

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL

**La justicia constitucional de la democracia
deliberativa**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Roberto Niembro Ortega

DIRECTORES

Ignacio Torres Muro
Juan Carlos Velasco Arroyo

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

La justicia constitucional de la democracia deliberativa

MEMORIA PARA OPTAR POR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADA POR

Roberto Niembro Ortega

Directores

Dr. Ignacio Torres Muro

Dr. Juan Carlos Velasco Arroyo

Madrid, 2016

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

La justicia constitucional de la democracia deliberativa

MEMORIA PARA OPTAR POR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADA POR

Roberto Niembro Ortega

Directores

Dr. Ignacio Torres Muro

Dr. Juan Carlos Velasco Arroyo

Madrid, 2016

A Micaela, Fausto y Matilde

La justicia constitucional de la democracia deliberativa

Agradecimientos.....	III
Resumen.....	1
Abstract.....	3
Introducción.....	5
Capítulo I. Del control judicial a la supremacía judicial.....	9
1. Planteamiento.....	9
2. Contexto ideológico en el que se consolida la supremacía judicial.....	18
3. Crítica a los argumentos que sostienen la supremacía judicial.....	24
3.1. La constitución es una norma preponderantemente jurídica.....	25
3.2. La constitución es una norma completa.....	29
3.3. El argumento de los mejores intérpretes constitucionales.....	42
3.4. El argumento de la anarquía.....	60
Capítulo II. De la supremacía judicial al diálogo constitucional.....	71
1. Las bases de un modelo dialógico: el paradigma discursivo.....	71
2. Entre la supremacía judicial y la supremacía legislativa.....	86
2.1. El modelo de supremacía judicial de Robert Alexy.....	86
2.2. El modelo de supremacía legislativa o control judicial débil de Jeremy Waldron.....	97
3. Por una tercera vía: el modelo dialógico.....	104
Capítulo III. Teorías descriptivas y normativas del diálogo constitucional.....	119
1. Teorías descriptivas del diálogo.....	119
1.1. La teoría canadiense y la cláusula 33 de la Carta canadiense de Derechos y Libertades.....	119
1.2. La teoría del diálogo de Barry Friedman.....	127
2. Teorías normativas del diálogo.....	132
2.1. Teorías elitistas: El diálogo judicial.....	132
2.2. Teorías democráticas. El constitucionalismo popular.....	162
Capítulo IV. Formas institucionalizadas de diálogo constitucional.....	185

1. La necesidad de institucionalizar el diálogo: La despenalización del aborto en el Distrito Federal y sus secuelas.	185
2. Los procesos judiciales como instrumentos de participación política y los tribunales como sedes de diálogo.....	192
2.1. La participación en los procesos judiciales como instrumento de participación política.	193
2.2. Los tribunales como sedes de diálogo.	197
2.3. El litigio estructural y los tribunales como mecanismos de participación política y como sedes de diálogo.....	202
3. Diálogo entre tribunales constitucionales y poder legislativo.....	219
3.1. El nuevo procedimiento para la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo mexicano (reforma constitucional de 2011)	220
3.2. Las respuestas legislativas ordinarias a las declaraciones de inconstitucionalidad.	235
Capítulo V. Aportes de la justicia constitucional al proceso deliberativo	277
1. Planteamiento.....	277
2. Sobre las contribuciones de la justicia constitucional a la democracia deliberativa..	283
2.1. Contribuciones a la deliberación parlamentaria.....	285
2.2. Promover y garantizar la deliberación y participación en la esfera pública.....	313
3. Remedios que tienen los tribunales en sus manos para lograr su cometido deliberativo.	319
VI. Conclusiones	324
Bibliografía	336

Agradecimientos

La elaboración de esta tesis doctoral fue para mí una aventura intelectual y personal muy especial, por la gente que me acompañó, por los lugares en los que tuve la oportunidad de vivir y por lo que he podido aprender. Esta aventura empezó en 2009 con mis cursos de doctorado en derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, a la par que realizaba la especialidad en derechos humanos en la misma Universidad y el Diploma en ciencia política y derecho constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, gracias a una beca de la Fundación BBVA, al apoyo del Magistrado federal Horacio Hernández Orozco y al de mis padres.

En esa primera etapa conocí a Micaela, con quien más adelante tuve la fortuna de unir mi vida y con quien he generado una hermosa familia. Son muchas las cosas que podría agradecerle, pero lo más importante han sido su amor, su apoyo y su paciencia. En buena medida esta tesis es fruto de las interminables y enriquecedoras charlas que hemos tenido durante estos años. Esta tesis se la dedico a ella y a nuestros amados hijos Fausto y Matilde.

De igual forma, durante mis cursos de doctorado en derecho constitucional conocí al profesor Ignacio Torres Muro, quien unos meses después aceptaría ser mi director de tesis, por recomendación de otro de mis maestros españoles Luis Pomed Sánchez. Ambos me han brindado un gran apoyo durante estos años. El profesor Torres Muro como indispensable guía en mi investigación y, afortunadamente, como crítico permanente de mi concepción de la justicia constitucional, lo que me obligó a redoblar esfuerzos y a afinar mi propuesta. Por su parte Luis, como mi jefe en el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional Español, quien me brindó una excelente formación como becario en el Servicio de Doctrina.

También en esta primera etapa tuve la oportunidad de asistir a un seminario con el profesor Roberto Gargarella en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, con quien tuve una primera plática sobre el constitucionalismo dialógico y el constitucionalismo popular en el Café de la Ópera de Madrid.

Afortunadamente han pasado los años y gracias a su generosidad mis consultas siguen siendo resueltas. Sin haber sido uno de mis directores, el profesor Gargarella se convirtió naturalmente en uno de mis referentes intelectuales.

Después de un par de años de vivir en Madrid me mudé a Heidelberg, Alemania, para hacer una estancia de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. Ahí me adentré en el estudio del diálogo judicial como una de las manifestaciones del diálogo constitucional, y continúe con mis interminables clases en el idioma alemán. Además, tuve la fortuna de haber obtenido una beca del CONACYT para continuar con mis estudios de doctorado y de que el profesor Juan Carlos Velasco haya aceptado ser mi codirector de tesis, cuya imprescindible guía en teoría política y valiosas sugerencias fueron fundamentales para concluir este trabajo. Después de seis meses volví a Madrid, donde nació mi hijo Fausto.

Algunos meses después, ya en México, fui aceptado en la maestría en teoría del derecho en la Universidad de Nueva York para lo cual me fue concedida la beca Hauser Global, por lo cual estoy muy agradecido. La experiencia de vivir en Nueva York, junto con las excelentes clases que puede tomar con Jeremy Waldron, John Ferejohn, Barry Friedman, Lewis Kornhauser, Kenji Yoshino, Stephen Holmes, Wojciech Sadurski, David Dyzenhaus, entre otros, me permitieron reforzar algunos temas de la tesis y tener un motivo más para regresar en el futuro.

Como siempre tuve en mente pero sin saber si se haría realidad, esta aventura ahora se desarrolla en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, gracias a la oportunidad que me ha dado uno de mis primeros maestros en derecho constitucional el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Esta oportunidad me ha permitido conocer muy de cerca el ejercicio de la justicia constitucional, así como contrastar con la realidad algunas de mis propuestas.

Finalmente, pero no por ello menos importante, tengo una deuda infinita con mis padres Roberto Niembro y Estela Ortega, así como con mi hermana Lola Niembro. En todos los sentidos y desde todos los frentes han creído en mí y me han brindado su apoyo incondicional. Sin duda, este logro se les debe también a ellos ¡Gracias!

De los amigos con quienes compartí alguna parte de mi estancia en el extranjero quiero hacer una mención especial de Juan Mata, Luis Alberto Trejo y David Alberto Jaimes. Buenos amigos que continúan hasta la fecha.

