que el derecho no puede ser extraído en todos los casos de las disposiciones expresamente formuladas en el ordenamiento legal del Estado, o por lo menos no puede ser extraído de manera unívoca.

Además, –lo que queda mejor evocado cuando se habla de administración de justicia– no todo el mundo está de acuerdo en que las cuestiones de la justicia y del derecho hayan de resolverse acudiendo al principio –subjetivo– de la soberanía popular. Hay quien sigue defendiendo que la justicia posee unas connotaciones objetivas que el juez debe esforzarse por aclarar en cada caso, y que en este esfuerzo es donde obtiene su legitimidad, siempre que se realice con las suficientes garantías procedimentales.



Es con este doble planteamiento que hay que analizar el tema de la legitimidad del Poder Judicial, lo que lleva a plantear la pregunta: ¿cuáles son los factores básicos capaces de conferir legitimidad a la actuación judicial en un Estado de derecho?

5.2. Función judicial y Estado de derecho

Si en el Estado moderno se entiende la función judicial como la tarea consistente en extraer el derecho a partir de la ley, la legitimidad de dicha función se basa tanto en la legitimidad de la ley misma, como en las garantías de la posición institucional del juez y de los recursos instrumentales y procedimentales, de los cuales dispone para hallar la solución demandada por aquella.

En opinión de Saavedra: “En el Estado moderno la legitimidad de la ley es algo que se da por supuesto. Por consiguiente, la legitimidad judicial queda reducida a una cuestión instrumental. La función judicial es legítima cuando demuestra ser un medio adecuado para el fin contenido en la ley: la justicia. La administración de justicia es administración de la justicia legal, puesto que la ley es valorada como la fuente jurídica de máxima racionalidad”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Saavedra, Modesto. **Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad**. En: Carbonell, Miguel; Fix-Fierro Héctor; Vasquez, Rodolfo. **Jueces y derecho. Problemas contemporáneos**. Pág. 208.



Todo ello se enmarca en los postulados del Estado liberal y democrático, que tiende a limitar el ejercicio del poder mediante la voluntad general expresada en la ley y a potenciar los derechos individuales para que esa voluntad pueda expresarse libremente. En el ámbito jurisdiccional, el principio de la legitimidad del Estado liberal tiene su reflejo en la sumisión exclusiva del juez a la ley, en la independencia, la inamovilidad, la selección mediante criterios estrictos de profesionalidad, etcétera.

Un proceso público, controvertido y reglamentado contribuye a garantizar la imparcialidad, es decir, a la defensa de la ley. Igualmente, a la defensa de la ley contribuye también la ciencia jurídica, en cuya virtualidad se cree firmemente en la edad de oro del Estado liberal. También se va a recurrir a ella para aumentar la legitimidad de la actuación judicial. La ciencia está presente con ese fin, tanto en el proceso de formación del jurista como en el momento de buscar la solución legal del caso. Ella ofrece unos recursos doctrinales y metodológicos acreditados como componentes del paradigma consagrado en el campo de las ciencias jurídicas: la dogmática jurídica.

Todo esto es suficientemente conocido. El imperio de la ley es el principio, siendo la ley concebida como una norma general, impersonal, racional y estable. Todo lo demás se instituye como contribución a su salvaguarda y efectividad. Simon expresa que: "En esta institucionalización no deja de haber deficiencias y contradicciones, pero son deficiencias que no ponen en contradicción el principio, sino que, por el contrario, pueden ser criticadas a partir de él. Así, por ejemplo, la dependencia del juez individual



respecto a unos superiores jerárquicos que disponen de poder disciplinario promocional sobre él, o la subordinación de la judicatura en su conjunto al Poder Ejecutivo en cuanto cuerpo gobernado a través del Ministerio de Justicia”.¹⁵⁹

Expresan Ibáñez y Movilla: “Como principio, el imperio de la ley se opone al imperio del monarca, en primer lugar, y es con ese sentido como surge históricamente. La declaración de que *la justicia emana del pueblo* intenta arrebatarle a aquél la potestad jurisdiccional. Esta atribución no es incompatible con la sumisión a la legalidad porque esta es el producto genuino de la soberanía popular. Pero, en segundo lugar, el imperio de la ley se opone también a la vigencia de la justicia entendida como principio objetivo. Y, en tercer lugar, se opone igualmente a la vigencia de una justicia administrada directamente por la sociedad, sin la mediación realizada por la ley”.¹⁶⁰

Las estructuras de legitimidad del poder o de la función judicial propias del Estado liberal han entrado en crisis debido a la pujanza actual de estos dos últimos principios, que además de ser opuestos a dichas estructuras, son contradictorios entre sí, aunque puede intentarse una especie de reconciliación o síntesis entre ambos.

Capella manifiesta que: “El proceso histórico por el que la ley ha dejado de despertar la confianza que despertaba para el liberalismo, es un proceso complejo, suficientemente estudiado desde distintos ángulos, y en el que convergen distintos aspectos, como el grado de desarrollo económico, la transformación de las organizaciones empresariales

¹⁵⁹ Simon, Dieter. **La independencia del juez**. Pág. 134.