Naturalmente esta travesía personal e intelectual aún no termina, aunque la conclusión de la tesis doctoral es un parteaguas, con el cual me siento satisfecho. Ojalá los amables lectores de esta tesis tengan la misma opinión

Resumen

Esta tesis tiene como propósito proponer una teoría distinta a la prevaleciente sobre la función de los jueces constitucionales y un diseño del control judicial acorde con los postulados de la democracia deliberativa. En mi opinión, los jueces cumplen su función según la concepción que tienen de la misma, las instituciones en las que operan y teniendo en cuenta consideraciones políticas y estratégicas. De esta manera es necesario tanto una teoría como un diseño institucional que incentive la deliberación, aumente la participación y contribuya al logro de un debate racional.

La tesis está dividida en cinco capítulos. En el primer capítulo explico el modelo prevaleciente de justicia constitucional conocido como de supremacía judicial, describo el contexto ideológico que lo justifica y critico los argumentos más comunes que lo sostienen. Una de las implicaciones que más me interesa destacar de la supremacía judicial es la vinculación de todos los poderes a la interpretación constitucional sustentada por los tribunales constitucionales, particularmente la vinculación del poder legislativo (supremacía interpretativa), en tanto que impide las respuestas legislativas ordinarias a las declaratorias de inconstitucionalidad.

En el segundo capítulo planteo las bases del paradigma discursivo y exploro la justificación que hace Robert Alexy de la supremacía judicial sustentándose en este paradigma. Asimismo, analizo la propuesta alternativa de supremacía legislativa defendida por Jeremy Waldron. En mi opinión, ninguna de las dos propuestas es la más adecuada para acercarse al ideal de la democracia deliberativa, por lo que propongo adoptar una tercera vía, el modelo dialógico.

En el tercer capítulo repaso las teorías descriptivas y normativas del diálogo. Entre las teorías descriptivas están la teoría canadiense surgida a raíz de la cláusula 33 de la Carta canadiense de derechos y libertades, así como la teoría de Barry Friedman para justificar el control judicial en los Estados Unidos. Por su parte, entre las teorías normativas distingo las teorías elitistas, entre las cuales está la teoría del diálogo judicial, y las teorías democráticas, entre las que ubico el denominado constitucionalismo popular.

En el cuarto capítulo describo algunas formas institucionales de diálogo constitucional. Por un lado, analizo cómo los tribunales constitucionales pueden ser sedes de diálogo y mecanismos de participación política. En segundo lugar analizo mecanismos de diálogo entre los tribunales y el poder legislativo, por un lado, el nuevo procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano y, por el otro, la posibilidad de respuestas legislativas ordinarias a las declaratorias de inconstitucionalidad tanto en España como en México.

Finalmente, en el capítulo quinto reflexiono sobre los aportes que la justicia constitucional –sin supremacía judicial- puede hacer a la democracia deliberativa. Estos pueden distinguirse entre aportes a la deliberación parlamentaria y aportes a la deliberación en la esfera pública no institucionalizada, y concluyo examinando los mecanismos que tiene la justicia constitucional para llevar a cabo estos cometidos.

Abstract

My dissertation propose a different understanding and design of judicial review according to the ideal of deliberative democracy. In my opinion, judges are oriented by their own understanding of their functions, institutions and strategic factors. In this way, it is necessary to have a theory and design institutional mechanisms that further deliberation, increases participation and contribute to a reasoned debate.

The dissertation is divided in five chapters. In the first one, I explain judicial review with judicial supremacy. According to Jeremy Waldron judicial supremacy refers to a situation in which (1) the courts settle important issues for the whole political system, (2) those settlements are treated as absolutely binding on all other actors in the political system, and (3) the courts do not defer to the positions taken on these matters in other branches (not even to the extent to which they defer to their own past decisions under a limited principle of stare decisis). One of the features that interest me more of judicial supremacy is the binding force of judicial constitutional interpretation.

In the second chapter I explained the basis of dialogic model and explore Robert Alexy's justification of judicial supremacy. Likewise, I study Waldron proposal of legislative supremacy. In my view, neither of them is suitable for deliberative democracy. Instead I propose a dialogic model.

In the third chapter I review normative and descriptive dialogic theories. Among descriptive theories are the Canadian notwithstanding clause and Barry Friedman's theory related with American judicial review. Among normative theories we can distinguish between elitist and democratic theories. An elitist theory is judicial dialogue and a democratic theory is popular constitutionalism.

In chapter four I describe dialogic institutions. On the one hand, I study how constitutional courts can be a deliberation forum and a mechanism of political participation. On the other hand I study dialogic institutions between courts and legislatures. The first one is new *amparo* procedure. The second one is ordinary legislative responses to declaration of unconstitutionality.

Finally, in chapter five I explore how constitutional justice contributes to deliberative democracy. I distinguish between contributions to parliamentary deliberation and contributions to public sphere. At the end, I consider remedies judges have to make these contributions.

Introducción

El objetivo de esta tesis es proponer una forma -distinta a la prevaleciente- de concebir la función de los jueces constitucionales, de ejercer la jurisdicción constitucional e institucionalizar el control judicial en consonancia con el ideal de la democracia deliberativa. Si bien es cierto que las definiciones sobre la democracia deliberativa difieren ampliamente unas de otras, en todas ellas existe un núcleo de rasgos comunes que las caracterizan. Así, todas concuerdan en que el concepto incluye la toma colectiva de decisiones en público con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes (parte democrática), y que han de ser tomadas por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad (parte deliberativa)¹.

Desde mi perspectiva, la manera en que los jueces constitucionales cumplen su función depende de la concepción que tengan sobre cuál es el papel de la justicia constitucional en un Estado democrático, de la configuración institucional en que están inmersos y de consideraciones políticas o estratégicas. De ahí que no basta con formular una perspectiva diferente sobre cuál deba ser la función de los jueces en el proceso de interpretación constitucional, sino que también es necesario incorporar mecanismos que aumenten el nivel de deliberación, amplíen la participación y propicien que las decisiones de los tribunales se fundamenten en razones que puedan ser contrastadas, es decir, establecer procedimientos que institucionalicen exigencias de fundamentación intersubjetiva y las vías por las que ha de procederse al desempeño de esas exigencias².

¹ Jon Elster, "Introducción", en Jon Elster (compilador), *La democracia deliberativa*, traducción por José María Lebrón, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 21. Cabe precisar que Elster se refiere a las definiciones de democracia deliberativa planteadas en los trabajos que conforman el libro citado, sin embargo, me parece que su descripción es de utilidad general.

² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 5ª ed., 2008, p. 555. Esto es así, pues las decisiones de los jueces constitucionales son parte del procedimiento democrático que institucionaliza formas de comunicación necesarias para la formación racional de la voluntad. *Ibid.*, p. 248.

La tesis está dividida en cinco capítulos. En el primer capítulo explico el modelo prevaleciente de justicia constitucional conocido como de supremacía judicial, describo el contexto ideológico que lo justifica y critico los argumentos más comunes que lo sostienen. Este modelo se corresponde con una situación en la cual (1) los tribunales resuelven asuntos importantes para la comunidad política, (2) esas soluciones son tratadas como absolutamente vinculantes sobre todos los demás actores del sistema político, y (3) los tribunales no son deferentes a la posición que tengan las otras ramas del gobierno³. Una de las implicaciones que más me interesa destacar de la supremacía judicial es la vinculación de todos los poderes a la interpretación constitucional sustentada por los tribunales constitucionales, particularmente la vinculación del poder legislativo (supremacía interpretativa), en tanto que impide las respuestas legislativas ordinarias a las declaratorias de inconstitucionalidad.

En el segundo capítulo planteo las bases del paradigma discursivo y exploro la justificación que hace Robert Alexy de la supremacía judicial sustentándose en este paradigma. Asimismo, analizo la propuesta alternativa de supremacía legislativa defendida por Jeremy Waldron. En mi opinión, ninguna de las dos propuestas es la más adecuada para acercarse al ideal de la democracia deliberativa, por lo que propongo adoptar una tercera vía, el modelo dialógico. El punto de partida de este modelo es el desacuerdo sobre el sentido de la Constitución, el cual es visto como una fuerza creativa y no como un problema a erradicar. Así, busco superar la dicotomía entre supremacía parlamentaria y supremacía judicial en que suele plantearse el debate sobre el control judicial, proponiendo un modelo dialógico en el que la conformación de la interpretación constitucional se define a través de una ongoing discussion en la que participan un número infinito de actores.

En el tercer capítulo repaso las teorías descriptivas y normativas del diálogo. Entre las teorías descriptivas están la teoría canadiense surgida a raíz de la cláusula

³ Jeremy Waldron, "The core of the case against judicial review", *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2006, p. 1354, nota al pie 22.

33 de la Carta canadiense de derechos y libertades, así como la teoría de Barry Friedman para justificar el control judicial en los Estados Unidos. Por su parte, entre las teorías normativas distingo las teorías elitistas, entre las cuales está la teoría del diálogo judicial, y las teorías democráticas, entre las que ubico el denominado constitucionalismo popular.

En el cuarto capítulo describo algunas formas institucionales de diálogo constitucional. Por un lado, analizo cómo los tribunales constitucionales pueden ser sedes de diálogo y mecanismos de participación política. Particularmente interesante son los casos de litigio estructural y me refiero a algunos casos de la práctica argentina. En segundo lugar analizo mecanismos de diálogo entre los tribunales y el poder legislativo, por un lado, el nuevo procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano y, por el otro, la posibilidad de respuestas legislativas ordinarias a las declaratorias de inconstitucionalidad tanto en España como en México.

Finalmente, en el capítulo quinto reflexiono sobre los aportes que la justicia constitucional –sin supremacía judicial- puede hacer a la democracia deliberativa. Estos pueden distinguirse entre aportes a la deliberación parlamentaria y aportes a la deliberación en la esfera pública no institucionalizada, y concluyo examinando los mecanismos que tiene la justicia constitucional para llevar a cabo estos cometidos.

A lo largo de la tesis es posible ver una propuesta discursiva que piensa la justicia constitucional desde diferentes perspectivas, a saber: como sede, interlocutora, promotora y garante de la deliberación. Todas estas facetas de la justicia constitucional deliberativa son importantes y deben distinguirse. La concepción deliberativa que se defiende en esta tesis se separa del modelo propuesto por el constitucionalismo de la postguerra, en el que la justicia constitucional se describe como garante de los derechos fundamentales y de la democracia, y de acuerdo con el cual los tribunales constitucionales juegan un desmesurado protagonismo como intérpretes de la Constitución.

Para terminar vale aclarar que a lo largo de la tesis utilizaré como sinónimos deliberación y diálogo, aunque en sentido estricto no significan lo mismo. En efecto, mientras que el diálogo es una plática entre dos o más personas que

alternativamente manifiestan sus ideas o afectos, la deliberación implica considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, así como las razones para adoptarla. Es decir, puede haber diálogo con o sin deliberación, esto es, con o sin intercambio y valoración de razones de un curso de acción⁴. En esa tesitura, la justicia constitucional deliberativa no sólo está enfocada en la promoción del diálogo sino en una deliberación políticamente relevante y efectiva en la que “las razones constituyen la moneda de un intercambio discursivo, mediante el que se desempeñan pretensiones de validez susceptibles de crítica”⁵.

⁴ Una distinción semejante la hace Tremblay al hablar de diálogo como conversación y diálogo como deliberación. En el primer caso, los participantes no tienen un objetivo específico más que el de explorar o crear un mundo y cuerpo común de significados, aprender de los otros o descubrir nuevas perspectivas. No hay un debate o argumentación fuerte. Es un intercambio informal de ideas, opiniones, sentimientos, etc. Por otro parte, el diálogo como deliberación tiene propósitos prácticos: tomar decisiones, llegar a un acuerdo, solucionar colectivamente problemas o conflictos, etc. El diálogo como deliberación implica que los participantes se reconozcan como iguales; todos deben tener las mismas oportunidades de adelantar tesis, hacer propuestas, defender determinadas opciones, y de tomar parte en la decisión final. Nadie puede ser excluido o puede imponer el resultado por decreto, ni puede haber jerarquía que permita a alguno de los participantes poner fin al desacuerdo. Así, la deferencia o sumisión a las visiones de otros es incompatible con la idea de un diálogo entre iguales. Se trata de persuadir y no de ejercer coerción, por lo que debe haber disposición de los participantes a exponer sus opiniones a un análisis crítico y a cambiarlas. Luc. B. Tremblay, “The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures”, *Int’l J. Const. L.*, Vol. 3, núm. 4, 2005, p. 630-632, 638.

⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 98.

Capítulo I. Del control judicial a la supremacía judicial

1. Planteamiento

Es necesario empezar este capítulo con una obviedad que muchas veces se olvida. Quién deba definir las disputas constitucionales es una cuestión de diseño institucional que varía según el momento y el lugar en que nos encontremos. Como hoy podemos requerir de un tribunal para resolver nuestros conflictos constitucionales, mañana podemos no hacerlo⁶. De este modo, la decisión de encomendar los derechos a mayorías reforzadas y órganos jurisdiccionales debe ser vista como un diseño institucional coyuntural, que no necesariamente lo exige el ideal de los derechos⁷ ni un Estado democrático⁸.

De igual forma, la filosofía sobre la función de la justicia constitucional se renueva con el tiempo. Así, por ejemplo, para Ahumada, en Europa se ha transitado de una concepción en términos de defensa presente en los períodos fundacionales, según la cual los tribunales constitucionales son los intérpretes supremos de la constitución y sus sentencias vinculan a todos, a otra en democracias “bien establecidas” en las que los tribunales fungen como colaboradores del debate sobre los valores que la constitución protege y respecto la forma más adecuada de protegerlos⁹. Esta concepción “tiene consecuencias no sólo para la posición de los tribunales constitucionales frente a los demás poderes, sino también para

⁶ Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, traducción de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 269. En este sentido, Habermas considera que no sería totalmente desacertado reservar, en última instancia, el control abstracto de normas a un autocontrol del legislador, que podría adoptar la forma de un procedimiento articulado en términos de proceso judicial. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 5ª ed., 2008, p. 315.

⁷ Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 312 y 313.

⁸ Christoph Möllers, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, München, Verlag C. H. Beck, 2009, p. 62.

⁹ Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 49-52.

determinar los límites internos de su función y el modo en que debe ser ejercida”¹⁰. Como veremos más adelante, este tránsito si bien es deseable no se ha llevado a cabo en todos lados. Así, creo, puede constatarse en las resoluciones de los propios tribunales constitucionales.

Pues bien, el problema central del control judicial de constitucionalidad¹¹ en el que quiero enfocarme radica en cómo el discurso de justificación y, por tanto, de creación del derecho que utilizan los tribunales constitucionales¹² suele convertirse por decisión de los propios tribunales y con el apoyo de un sector de la doctrina en un discurso cerrado y monológico, en tanto buscan ser los intérpretes supremos¹³. Los jueces han logrado este cometido a través de diferentes medios, entre los cuales están: a) utilizar cánones más agresivos de revisión de la actuación del

¹⁰ *Ibid.*, p. 57.

¹¹ Como explica Zurn, cuando se discute sobre la *judicial review* es necesario distinguir entre la protección individual de los derechos fundamentales en casos concretos y la revisión constitucional de las leyes, pues la defensa de la segunda función no puede derivarse, sin más, de la primera. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge University Press, 2009, pp. 292 y 293, nota al pie 72.