¹⁶⁰ Ibáñez, Perfecto Andrés; Movilla Álvarez, C. **El poder judicial**. Págs. 86-87.



y del tráfico, la emergencia a la vida pública de las clases sociales marginadas, las múltiples intervenciones del Estado en la sociedad civil, etcétera; el surgimiento, en definitiva, de una constelación sociedad-Estado que ya no corresponde a la típicamente liberal y en la que el derecho ha quedado en parte desfasado, y en parte se ha convertido en un instrumento político o de gobierno utilizado profusamente como tal”.¹⁶¹

Precisamente, la confianza en las posibilidades del método científico jurídico para el hallazgo del derecho del caso empezó a resquebrajarse con las primeras manifestaciones de la crisis de la ley, cuando los jueces en la Europa continental no tenían más remedio que adaptarla a las necesidades sociales cada vez más cambiantes y complejas; y, por otro lado, cuando el ordenamiento comenzó a dejar de ser claro y homogéneo a consecuencia de su implementación por el Estado y los grupos sociales. La escuela del derecho libre es una de las primeras y más patéticas reacciones a dicha crisis.

La pervivencia de esta crisis es el motivo por el que la metodología jurídica ha sido adaptada en la doctrina y en los cuerpos legales, y la razón de que la interpretación y aplicación del derecho se vea ya definitivamente de otra manera, porque la teoría moderna de la interpretación jurídica, aunque surgida en un contexto histórico-social determinado por la crisis de la ley, tiene una justificación más profunda en las condiciones del proceso de conocimiento de la realidad.

¹⁶¹ Capella, J. R. **Entre sueños. Ensayos de filosofía política.** Pág. 123.



Así pues, si el intérprete del derecho se ve envuelto en un círculo hermenéutico siempre lleva consigo una anticipación o concepción previa del sentido del derecho que guiará la búsqueda de la solución del caso concreto, ¿cómo puede controlarse y legitimarse esa dosis de subjetividad? Ya no es suficiente una legitimidad instrumental, sino que es preciso pensar en otros criterios.

En la búsqueda de nuevos criterios de legitimidad que sean capaces de compensar las deficiencias del principio liberal, hay que partir del carácter incuestionable de las concreciones básicas de dicho principio: la soberanía popular, la sumisión de los jueces a la ley, la independencia y la inamovilidad son rasgos del Estado de derecho insustituibles para un funcionamiento de la justicia adecuado a las exigencias de ese tipo de Estado.

Como sostienen Ibañez y Movilla: “Las garantías procesales también lo son. Muchas de ellas son imprescindibles sencillamente para un buen funcionamiento de la justicia, con independencia del sistema jurídico-político donde se inserte, y no es necesario dar aquí razones que avalen esto. El problema es que son insuficientes, porque los jueces, que son los que tienen en sus manos la potestad de concretar el sentido de las leyes, ejercen esa potestad –a pesar de todas las garantías jurídico-políticas y jurídico-procesales– desde sus más profundas convicciones, y la sociedad no tiene por qué abdicar de su derecho a exigir responsabilidad por esas convicciones”.¹⁶²

¹⁶² Ibañez; Movilla. **Op. Cit.** Pág. 28.



¿Cómo hacerlo? Porque la exigencia de responsabilidad puede conducir a resultados indeseables, rechazables a partir de los mismos principios de justicia cuya efectividad se pretende conseguir. Si a esa exigencia no se le da un cauce adecuado, si se le vincula demasiado estrechamente, por ejemplo, a la ocasionalidad del juego político, puede resultar dañando de manera oportunista el principio de igualdad en el tratamiento del justificable, o el principio de imparcialidad, o bien puede verse afectada la independencia de juicio necesaria para tener en cuenta todos los aspectos del caso a enjuiciar.

Si de lo que se trata es de la solución justa al problema debatido, y la ley no ofrece todos los criterios de solución, y ofrece criterios concurrentes, o no del todo convincentes, lo más natural es intentar persuadir al juez de que recurra a ciertos criterios de justicia formulados de una manera general y abstracta y que contienen una riqueza normativa inagotable: los principios generales del derecho, o simplemente los principios del derecho. Esta es la vía recorrida por un sector eticista, cuasi-naturalista, de los estudios jurídicos y judiciales, continuando con una tradición que siempre había visto de buen agrado el recurso a los principios como fuente subsidiaria, y compatible con la primacía liberal y positivista de la ley.

Pero ahora ya los principios del derecho no tienen solamente la virtualidad de completar el ordenamiento jurídico, cuando este no ofrezca una solución al caso controvertido, sino que pueden guiar incluso la búsqueda de la solución legal del caso. Desde los principios se puede percibir la estructura interna del ordenamiento,



resolviéndose para caso el problema de la ambigüedad y de la contradictoriedad del sistema legal.