¹² Desde la teoría del discurso pueden distinguirse entre discursos de justificación y de aplicación o identificación. El primero corresponde paradigmáticamente al legislador mientras que el segundo a los tribunales. Sin embargo, estos también llevan a cabo discursos de justificación cuando se cuestionan la validez de una norma. Por el contrario, el discurso de aplicación presupone que hay una norma válida y que la tarea sólo es identificarla correctamente, pues ya está ahí. Este discurso va acompañado de la idea de que la norma válida sirve como justificación para satisfacer demandas jurídicas. Klaus Günther, “Discourse theory and the ICTY”, *German Law Journal*, Vol. 12, núm. 5, pp. 1261, 1262, 1265, 1266, 1275 y 1276. En este sentido, Zurn nos recuerda que uno de las fallas que tuvo Habermas al pensar sobre el control judicial es haber considerado que el tipo de discurso que llevan a cabo los jueces es uno de aplicación, en el que se busca la aplicación imparcial de normas de rango superior ya justificadas. El problema, nos dice Zurn, es que el discurso del control judicial de la ley no es análogo al discurso de los jueces ordinarios, pues las disposiciones constitucionales son abiertas y su interpretación está sujeta a desacuerdos razonables y profundos, por lo que tiene que desarrollarse a través de su interpretación. Es decir, se trata de un discurso de justificación en el cual deben participar todos los afectados, lo que en principio torna ilegítimo al control judicial. Digo en principio, pues como veremos más adelante, bajo un determinado diseño institucional, la justicia constitucional puede estar justificada si sirve para reforzar la democracia deliberativa. Christopher F. Zurn, “A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review”, en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, Vol. I, Ashgate, Cornwall, 2011, pp. 432, 435, 438, 439, 440 y 442.

¹³ En este sentido, Marian Ahumada señala que el riesgo de los sistemas con control judicial de constitucionalidad es la tendencia a equiparar la eficacia normativa de la Constitución con la posibilidad de la aplicación judicial de sus preceptos o, más claramente, la tendencia a identificar como contenido propio de la Constitución lo que no es sino un cuerpo de doctrina derivado de su interpretación por los jueces constitucionales. Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, op. cit., p. 61.

legislador, disminuyendo su creatividad constitucional; b) reducir los espacios de decisión de los otros actores constitucionales, es decir, eliminando lo que se conoce como la división constitucional del trabajo, y c) establecer a través de su propia interpretación la vinculación de los otros poderes del Estado a su doctrina, lo que conlleva que sus interpretaciones no puedan ser revisadas¹⁴.

Más adelante me enfocaré sobre el punto c) al tratarse de una manifestación importantísima de la supremacía judicial, conocido como el problema de la última palabra interpretativa, mientras que los otros dos serán tratados de manera tangencial. La relación entre última palabra interpretativa y control judicial de la ley es muy cercana, a tal punto que algunos han considerado que es el factor más importante que da pie a la objeción contra mayoritaria¹⁵.

Es necesario clarificar desde ahora la diferencia entre última palabra interpretativa y última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. Esta distinción es importante pues cuando se discute sobre quién debe tener la <decisión final>, ambas figuras suelen confundirse o tratarse indistintamente. Así, por ejemplo, en su libro sobre el control judicial de la ley, Diego Moreno entiende por “<<decisión final>> aquella que es adoptada por un órgano estatal sin posibilidad de que otro órgano pueda brindar una respuesta pronta y efectiva que modifique dicha decisión para una generalidad de casos futuros. Estas decisiones pueden o no estar vinculadas directamente a la interpretación del catálogo de derechos consagrado en la constitución, aunque lo normal es de esperar que sea lo último”¹⁶. Esta

¹⁴ Es cierto que como principio, la mayoría de los teóricos suelen reconocer que la Constitución es interpretada por todos los poderes del Estado. Es más, si se les increpa al respecto, suelen contestar ruborizados negando que sean partidarios de la supremacía judicial. O si lo son, les parece que se trata de un calificativo erróneo en tanto es un término que puede llevar a pensar en términos absolutos. En este último sentido véase Frederick Schauer, “Judicial Supremacy and the Modest Constitution”, *California Law Review*, Vol. 92, 2010, p. 1048. Sin embargo, una vez que escarbamos un poco en sus posiciones, nos percatamos de que la única interpretación que les vale es la del Tribunal Constitucional.

¹⁵ Barry Friedman, “The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy”, *New York University Law Review*, Vol. 73, 1998, pp. 351-353.

¹⁶ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 15, 16 y 187. Aunque también es cierto que más adelante precisa que no se trata de sustituir al juzgador en la tarea de juzgar casos y controversias individuales, ni tampoco para alterar los efectos de la cosa juzgada sobre un caso concreto fallado por el órgano judicial, sino más bien de revisar o modificar

definición, en mi opinión, adolece precisamente de esta falta de claridad, pues no es lo mismo tener la decisión final sobre la constitucionalidad de la ley que sobre la interpretación de la constitución. Determinar quién tiene la última palabra interpretativa, si es que alguien debe ostentarla, es fundamental para saber qué tipo de respuesta legislativa es procedente frente a una declaración judicial de inconstitucionalidad, ya sea a través de una ley ordinaria o una reforma constitucional, lo que determina a su vez el tipo de sistema, débil o fuerte, de control judicial ante el que nos encontramos. Así, por ejemplo, la crítica que Moreno hace del control judicial de la ley se refiere a los modelos fuertes, en los que “los parlamentos no se hallan formalmente autorizados para poner en marcha algún tipo de respuesta legislativa que les permita reaccionar ante una determinada orientación jurisprudencial contra la cual quepa razonablemente discrepar”¹⁷.

La última palabra interpretativa se refiere a quién tiene institucionalmente atribuida la palabra final dentro del proceso de interpretación constitucional, lo que se traduce en que su interpretación es vinculante para los otros actores constitucionales. Si un tribunal tiene atribuida la última palabra interpretativa, la doctrina que dicte en cualquier proceso de su conocimiento, cuyo objeto sea o no el control de la ley, es vinculante para el legislador y/o el ejecutivo. Por su parte, la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley se refiere a quién tiene la facultad para decidir en último término sobre la adecuación o no de una ley a la constitución. Así, por ejemplo, en el modelo canadiense, el legislador ostenta tanto la última palabra interpretativa como la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, ya que puede revertir una sentencia en la que se declare su inconstitucionalidad e impedir que vuelva a ser declarada inconstitucional.

Asimismo, otro error que debemos evitar al discutir sobre la última palabra interpretativa es mezclar la cuestión institucional con la cuestión de hecho¹⁸. Es

de algún modo la interpretación y configuración específica de la doctrina judicial sobre uno o más derechos fundamentales. *Ibid.*, p. 19.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 28 y 29.

¹⁸ En este error me parece que incurre Diego Moreno cuando dice que “lo que está en juego es más bien la potencial capacidad que dichas decisiones (decisiones que doten a los derechos de una fisonomía determinada al menos por un tiempo determinado) tienen para convertirse, de hecho, en decisiones finales”. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos*

decir, una cosa es que jurídicamente se tenga atribuida la última palabra interpretativa, y otra es que de hecho sea la interpretación de un determinado actor las que sean finales. Así, por ejemplo, aun cuando en Canadá la última palabra interpretativa ha sido atribuida constitucionalmente al legislador, en los hechos esto no ha sido así. Hay dos razones para diferenciar este aspecto. La primera, porque la intensidad de la objeción democrática al control judicial de la ley depende de quién tenga atribuida institucionalmente la última palabra interpretativa, y no de quién es el que triunfa la mayoría de las veces. La segunda es que si confundimos ambos planos del análisis será más difícil criticar nuestros diseños institucionales. Así, por ejemplo, suponiendo que la última palabra interpretativa la tiene atribuida un tribunal pero en la práctica es el legislador el que suele triunfar, eso no hace que la objeción democrática desaparezca. Como veremos más adelante, este camino para justificar el control judicial ha sido recorrido por Barry Friedman. Ahora pensemos en el ejemplo contrario, supongamos que la última palabra interpretativa la tiene atribuida el legislador y, por tanto, la objeción democrática se ve debilitada, pero que sin embargo son los jueces los que en la mayoría de los casos tienen la última palabra. En este supuesto, el no tener clara esta distinción nos dificultaría pensar en cómo mejorar y hacer efectivo el diseño institucional.