Como afirma Esser: “Los principios pueden tener un carácter inmutable o bien un carácter histórico y cambiante, pueden venir dados con la propia naturaleza del hombre y con la idea objetiva de justicia, o bien ser un producto de necesidades y ocurrencias históricas. Las diferencias son importantes, y no carece de interés adentrarse en este problema de su caracterización y fundamentación. Ahora bien, en cualquier caso, los principios ofrecen una solución de carácter ético-material al problema de la deficiencia de legitimidad”.¹⁶³

García de Enterría afirma que: “En los países que disponen de una Constitución directamente aplicable por los jueces y tribunales, los principios jurídicos se consideran incorporados en ella, y se eluden de esta manera los problemas derivados de una posible contradicción entre el ordenamiento jurídico y unas ideas “superiores” de justicia. En efecto, no hace falta acudir a un ámbito externo al ordenamiento cuando este contiene todo lo que la conciencia moral del juez puede demandar para una solución injusta del caso y no queda en entredicho la soberanía popular, expresada formalmente en la Constitución y en las leyes”.¹⁶⁴

¹⁶³ Esser, J. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Pág. 56.

¹⁶⁴ García de Enterría, E. **Principio de legalidad, estado material del derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución**. Pág. 85.



En países con un ordenamiento jurídico democrático, los jueces no solamente pueden acudir a los principios constitucionales, sino que están obligados a hacerlo, tanto por la validez inmediata de la Constitución como por su carácter de criterio interpretativo de las demás normas.

Sin embargo, con el recurso a los principios no queda resuelto el problema de la legitimidad, porque, aun cuando estos se conciban de una manera histórica u objetiva, y se afirme que su validez no depende de su aceptación por la sociedad, seguirá siendo necesario acudir a la argumentación y al intercambio de razones para establecerlos. ¿De qué otro modo sería accesible? La misma pregunta habría de hacerse en el caso de la determinación constitucional de los mismos, ya que la constatación de sus límites y de su adecuación para un caso determinado siempre es problemática.

En línea de principio, la vigencia social de la justicia se opone a su validez objetiva, la fundamentación historicista de los principios se opone a su fundamentación iusnaturalista. Pero su determinación para la práctica no puede prescindir de la sociedad en ningún caso, aun cuando se piense que el acuerdo que de hecho logre la sociedad en torno a ellos no agota su validez. La sociedad será necesaria siempre como vía de acceso a los mismos. La sociedad quiere decir aquí la estructura intersubjetiva de argumentación y de crítica cristalizada en unas coordenadas espacio-temporales.



Es en este sentido que podían concebirse como no contradictorios el principio objetivo de la legitimidad y el principio social de legitimidad. Puede pensarse que las convicciones sociales no convalidan necesariamente una decisión que afecta a la justicia, y la decisión judicial tiene ese carácter, pero la participación de todos los miembros de la sociedad, realizada en ciertas condiciones, sí dota a dicha decisión de legitimidad.

Manifiesta Habermas lo siguiente: “Ocurre aquí igual que con las decisiones del legislador. La legitimidad en ambos casos es una cuestión de procedimiento. Más aún, en general una norma de la acción humana es legítima cuando ha sido adoptada consensualmente en un procedimiento discursivo, en el que ocurren ciertos requisitos *ideales* que permiten un intercambio de razones entre todos los afectados en torno a su pretensión de validez. Entre esos requisitos se deben contar la ausencia de coacción, la libertad de participación y la libertad de argumentar sin restricciones. Se supone que un procedimiento tal llevará a la adopción de los mejores argumentos, aquellos que todos pueden aceptar porque defienden intereses generales. Se supone que un consenso obtenido de esta manera refleja una *voluntad racional*”.¹⁶⁵

Apel, manifiesta que: “Este es el modelo de la legitimidad política según el paradigma democrático de la modernidad. El modelo del consenso ideal a través del discurso es el fundamento de la legitimación democrática del derecho y del Estado”.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Habermas, J. **Problema de legitimación en el capitalismo tardío**. Pág. 131.

¹⁶⁶ Apel, Karl Otto. **El a priori de la comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética. El problema de la fundamentación racional de la ética en la era de la ciencia**. Pág. 169.



Aunque las comunidades *reales* de participación no coincidan con la comunidad *ideal* de diálogo, de esta derivan ciertas exigencias para aquellas, que han de ir realizándose en la medida de lo posible y que sirven, en cualquier caso, para enjuiciarlas críticamente.

No se puede pensar en la posibilidad de que las decisiones judiciales se adopten a través de un procedimiento similar al tipo ideal aludido, aunque el proceso judicial posea algunos rasgos propios de una estructura intersubjetiva de diálogo y argumentación. Por el contrario, incluso en los sistemas judiciales de los Estados democráticos, es inevitable que las decisiones judiciales presupongan una estructura de poder.

El juez, en efecto, es el llamado a decidir aquí, y este está sobrepuesto al conjunto de los participantes, debido a la imposibilidad de una reconciliación igualitaria y no coactiva de los intereses de las partes. El juez tiene autoridad sobre ellas, y esta cualidad del proceso contradice la comunidad ideal de comunicación. Por otro lado, todos los participantes, incluido el juez, están sometidos a unas fuentes vinculantes y su actuación participa de la legitimidad de estas. No hay aquí una estructura democrática de participación, caracterizada por la libertad e igualdad de aquellos que la integran.

Sin embargo, es posible abrir el proceso judicial al modelo de esa estructura ideal de participación, y es por esa vía por donde debe legitimarse. En primer lugar, puesto que



se está tratando de la legitimidad judicial, se debe prescindir de la legitimidad de las fuentes jurídicas vinculantes. Este es un problema previo, y, si se niega la legitimidad del derecho, o se considera absolutamente insubsanable en el proceso de su concreción, no hay muchas posibilidades de seguir hablando de la legitimidad judicial.

En segundo lugar, no hay que limitar los participantes en el proceso de aplicación del derecho a las partes actuantes e inmediatamente afectadas por la decisión. Aunque venga a dirimir un conflicto entre particulares, toda la sociedad se ve afectada por ella, y todos sus miembros pueden considerarse como participantes. El juez es un miembro más de la sociedad y debe considerarse como una parte integrante de esta, en condiciones de igualdad con el resto.

Hay distintas posibilidades de abrir el proceso de decisión judicial al modelo de la estructura participativa ideal: además de las tradicionales características orgánicas y procesales del poder y de la función judicial existente en los países de corte liberal, se puede pensar en otras.

En línea de principio, son consistentes con este propósito todos aquellos intentos de reforma que aumenten el intercambio de argumentos y razones con efectos en el proceso. Ibáñez y Movilla expresan que: "Concretamente, es inexcusable la necesidad de garantizar y potenciar las posibilidades de crítica de las resoluciones judiciales en el ámbito de la opinión pública. Una interpretación amplia de la figura del desacato contradice esa necesidad, y restringe el alcance del debate en torno a la justicia



judicial. Aunque se realiza *a posteriori*, la crítica de las sentencias es un medio de participación en la adopción de las mismas, que contribuye a hacerlas progresivamente más aceptables, más merecedoras de reconocimiento, o por lo menos más contrastadas y fundamentas”.¹⁶⁷ Esto es un buen intento de síntesis entre aquellos dos principios de legitimidad concurrentes con el imperio de la ley y que hoy pugnan por arrebatarse su exclusividad: la vigencia ideal de la justicia, y la participación de la sociedad en la jurisdicción.

Con respecto a este último, debe insistirse en su virtualidad legitimadora, pero no debe confundirse con el recurso del juzgador a la conciencia social, averiguada de una forma u otra. Muchas veces se ha aludido a este “tópico” con el fin de integrar o concretar la ley, en el mismo sentido que se recurre a unos principios de carácter histórico y sociológico. Se ha dicho, tanto desde posiciones políticas conservadoras como progresistas, que el juez debe auscultar el *ethos* social y dejarse guiar por él, que debe vincularse con las formas de pensar socialmente dominantes.

No parece que esta sea la mejor forma de legitimar las decisiones judiciales. Ni por parte de un juez profesional ni por parte de ningún otro tipo de juez. Cualquiera que esté en situación de juzgar debe hacerlo en conciencia, es decir, según su propia conciencia.

¹⁶⁷ Ibáñez; Movilla. **Op. Cit.** Pág. 149.



Los jueces deben estar abiertos a la participación y al diálogo, porque ese es el modelo de la racionalidad y la vía que conduce a ella. Esa es la vinculación social que deben tener. El diálogo es el mejor cauce para llegar a la convicción moral que sirve de base para la decisión. Esa convicción legitima cuando lleva consigo la creencia de que puede ser asumida por todos, de que merece el reconocimiento social y la adhesión de los implicados y de que, por tanto, debería ser aceptada por todo el mundo –aunque el juez crea, por otro lado, que en derecho hay pocas posibilidades de que se acepte–

Como manifiesta Esser: “Es la representación de un consenso ideal en torno a la decisión lo que dota de fundamento a las resoluciones judiciales, pero la responsabilidad para decidir debe tomarla cada juez desde una posición de independencia, incluida la independencia de ánimo”.¹⁶⁸

Esto parece contradecir las concepciones más democráticas acerca de la fundamentación de las sentencias. Efectivamente, cuando los jueces reflexionan sobre los fundamentos de la decisión, ¿no deberían dejarse guiar por las ideas ético-jurídicas dominantes en la sociedad? Piénsese en los casos en que la moral de algunos jueces excesivamente conservadores choca contra las concepciones sociales actuales, más tolerantes, de la moralidad y las buenas costumbres. Las sentencias represoras de estos jueces han sido tachadas frecuentemente de injustas por la opinión pública. Sobre todo, si el poder emana del pueblo, según la Constitución, ¿no debería el juez actuar en representación del pueblo?

¹⁶⁸ Esser, J. **Op. Cit.** Pág. 9.