Por el contrario, en el modelo que aquí se defenderá el tribunal constitucional conserva la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, pero no así sobre la interpretación de la constitución. Para decirlo claramente se trata de un modelo en el que nadie tiene la <decisión final> sobre la interpretación. Pues si bien el control judicial puede ayudar a enriquecer y fortalecer el proceso deliberativo, y sólo en esa medida está justificado, ello no conlleva que se le deba atribuir institucionalmente la última palabra interpretativa. Esto es así, aun cuando en la práctica sea el tribunal en el que la tenga en la mayoría de los casos¹⁹, y aun cuando fuera de esperarse

fundamentales. Una perspectiva crítica, op. cit., p. 187. Esta definición de <decisión final> tiene una complejidad adicional que es que nos obliga a preguntarnos cuánto tiempo tiene que pasar para que una decisión se considere como una decisión final.

¹⁹ Kramer señala que aun en un modelo dialógico es probable que en los hechos sea la Corte la que tenga la última palabra. Sin embargo, la diferencia es que en este tipo de modelo eso dependerá de las reacciones que tengan las otras ramas del gobierno y de la gente frente a las decisiones de la

que en una <sociedad bien ordenada> sea la interpretación del legislador la que prevalezca. En este sentido, a diferencia de quienes proponen la supremacía legislativa como el resultado del balance de consideraciones instrumentales y procedimentales²⁰, propondré un modelo de justicia constitucional en el que nadie tenga la última palabra sobre la interpretación, en tanto posibilita la crítica de las razones que sostienen las decisiones legislativas y/ judiciales sin hacer del proceso judicial uno por el cual se adopten decisiones definitivas sobre la interpretación de los derechos fundamentales²¹. Así, abogaré por un modelo dialógico en el que la interpretación constitucional, y particularmente los contornos específicos que van adquiriendo los derechos²² se configuran a través de una ongoing discussion. Es decir, un modelo en el cual los participantes dotan en conjunto de contenido a la constitución, sin que ninguno de ellos pueda cerrar la discusión de una vez por todas. En este contexto, la función de un Tribunal Constitucional no es la de brindarnos concepciones definitivas sobre lo que es la libertad o la igualdad, sino la de participar -en la medida en que se le presenten nuevos problemas sociales- en un diálogo continuo que le permita dar su opinión sobre lo que representan estos valores²³.

Corte, y no por ser una cuestión de autoridad. Larry Kramer "Undercover Anti-Populism", *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005, p. 1358.

²⁰ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, op. cit., p. 79. Para Moreno este balance a favor del legislador deriva del hecho de que las asambleas de representantes poseen ciertos rasgos que las dotarían, cuando menos, de la misma capacidad para producir resultados correctos, en términos comparativos, que la judicatura; y en términos de legitimidad democrática los órganos representativos son superiores a los órganos jurisdiccionales en lo que hace a las exigencias participativas que debería revestir un procedimiento para la adopción final de decisiones sobre derecho. *Ibid.*, p. 20. Como tendré oportunidad de explicar, si bien coincido con ambas premisas, considero que la justificación condicional del control constitucional sin supremacía judicial atiende a los beneficios que puede ofrecer al proceso deliberativo.

²¹ En mi opinión, uno de los errores que se comenten al discutir los modelos de supremacía judicial vs. supremacía legislativa, es que se parte de la idea de que el procedimiento judicial o el procedimiento legislativo tiene que ser definitivo, cuando no tiene porque ser así. *Ibid.*, p. 69.

²² Para Diego Moreno este es el efecto más importante que producen las decisiones finales sobre derechos fundamentales. *Ibid.*, pp. 16 y 17.

²³ Christoph Möllers, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, München, op. cit., p. 66. También y muy destacadamente Peter Häberle, *El Estado Constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1ª reimp., 2003.

Como dice Prieto Sanchís, no debemos perder de vista que en el debate sobre la última palabra lo que se discute son problemas ideológicos y de poder sobre el presupuesto de que el común sometimiento a la constitución no promueve necesariamente una única respuesta, ni jurídica ni moral. Esto, porque junto al ejercicio de racionalidad que requiere una constitución de principios, queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder²⁴.

Es en los Estados Unidos donde más tiempo se ha dedicado a discutir el tema de la supremacía judicial. Los casos paradigmáticos de supremacía judicial son *Cooper v. Aaron* y *City of Boerne v. Flores*, aun cuando el debate sobre la vinculación de la doctrina del tribunal comienza desde Siglo XIX²⁵.

Cooper fue resuelto en las postrimerías de lo que se conoce como la controversia de Little Rock, nombre del pueblo de Arkansas cuya junta escolar desarrolló un programa gradual de desegregación racial acorde con lo dispuesto en *Brown v. Board of Education*, y al que se opusieron la legislatura y el gobernador del Estado. Frente a dicha oposición, algunos miembros de la junta escolar acudieron a los tribunales para ser eximidos de tener que implementar el programa de desegregación, pues consideraban que ante la situación que se vivía en la ciudad la asistencia a la escuela de los alumnos afroamericanos era imposible. En esa ocasión, ante lo que el Tribunal Supremo consideró como una afrenta a su potestad para decir qué es el derecho, determinó con base en el artículo VI de la Constitución (cláusula de supremacía constitucional), la lectura que de éste se hizo en *Marbury v. Madison* y la obligación que tienen los legisladores y funcionarios de hacer valer la Constitución, que los demás poderes estaban vinculados a su interpretación²⁶.

²⁴ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 134 y 135.

²⁵ Barry Friedman se refiere épocas del debate sobre la supremacía judicial, la primera que va de 1800 hasta la Guerra Civil, en la que la gente empezó gradualmente a aceptar la vinculación horizontal de la doctrina del Tribunal Supremo. La segunda, que va de la Reconstrucción hasta el New Deal, en la que si bien había un consenso generalizado sobre la supremacía judicial, los otros poderes intentaron parar al Tribunal. La tercera, que comienza después del New Deal, en la que la gente también apoya el control judicial pero la academia se empieza a preocupar sobre el tema. Barry Friedman, "The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy", *op. cit.*, pp. 340-341.

²⁶ 358 U.S. 1 (1958)

Como se sabe, esto no bastó para resolver el problema, que sólo fue zanjado cuando el presidente Eisenhower -en contra de su propia voluntad- envió tropas federales²⁷.

Por otro lado, en *City of Boerne v. Flores*²⁸, se declaró la inconstitucionalidad de la “Religious Freedom Restoration Act” (RFRA) aprobada por una amplia mayoría en ambas cámaras, según la cual cualquier intervención del gobierno sobre la libertad religiosa debía cumplir con un “compelling interest” (interés prioritario), contrariando expresamente lo que habían sostenido los justices en el caso *Employment Division v. Smith*²⁹. En este último caso se había determinado que la libertad religiosa sólo protegía contra actos o leyes que utilizaran a la religión como elemento de diferenciación y no frente a cualquier acto de gobierno que incidiera en la libertad de creencias³⁰. En pocas palabras, la RFRA fue una respuesta del legislador a lo que consideró una lectura equivocada de la Constitución y *City of Boerne* la reacción del Tribunal a lo que percibió como una amenaza hacia su autoridad³¹.

Paradójicamente la interpretación del Tribunal hecha en *Smith* sobre la cláusula de libertad religiosa daba mayor margen al gobierno para gestionar la pluralidad religiosa, en tanto excluía de sede judicial cualquier reclamo que no fuera por razones de discriminación, mientras que la interpretación del legislador ampliaba las posibilidades de control judicial, pues el gobierno debía cuidarse no sólo de realizar políticas discriminatorias sino de justificar suficientemente cualquier interferencia en dicha libertad³².

En cualquier caso, lo que ahora me interesa resaltar es que *City of Boerne* es el primer caso desde 1883, en que el Tribunal Supremo determinó que el Congreso se había excedido en el ejercicio de su facultad establecida en la Sección

²⁷ Barry Friedman, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2009, p. 248.

²⁸ 521 U.S. 507 (1997)

²⁹ 494 U.S. 872 (1990)

³⁰ Michael W. McConnell, “Institutions and interpretation: A critique of *City of Boerne v. Flores*”, *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 1, 1997-1998, pp. 153 y ss.

³¹ María Ángeles Ahumada Ruiz, “*City of Boerne v. Flores*: La importancia del <<candor judicial>>”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, núm. 54, 1998, pp. 323 y 336.

³² Michael W. McConnell, *op. cit.*, pp. 156-159.

5ª de la Enmienda XIV, elevando la carga de la prueba que debe aportar el Congreso para justificar la emisión de una ley. Con esta sentencia se creó lo que se conoce como el “congruence and proportionality test” para determinar si la legislación es acorde con la potestad del Congreso³³. Así, según Ahumada, el Tribunal no llegó a declarar que la inconstitucionalidad de la RFRA se debiera en exclusiva a que la ley hubiera alterado el precedente, sino en el exceso del legislador federal que se entrometió en la competencia de los Estados sin que el enforcement power de la Enmienda XIV le habilitara para ello³⁴.

De acuerdo con esta posición, el Tribunal asumió que el legislador debía sujetarse a su interpretación expuesta en Smith³⁵. De esta forma, aun cuando una amplia mayoría legislativa planteó una visión posible de la libertad religiosa, ésta debía ser desalentada por ser contraria a la perspectiva sostenida por los jueces, lo que en el fondo fue una equiparación de la interpretación que hicieron los jueces con la Constitución misma.

Así, la posición del Tribunal derivó del entendimiento que éste tiene de su función y no de lo que la propia Constitución establece. Para esta visión, el Tribunal no debe limitarse a resolver litigios concretos sino a instruir, guiar, ayudar y ordenar a las otras ramas del gobierno³⁶, teniendo la autoridad exclusiva para interpretar la Constitución³⁷. Se concibe a la Constitución como un documento con un contenido fijo y persistente en la historia, que no puede ser modificado por las mayorías parlamentarias; y a las legislaturas como instituciones políticas que no tienen la integridad necesaria para hablar sobre una Constitución que necesita perdurar. Así,

³³ Ruth Colker y James J. Brudney, “Dissing Congress”, *Michigan Law Review*, Vol. 80, 2001-2002, pp. 104 y 124.

³⁴ María Ángeles Ahumada Ruiz, “*City of Boerne v. Flores*: La importancia del <<candor judicial>>”, *op. cit.*, p. 338.

³⁵ *Ibid.*, p. 154.

³⁶ Larry Alexander y Frederick Schauer, “Defending judicial supremacy: A reply”, *Commentary*, Vol. 17, 2000, p. 479.

³⁷ Robert C. Post y Reva B. Siegel, “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, *Indiana Law Journal*, Vol. 78, 2003, p. 5. Aunque para estos autores *Boerne* fue un caso de transición, pues también reconocía la deferencia y la debida consideración a las leyes del congreso. El cambio más fuerte vendría con el caso *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garret*, en el que el Tribunal impuso un límite sustancial sobre el poder del Congreso para hacer valer los derechos civiles, previsto en la sección 5 de la XIV Enmienda.

la tarea de los tribunales es evitar que las legislaturas degraden y contaminen la Constitución con la política, que sólo debe influirla en los momentos de reforma constitucional³⁸.

2. Contexto ideológico en el que se consolida la supremacía judicial.

La supremacía judicial ha sido sustentada por élites políticas e intelectuales que promueven una concepción de la democracia como un mecanismo para la selección de élites, “en la que el elemento participativo, debe ceder ante el principio representativo, ejercido por partidos cada vez más similares entre sí, y acompañado de una elevada presencia de expertos y técnicos en la gestión de lo público”³⁹. Concepción de la democracia que como era de esperar ha calado muy hondo en las cortes supremas o tribunales constitucionales, determinando la forma en que éstas ejercen su poder. Pues como bien dice uno de los más connotados jueces constitucionales de Italia: “lo esencial depende no de las normas escritas sino de la percepción que se tenga de la institución en cuanto tal... la vida del Tribunal depende de sus jueces más que de las reglas a las cuales están sometidos”⁴⁰.

Desde esta perspectiva, la tendencia hacia la supremacía judicial no es una mera casualidad, sino que es deudora de una forma de concebir a la constitución y la función de los tribunales constitucionales en el Estado contemporáneo. En efecto, con motivo de la instauración de tribunales constitucionales después de la segunda postguerra y, en particular, del Tribunal Constitucional alemán como garante de la democracia y de un orden objetivo de valores⁴¹, se han difundido diversas teorías constitucionales de carácter progresista⁴² que han determinado el papel expansivo

³⁸ *Ibid.*, pp. 18-23.

³⁹ Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011, p. 17.

⁴⁰ Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 12 y 15.

⁴¹ Christoph Möllers, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, *op. cit.*, p. 35 y 73.

⁴² Otras de las características que definen al progresismo son la persuasión, la discusión y el diálogo entre elites como medios para que individuos con posturas distintas descubran lo que es del interés público. El gobierno y la participación pública deben diseñarse de forma que permitan una deliberación racional y un consenso sobre los problemas políticos.

que tienen los jueces en una democracia⁴³. Estas teorías se caracterizan por su enorme preocupación por la protección de los derechos -como no puede ser de otro modo- y por establecer límites a la democracia como proceso para la toma de decisiones. Límites que se suponen son mejor y, por tanto, deben ser garantizados por un poder judicial fuerte⁴⁴.

Este tipo de construcciones teóricas, si bien están comprometidas con la reforma del statu quo, en el fondo promueven un gobierno en el que la gente culta y civilizada, a través del uso de la razón, determina lo que es mejor para la sociedad

Por otro lado, el populismo promueve y defiende los intereses y posturas de los ciudadanos comunes, lo que conlleva una preferencia por la alternancia regular de las posiciones de autoridad y poder, y una inclinación por la participación popular en las estructuras políticas y económicas que afectan la vida diaria. Exige que la ciudadanía tenga una voz en las decisiones que los afectan, por lo que promueve y facilita su participación. Se considera que sin canales para la participación popular o medio para el control, el gobierno se convierte en el enemigo del pueblo. Para el populismo, las élites -sean académicas, sociales o políticas- y su reclamo de pericia y entendimiento superior son sospechosas. Se entiende que un pueblo activo no es algo a lo que haya que tenerle miedo y deba ser limitado, pues es la vida misma de la democracia. Y no se concibe al ciudadano común como un mero receptor de los mensajes de la televisión, la propaganda o de la cultura de masas. Jack M. Balkin, "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", *Yale Law Journal*, Vol. 104, 1995, pp. 1944-1981.