Es cierto que la justicia emana del pueblo, y ese principio democrático debe inspirar toda la regulación jurídica de la organización y funcionamiento de la judicatura. Sin embargo, el que juzga es una persona –o tribunal– dotada de independencia por ese mismo pueblo que, a través de la Constitución, la pone en situación de juzgar.

Romero Moreno manifiesta lo siguiente: “Como se sabe, el concepto de representación es ambiguo, pero en este caso no debe tener el significado de un mandato imperativo ni debe entenderse en el sentido de ejecución de la voluntad empírica del representado”.¹⁶⁹

También es cierto que el juez debe tener en cuenta la realidad social del tiempo en que las normas se aplican, pero, desde esa situación de independencia, no debe prestarle a la realidad social una validez incondicionada. Hay aspectos de la realidad social que pueden ser criticables y mejorables. Y la realidad social, en cualquier caso, no consiste simplemente en las ideas dominantes.

Piénsese en el caso límite de una sociedad fascistizada, con una ideología dominante de carácter racista o intolerante con ciertas minorías políticas o culturales. Antes que asumir mecánicamente la realidad social, lo que debe hacer el juez es intentar profundizar en el conocimiento de la misma y establecer con ella una relación dialéctica de debate y argumentación. Debe tender hacia un consenso ideal y no limitarse por un consenso fáctico.

¹⁶⁹ Romero Moreno, J. M. **Sobre la polémica en torno al autogobierno del poder judicial**. Pág. 394.



Ahora bien, si el juez no se debe conectar necesariamente con la sociedad en el sentido que se indicó, la sociedad sí debe hacerlo con el juez. Es decir, como esa situación de independencia y autonomía moral en la interpretación del derecho admite varias posibilidades en cuanto al sentido de las decisiones judiciales, o dicho de otra manera, como hay jueces diferentes que pueden decidir en conciencia de manera diferente, la sociedad ha de procurar que la idea de consenso que rige la interpretación aplicación del derecho no se aleje mucho del contexto social, que forma la plataforma en donde surgen e interactúan las razones legitimadoras. Para ello no basta con la recomendación de que los jueces tengan en cuenta ese contexto, sino que es necesario asegurar su integración en él.

Hay distintas formas de hacerlo: desde una selección más “socializada” de los jueces profesionales, por ejemplo, hasta la introducción del jurado o la instauración de jueces legos para determinados asuntos, desde una vinculación de los órganos del Poder Judicial a las instituciones democráticas –con la mediación que se quiera– hasta la creación de jueces de barrio, etcétera. Tanto la participación en la formación de la convicción judicial a través de la argumentación como el control del poder de juzgar a través de éstos y de otros procedimientos, son irrenunciables para la sociedad.

Por último, en este paradigma de la legitimidad puede ser integrada la propuesta del “uso alternativo del derecho” procedente de una visión crítica de la práctica judicial de interpretación y aplicación del derecho.



El uso alternativo del derecho, manifiesta Saavedra: “(...) puede entenderse como una propuesta legitimadora, que parte del supuesto de que el derecho contiene posibilidades para la emancipación, y no solo es instrumento de dominio. En la medida en que el juez –igual que, dicho sea de paso, otros operadores jurídicos, entre los que cuentan todos los ciudadanos cuando hacen uso del derecho– utilice aquellas posibilidades, está contribuyendo a realizar unos valores legítimos y, por tanto, legitimando su propia práctica. Hasta aquí, el uso alternativo del derecho no se diferencia mucho del recurso a los principios jurídicos.

Como en este último caso, es una propuesta de legitimación que se basa en el contenido de las resoluciones judiciales. Va más allá, sin embargo, que la jurisprudencia de principios en el sentido de que propone una metodología auxiliar sociológica de carácter crítico. Ni el derecho ni los principios pueden ser entendidos sin vincularlos a un análisis de la sociedad real, de una sociedad capitalista, concretamente, en la que se da un determinado tipo de conflictos y unos determinados obstáculos a la igualdad y a la libertad”.¹⁷⁰

El uso alternativo del derecho sigue siendo una propuesta teóricamente correcta y políticamente consistente, si se enjuicia desde el punto de vista de la teoría y la praxis de los movimientos políticos enfrentados al sistema de dominación de las sociedades burguesas. Sin embargo, adolece de graves deficiencias en cuanto a sus posibilidades reales, sobre todo en aquellas sociedades que, como la nuestra en el momento actual,

¹⁷⁰ Saavedra, Modesto. **Op. Cit.** Pág. 218.



están caracterizadas por una alta integración y estabilización bajo la hegemonía de las clases interesadas en el mantenimiento y reproducción del sistema.

En este contexto, las posibilidades del uso alternativo del derecho sufren las mismas limitaciones que otras facetas de lo que se ha llamado la vía democrática al socialismo. La crisis social y la crisis de la izquierda han dado al traste con un gran número de prácticas y de actores que podrían encarnarlas.

En cualquier caso, y aunque esto no fuese así, tampoco es muy realista cifrar demasiadas esperanzas en su alcance jurídico-político. Los defensores del uso alternativo del derecho han pecado tal vez de un exceso de optimismo en la valoración política de la jurisprudencia, al creer que las decisiones judiciales son instrumentos de un poder independiente que podía ser utilizado de una manera eficaz para promover el cambio social.

Ello, no es cierto, a no ser, como lo manifiesta Simon: "(...) que se incluya entre la jurisprudencia de los tribunales la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, propia de un órgano dotado de una mayor autonomía política en su labor de interpretación del derecho, y aun él sin poder suplir la labor de otros aparatos y actores políticos que tiene institucionalmente asignado un protagonismo más activo y una incidencia decisiva en el gobierno de la sociedad".¹⁷¹

¹⁷¹ Simon, D. **La independencia del juez**. Pág. 57.



Esto, no obstante, no puede pasar por alto la importancia de la labor jurisprudencial en lo que concierne a la consolidación de las libertades y profundización de las garantías jurídicas frente al poder estatal, económico o puramente personas. Hay importantes relaciones sociales en juego cuya configuración –general y estable, no solo ocasional y transitoria– depende de la jurisprudencia de los tribunales superiores.

Pero, cualquiera que sea su valor, el uso alternativo del derecho, como la jurisprudencia de principios está subordinado a un supuesto básico legitimador, básico porque constituye la base de legitimidad de toda propuesta material o de contenido. El procedimiento establecido con vistas a la obtención de un consenso racional. Que está subordinado al procedimiento no significa que haya de ser sacrificado a este, o que haya que pensar el problema de la legitimación solo en términos procedimentales.

Significa que, idealmente, un procedimiento equitativo forma la base de legitimación de toda norma de conducta, porque solo en ese procedimiento se pueden intercambiar razones y argumentos sobre su conveniencia. Pero el procedimiento no excluye, antes bien, implica la utilización de argumentos. La propuesta de un “derecho alternativo” equivale al diseño de un marco de argumentos racionales capaces de ser utilizados en un procedimiento discursivo de legitimación. Igual que los principios o que cualquier otra fuente jurídica vinculante.



Por consiguiente, el problema de la legitimidad de las decisiones judiciales tiene que ser planteado en una doble dirección. Primero, en la dirección de una reforma y procedimiento tendente a la obtención de las mismas según el criterio del diálogo universal. Incluyendo en esta dirección la necesidad de una reforma de los vínculos institucionales entre los jueces y la sociedad, a fin de que aquellos –participantes resolutivos del procedimiento– no sean elementos aislados e impermeables a ese diálogo.

Segundo, en la dirección de la adopción, como base de la decisión, de aquellas razones que sean moralmente más convincentes, después de un proceso de análisis crítico en torno a los fines y efectos del derecho en la sociedad actual. De un análisis crítico que sea capaz de denunciar sus contradicciones en el momento de su inserción en la realidad y capaz, al mismo tiempo, de revelar su potencial emancipador. La primera dirección es una tarea de los poderes públicos. La segunda compete a cada juez en particular.

Sin embargo, la adopción de las “mejores” razones no se reduce al momento del juicio concreto que se está dirimiendo, sino que se extiende a todo un proceso de formación jurídica y política que alcanza en especial a las facultades de derecho, como centros de formación de los juristas. También, esto es una tarea de los poderes públicos.

Como se puede inferir del contenido de este capítulo y de las doctrinas y teorías aquí expuestas, la legitimación del Poder Judicial no viene del ejercicio directo de la democracia representativa sino de la ley, la cual se presupone democrática, por ser creada y promulgada por un poder cuyos miembros han sido electos de forma democrática, por lo que no es posible sin incurrir en contradicciones, cuestionar de forma ligera la legitimidad del actuar de los jueces.





CONCLUSIÓN

El argumento más sólido del constitucionalismo popular es que, los tribunales constitucionales limitan, indebidamente, el poder soberano de los órganos constitucionales (especialmente el del órgano más representativo: el Congreso) para la realización y progresión de los derechos humanos, ya que deciden, la mayoría de las veces, restringiendo los poderes soberanos reconocidos en la Constitución Política de la República, o bien, restringiendo los avances de las fuerzas extraconstitucionales en su intento de reformar la Constitución.

Lo que se cuestionan algunos autores es la necesidad de recurrir al constitucionalismo popular, para criticar algunas decisiones de los tribunales constitucionales que contengan interpretaciones distorsionadas de la Constitución. En opinión de estos autores, no se necesita eliminar o reducir la facultad general de los tribunales constitucionales, para anular esas decisiones erróneas. El riesgo real del constitucionalismo popular -dicen estos autores- es que, a largo plazo, socavará el control de constitucionalidad. Como se analice hoy el control de constitucionalidad por parte de los académicos, influirá en la manera como se practique mañana.