Desde mi punto de vista, estas posturas nos plantean el reto de compatibilizar la participación ciudadana con una efectiva discusión pública. Es decir, una democracia deliberativa con ciudadanos.⁴³ Una de esas corrientes en boga es el neoconstitucionalismo, teoría constitucional para la cual el intérprete por excelencia es el juez. Sobre la relación entre neoconstitucionalismo e interpretación judicial de la Constitución véase Susana Pozzolo, "Neoconstitucionalismo y especificidad e la interpretación constitucional", *Doxa*, 21-II, 1998, p. 345. Como señala María Ángeles Ahumada, el neoconstitucionalismo sirve como término genérico para referirse a todas aquellas teorías explicativas y justificativas de ciertas prácticas constitucionales que, en conjunto alientan un tipo de constitucionalismo fuertemente judicialista y judicializado, fundamentalista en materia de definiciones y derechos, y más o menos abiertamente desconfiado con el principio de la mayoría. Ma. Ángeles Ahumada, "Neoconstitucionalismo y constitucionalismo", en Paolo Comanducci, Ma. Ángeles Ahumada, Daniel González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 134 y 135. Para una crítica al neoconstitucionalismo desde el punto de vista democrático véase Micaela Alterio, *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, Tesis de Doctorado leída en la Universidad Carlos III de Madrid, 2015, disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21151/alterio-am-tesis.pdf?sequence=1> De la misma autora, una comparación entre neoconstitucionalismo, constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano "Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate", *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, enero-diciembre 2014.

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, "Jurisdicción y democracia", en Miguel Carbonell (editor), *democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 212 y 213. Digo se supone, porque para poder afirmarlo habría que hacer un estudio empírico del que suelen olvidarse los defensores de la supremacía judicial. Así, partiendo de prejuicios sobre las instituciones políticas, afirman que los tribunales son más confiables a la hora de hacer valer nuestros compromisos constitucionales. En sentido crítico véase Larry Kramer, *The people themselves, popular constitutionalism and judicial review*, New York, Oxford University Press, 2004, pp. 234 y 235.

en su conjunto⁴⁵. La voluntad del pueblo tiene un papel que jugar, pero solo después de una educación suficiente y una vez que las pasiones han sido difuminadas.

En este sentido, no es extraño que una de las instituciones más fortalecidas por estas teorías sea el poder judicial⁴⁶, en específico los tribunales constitucionales en su carácter de intérpretes de la constitución. Como trataré de argumentar a lo largo de esta investigación esta postura resulta errónea, pues “el control judicial no tiene ningún tipo de naturaleza política o ideológica inherente que lo predisponga hacia la causa de los derechos, la igualdad y la libertad, tal cual conciben estos ideales los progresistas y los luchadores por la justicia social y la emancipación humana”⁴⁷.

El modelo de control judicial expuesto, al que se ha denominado como juristocracia o de justicia constitucional total⁴⁸, plantea el problema de una institución cuya opinión es incontrastable en un sistema democrático⁴⁹, en tanto está cerrada a otras opiniones y sus interpretaciones constitucionales son finales y no pueden ser revisadas. Que sean los jueces los que definen en último término en qué se traducen nuestros compromisos constitucionales y, particularmente, los derechos fundamentales, implica una serie de dificultades para un sistema democrático en tanto: a) el proceso judicial no trata igualmente la perspectiva de cada individuo⁵⁰; b) los jueces no tienen los incentivos suficientes para atender las opiniones de sus

⁴⁵ Como explica Waldron, entre otras cosas suele creerse que la elite judicial tiene mayor simpatía por los derechos de las minorías que la que tienen las elites políticas o la gente ordinaria. Sin embargo, para el autor no hay razón para aceptar dicha premisa. Al contrario, las instituciones conformadas por elección popular, proveen formas de canalizar el apoyo a las minorías como no las tiene la judicatura. Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *op. cit.*, p. 1405.

⁴⁶ Es decir, un poder judicial lo más alejado posible de la ciudadanía. Roberto Gargarella, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, núm. 2, 1995, p. 104.

⁴⁷ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁸ Mattias Kumm, “¿Quién teme a la constitución total?”, en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 153-185.

⁴⁹ Para Dale Carpenter la crítica o la aceptación de la supremacía judicial varía según sea el gusto que el respectivo autor tenga de las sentencias del Tribunal. Dale Carpenter, “Judicial supremacy and its discontents”, *Constitutional Commentary*, Vol. 20, No. 2, 2003-2004, p. 413.

⁵⁰ Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, trad. de Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 182.

conciudadanos⁵¹; c) la probabilidad de un desacuerdo razonable sobre temas constitucionales reduce seriamente las posibilidades de que algún tipo de uso público de la razón produzca convergencias hacia la solución correcta, como suelen argüir los partidarios de la supremacía judicial⁵², y d) las ideas judiciales de la moralidad tienen las mismas posibilidades de ser tan diversas y falibles como las de los legisladores⁵³.

Así, con dicho modelo se asume un compromiso “no con lo que decida la mayoría siempre que no vulnere derechos básicos, sino con lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos”⁵⁴. Esta situación parece ser inconsecuente con la razón por la que en primer término atribuimos derechos a las personas, esto es, porque las consideramos capaces de vivir sus propias vidas de manera autónoma y responsable, lo que refleja una desconfianza infundada en ellas⁵⁵. Asimismo, desde un punto de vista deliberativo, atribuir la última palabra a los jueces denigra la interpretación constitucional no judicial, crea una imagen equivocada del cambio constitucional e incentiva la irresponsabilidad de los otros actores para interpretar la Constitución⁵⁶. Lo que a su vez se traduce en menor responsabilidad del gobierno, menor participación democrática y peor calidad interpretativa⁵⁷.

Como se señaló la supremacía judicial se corresponde con una situación en la cual (1) los tribunales resuelven asuntos importantes para la comunidad política, (2) esas soluciones son tratadas como absolutamente vinculantes sobre todos los demás actores del sistema político, y (3) los tribunales no son deferentes a la

⁵¹ *Id.*

⁵² *Ibid.*, p. 195.

⁵³ *Ibid.*, pp. 200 y 201.

⁵⁴ Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 215.

⁵⁵ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁶ Dawn E. Johnsen, “Funcional departamentalism and nonjudicial interpretation: Who determines constitutional meaning?”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 67, 2004, p. 141.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 108.

posición que tengan las otras ramas del gobierno ⁵⁸. Esto se puede traducir, además, en utilizar cánones de control más agresivos, emitir sentencias omnicomprendivas y con efectos inmediatos, crear categorías o derechos que amplían su poder dentro del sistema⁵⁹.

Este problema se hace especialmente intenso tratándose de ramas como el derecho constitucional en el que las normas fundamentales se solapan con las de la moral en lo que a contenido se refiere, abriendo las vías de fundamentación a discursos morales⁶⁰ y obligando a los jueces a afrontar asuntos con un fuerte contenido filosófico⁶¹. Se pasa así de tener agentes que sirven para resolver los diferendos constitucionales más inmediatos, permitiéndolo seguir adelante a pesar de los desacuerdos, a padecer filósofos que deciden en nombre de la constitución las discrepancias morales más profundas. En efecto, en una época en la que la conciencia moral se desliga del conjunto de prácticas consagradas por la tradición y el ethos social queda rebajado a pura convención y, por ende, las zonas de solapamiento o convergencia de convicciones se reducen⁶², los desacuerdos sobre lo que implican los derechos constitucionales en casos concretos no son sólo discrepancias interpretativas, sino que constituyen cuestiones morales y de principios muy profundas que no se hallan resueltas de antemano en las abstracciones previstas en la constitución⁶³.

En pocas palabras, esta forma de institucionalizar jurídicamente las argumentaciones morales⁶⁴ extiende indebidamente el poder de los jueces, pues

⁵⁸ Jeremy Waldron, "The core of the case against judicial review", *op. cit.*, p. 1354, nota al pie 22.

⁵⁹ En mi opinión, una de las razones por las que en Europa y Latinoamérica se ha extendido la justicia constitucional total, es la sobreinterpretación *judicial* de la Constitución que ha promovido el neoconstitucionalismo. Así, al estimar que no hay espacios vacíos de -esto es, libres del- Derecho constitucional y, que el control de la Constitución es sólo jurisdiccional, la conclusión aparece como obvia. Ricardo Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM, Trotta, 4ª ed., 2009, pp. 53-55.