El temor principal de algunos, es que el constitucionalismo popular haga que los futuros jueces progresistas, se abstengan de intervenir ante decisiones de otros poderes del Estado y no hagan cumplir la Constitución con el fin de hacer progresar la libertad y la igualdad. El reto para los progresistas es configurar una visión alternativa del control de constitucionalidad, diferente de la ofrecida por los conservadores o los populistas, que

haga que los tribunales actúen para proteger la dignidad de las personas reforzar la libertad y promover la igualdad, la pregunta es ¿si volverse en contra de los tribunales constitucionales es la manera de conseguirlo?

Sin embargo, debe reconocerse que el constitucionalismo popular es una perspectiva cada vez más difundida entre los constitucionalistas. Dicha propuesta, elaborada por académicos prominentes merece atención cuidadosa y ha conseguido un gran número de seguidores. Es una teoría atractiva para los progresistas, porque subraya el populismo y la confianza del pueblo; al mismo tiempo, reacciona en contra de los tribunales constitucionales en una época en que estos se han vuelto un cuarto poder, no consignado así en la Constitución, pero que a veces con extrema petulancia se sitúa sobre los otros tres.

Empero, el problema más grande que debe resolver el constitucionalismo popular, es el del peligro que la protección de los derechos de las minorías, de los derechos y libertades se vean garantizados, pues su defensa no puede confiarse sin más, al criterio de la mayoría; mientras que los jueces y tribunales constitucionales -aun con todas sus lacras- resultan esenciales en la democracia.



BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA SÁNCHEZ, J. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional.** Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998.
- AGNOLI, J.; BRÜCKNER, P. **La transformación de la democracia.** México: Editorial Siglo XXI, 1971.
- AGOZINO. Alberto C. **Ciencia política y sociología electoral.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 1997.
- AGUIAR DE LUQUE, L. **El control de constitucionalidad de normas en el modelo europeo de justicia constitucional.** Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica: 2002.
- ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence B. **¿Constitucionalismo popular?** España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos constitucionales.** México: Editorial Fontamara, 2005.
- ALTERIO, Ana Micaela; NIEMBRO ORTEGA, Roberto. **La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional: el caso vacantes.** En: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. No. 16.** 2011.
- APEL, Karl Otto. **El a priori de la comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética. El problema de la fundamentación racional de la ética en la era de la ciencia.** Barcelona, España: Editorial Ariel, 1987.



- ARAGÓN, M. **Constitución y control de poder**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- ARON, R. **Democracia y totalitarismo**. Barcelona, España: Editorial Seix Barral, 1956.
- AYALA CORAO, Carlos. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. México: Editorial Porrúa, 2013.
- BALKIN, Jack M. **El populismo y el progresismo como categorías constitucionales**. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 1995.
- BAYÓN, Juan Carlos. **Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo**. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- BAYÓN, Juan Carlos. **Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo**. En: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. **El canon neoconstitucional**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2010.
- BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia**. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2010.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política**. Barcelona, España: Editorial Siglo XXI, 1983.
- BURDEAU, G. **La democracia**. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1970.
- CAPELLA, J. R. **Entre sueños. Ensayos de filosofía política**. Barcelona, España: Editorial Icaria, 1985.
- CAPPELLETTI, Mauro. **La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)**. México: UNAM, 1987.



- DAVINS, Neal. **Constitucionalismo popular**. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2006.
- DONELLY, Tom. 2012. **Hacer que el constitucionalismo popular funcione**. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **La lectura moral y la premisa mayoritaria**. En: HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald. **Democracia deliberativa y derechos humanos**. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1999.
- ESSER, J. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1961.
- FERRAJOLI, Luigi. **Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción**. En: **Reforma judicial. Revista mejicana de justicia. Nos. 15 y 16**. IJ. UNAM, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **El deber de adoptar disposiciones de derecho interno**. Ensayo compilado en: **Derecho procesal de los derechos humanos**. México: Editorial Porrúa, 2014.
- FERRERES COMELLA, Víctor. **El control judicial de la ley: el problema de su legitimidad democrática**. México: Editorial Fontamara, 2012.
- FINLEY, M. I. **vieja y nueva democracia**. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1972.
- FRANK, Jason. **Declarando el diceso: Frederick Douglass y We the people**. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- FRIEDMAN, Barry. **Constitucionalismo popular mediado**. Madrid, España: Editorial Trotta, 2003.



- FRIEDRICH, C. J. **Gobierno constitucional y democracia**. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1975.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas**. España: Bubok Publicaciones, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. **La constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional**. Madrid, España: Editorial Civitas, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. **Principio de legalidad, estado material del derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución**. Madrid, España: Editorial Civitas, 1981.
- GARGARELLA, Roberto. **¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en américa latina?** En: ALTERIO, Ana Micaela; NIEMBRO ORTEGA, Roberto. **La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional: el caso vacantes**. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. No. 16, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. **Acerca de Barry Friedman y el constitucionalismo popular mediado**. En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 6. Número 1. Argentina: 2005.
- GARGARELLA, Roberto. **El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The people themselves, de Larry Kramer**. Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes**. En: CAMPOS BERNAL, Heber Joel (Editor). **Control constitucional y activismo judicial**. Perú: Ara Editores, 2012.



GONZÁLEZ-TREVIAJANO SÁNCHEZ, P. J. **El tribunal constitucional. España**

Editorial Arazandi, S. A., 2000.

HABERMAS, J. **Problema de legitimación en el capitalismo tardío.** Buenos Aires,

Argentina: Editorial Amorrortu, 1975.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2008.

HARO, R. **El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales:** En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.** Fundación Konrad Adenauer Stiftung, A.C., 2004.

HELD, David. **Modelos de democracia.** España: Alianza Editorial, 2012.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés.; MOVILLA ÁLVAREZ, C. **El poder judicial.** Madrid, España: Editorial Tecnos, 1986.

JELLINEK, F. **Teoría general del Estado.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Albatros, 1943.

JURADO FERNÁNDEZ, J. **Jueces y constitución.** Costa Rica: Editorial Juricentro, 2003.

KRAMER, Larry. **Anti-populismo enmascarado.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2005.

KRAMER, Larry. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad.** Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2011.

KRAMER, Larry. **Constitucionalismo popular.** Perú: Palestra Editores, 2011.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.** Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2008.



- LÓPEZ GUERRA, L. **Introducción al derecho constitucional.** Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 1994.
- MACPHERSON, C. B. **La realidad democrática, liberalismo, socialismo, tercer mundo.** Barcelona, España: Editorial Fontabella, 1968.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. **El Tribunal Constitucional como órgano político.** Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- MARTINOTTI, Héctor Julio. **Breve historia de las ideas políticas.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Claridad, S. A., 1988.
- MICHELMAN, Frank. **Supremacía judicial, el concepto de la ley y la santidad de la vida.** En: SARAT, Austin; KEARNS, Thomas. **Justicia e injusticia en la ley y la teoría legal.** España: Editorial Marcial Pons, 1996.
- MONROY CABRA, M. G. **Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales.** En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.** Fundación Konrad Adenauer Stiftung, A.C., 2004.
- MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego. **Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica.** Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto. **¿Qué es el constitucionalismo popular?** En: ALTERIO, Ana Micaela; NIEMBRO Ortega, Roberto. **La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional: el caso vacantes.** En: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. No. 16,** 2011.



NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Derechos fundamentales, bloque constitucionalidad de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad.** México: Editorial Ubijus, 2014.

PARKER, Richard. **Manifiesto constitucional populista.** Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 1993.

PATIÑO CRUZ, S.; OROZCO SOLANO, V. **La inconstitucionalidad por omisión.** Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., 2004.

PISARRELLO, Gerardo. **Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático.** Madrid, España: Editorial Trotta, 2011.

PIZA ESCALANTE, R. **La justicia constitucional en Costa Rica.** Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., 2004.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. **Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial.** Perú: Palestra Editores, 2011.

POST, Robert; SIEGEL, Niel. **Protegiendo la Constitución del pueblo. Restricciones juricéntricas en la sección cinco del poder.** Madrid, España: Editorial Marcial Pons, 2003.

POZEN, David E. **Elecciones judiciales como constitucionalismo popular.** España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

ROMERO MORENO, J. M. **Sobre la polémica en torno al autogobierno del poder judicial. Anuario de Derechos Humanos.** Madrid, España: Instituto de Estudios Constitucionales, 1986.



- SAAVEDRA, Modesto. **Poder judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad.** En: CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO Héctor; VÁSQUEZ, Rodolfo (Compiladores). **Jueces y derecho. Problemas contemporáneos.** México: Editorial Porrúa, 2008.
- SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución.** Madrid, España: Editorial Tecnos, S. A., 1998.
- SIMON, D. **La independencia del juez.** Barcelona, España: Editorial Ariel, 1987.
- SOLÍS FALLAS, A. **La dimensión política de la justicia constitucional.** Costa Rica: Editorial Impresiones Gráficas del Este, S. A., 2000.
- TÓCORA, L. F. **Control constitucional y derechos humanos.** Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional, 1992.
- TOCQUEVILLE, A. **La democracia en América.** Madrid, España: Alianza Editorial, 1989.
- TORRES DEL MORAL, A. **Introducción al derecho constitucional.** España: Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996.
- TUSHNET, Mark. **Apartando la Constitución de los tribunales.** Perú: Palestra Editores, 2012.
- TUSHNET, Mark. **Prefacio.** En: Alterio, Ana Micaela; Niembro Ortega, Roberto (Coordinadores). **El constitucionalismo popular en Latinoamérica.** México: Editorial Porrúa, 2013.
- TUSHNET, Mark. **Sacando la Constitución de la corte.** España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.



WALDRON, Jeremy. **Deliberación, desacuerdo y votación.** En: HONGJU KOH

Harld; SLYE, Ronald. **Democracia deliberativa y derechos humanos.**

Barcelona, España: Editorial Gedisa, 2004.

ZURN, Christopher F. **Democracia deliberativa y control constitucional.** España:

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.