⁶⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 276, 536, 545, 559 y 659.

⁶¹ Sobre todo cuando se trata de disposiciones como el artículo 1º de Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que se refiere a la dignidad humana como intangible y cuyas implicaciones son cada vez más un problema social, en tanto no existe acuerdo sobre lo que ésta significa. Christoph Möllers, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, *op. cit.*, pp. 31 y 46.

⁶² Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 87 y 178.

⁶³ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

⁶⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 536.

aun suponiendo que se ha decidido dejar en sus manos la resolución de ciertos conflictos constitucionales, ello no implica que éstos tengan una autoridad superior para interpretar la constitución⁶⁵ o para encontrar la verdad⁶⁶ y, por tanto, sean renuentes al diálogo y su interpretación sea definitiva y vinculante para todos. En una democracia deliberativa los discursos jurídico morales como los que implica la interpretación constitucional sólo conducen a convicciones y resultados falibles⁶⁷.

Como alternativa a la supremacía judicial tenemos tanto la supremacía legislativa como los modelos cooperativos⁶⁸. En el caso de la supremacía judicial como de la supremacía legislativa un actor define en última instancia el significado de la constitución; mientras que en los modelos cooperativos son múltiples los colaboradores en la “odisea constitucional”⁶⁹. La opción por uno u otro depende, entre otras cosas, tanto de la ingeniería como de la teoría constitucional que se adopte⁷⁰, pues el papel que los tribunales constitucionales tienen dentro del sistema

⁶⁵ María Ángeles Ahumada Ruiz, “*City of Boerne v. Flores*: La importancia del <<candor judicial>>”, *op. cit.*, p. 340.

⁶⁶ Ferrajoli afirma que la legitimidad del juez reside en ser “la garantía de la imparcial verificación de lo verdadero” o de la “correcta verificación de lo verdadero”, aunque reconoce que esa verdad jurídica sea siempre opinable y su trabajo sea siempre posible de error. Luigi Ferrajoli, “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 15-16, 2010, pp. 7 y 17. En mi opinión, si bien Ferrajoli reconoce que los jueces cometen errores, pone muy alto el listón de su cometido, determinando la concepción que se tiene de su función.

⁶⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 180.

⁶⁸ Walter F. Murphy, “Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter”, *Review of Politics*, Vol. 48, No. 3, 1986, p. 402.

⁶⁹ Daniel Mendonca y Ricardo Guibourg, *La odisea constitucional: Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, 222 pp. Uno de los errores recurrentes en que se incurre cuando se debate quién debe ser el intérprete último de la Constitución, es en la falsa dicotomía de que sólo pueden ser los jueces o los legisladores, sin darnos cuenta que existen otras posibilidades. El punto que quiero hacer es que debemos ampliar el espectro de opciones y perspectivas, aún cuando jueces y legisladores intervengan en el proceso de interpretación. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 156. En términos de teoría del derecho, a los planteamientos de supremacía judicial o legislativa la función de interpretar la constitución corresponde a uno de los poderes, es decir, hay separación funcional de poderes. Por el contrario, en un sistema cooperativo de división funcional de poderes, la competencia relativa a una misma función (interpretación de la constitución) queda dividida como forma de control y equilibrio recíproco. Luigi Ferrajoli, *Principio iuris*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez et. al., Teoría del derecho, Madrid, Trotta, 2011, p. 817-822. Ahora bien, en un sistema cooperativo, la función de controlar la ley –que no la de interpretar– continúa separada, pues sólo le corresponde en exclusiva al poder judicial.

⁷⁰ Según Barry Friedman, las visiones de la revisión judicial en Estados Unidos han sido moldeadas más por las respuestas políticas que por una teoría constitucional. No debe perderse de vista, nos dice, que más allá de las consideraciones normativas las decisiones de los jueces se ven influidas

no puede desvincularse de la ideología que guía a sus integrantes, más allá de la posición que legalmente les haya sido asignada⁷¹. Así lo entienden también los partidarios de la supremacía judicial, para quienes el papel de la Suprema Corte es una cuestión que no depende del texto constitucional sino de lo que están dispuestos a aceptar los demás actores constitucionales⁷².

3. Crítica a los argumentos que sostienen la supremacía judicial.

Ahora bien, antes de explicar en qué consiste el modelo dialógico deseo analizar los distintos argumentos que explícita o implícitamente sostienen el modelo de supremacía judicial: a) la Constitución es una norma preponderantemente jurídica; b) la Constitución es una norma completa; c) los jueces son mejores intérpretes constitucionales, y d) el riesgo de la anarquía interpretativa.

Uno de los autores que defienden los tres primeros argumentos es Manuel Aragón, para quien el control jurisdiccional como paradigma del control jurídico tiene las siguientes notas: se trata de un “control objetivado” cuyo parámetro de control son límites preexistentes y no disponibles para el órgano de control; basado en <razones jurídicas> y no en <consideraciones políticas>, y encomendado a un órgano independiente e imparcial <dotado de singular competencia técnica> para resolver cuestiones de derecho⁷³. Así, se afirma que el carácter político de un acto

por las fuerzas políticas, sus valores propios, limitaciones institucionales, etc. Hasta ahora, estima Friedman, las teorías normativas han fallado al no introducir estos factores dentro de sus construcciones. Barry Friedman, “The Politics of Judicial Review”, *Texas Law Review*, Vol. 84, 2006, pp. 264 y ss.

⁷¹ Por ideología me refiero no sólo a sus creencias más profundas, sino a sus ideas sobre la naturaleza y significado de la Constitución. Por ejemplo, si se trata sólo de una norma jurídica o de algo más, si en sede política puede o no interpretarse la Constitución, o si los límites constitucionales sólo pueden hacerse valer por los jueces.

⁷² Larry Alexander y Frederick Schauer, “Defending judicial supremacy: A reply”, *op. cit.*, pp. 459-463.

⁷³ Manuel Aragón, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, pp. 136 a 172. Es interesante que el profesor Aragón se plantea efectivamente el problema de la apertura de las normas constitucional y la posible deriva política de su interpretación. Sin embargo, a mi juicio, niega ese carácter político de manera insatisfactoria, apelando a los métodos jurídicos como ponderación, razonabilidad (p. 161, 166), la necesidad de interpretar de acuerdo con categorías jurídicas (p. 165), y a una teoría constitucional que le permita al interprete extraer el significado constitucionalmente adecuado (p. 164). Estas soluciones son insatisfactorias

no excluye el conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento lo despoja de su carácter jurídico⁷⁴.

En mi opinión, estas ideas muy extendidas en nuestro medio⁷⁵, han hecho de la supremacía judicial un rasgo connatural al Estado constitucional y de los tribunales constitucionales su pilar fundamental⁷⁶. A tal punto que la jurisdicción constitucional aparece como la coronación del Estado de Derecho⁷⁷.

Los argumentos que a continuación presento son hartos conocidos y ya criticados por otros autores. En este sentido, el objetivo es justificar por qué no se sostiene un modelo de supremacía judicial.

3.1. La constitución es una norma preponderantemente jurídica.

El objetivo de este apartado es analizar las consecuencias y derivas que tiene considerar a la constitución como norma preponderantemente jurídica, que a su vez han servido para sostener la supremacía judicial.

La idea de la constitución como norma jurídica significa que las constituciones poseen carácter vinculante⁷⁸, es decir, son obligatorias para todos los poderes del Estado y para los ciudadanos y, por tanto, que la constitución no puede ser violada por los poderes públicos⁷⁹. En Europa la necesidad de reafirmar esta carácter se

porque los métodos no expulsan la subjetividad, no nos dice qué categorías jurídicas son esas, ni desarrolla la teoría constitucional que considera idónea.

⁷⁴ Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 61. (El entrecorillado es mío.) En el mismo sentido Hesse señala que sus decisiones no son decisiones políticas enmascaradas, que estén en contradicción con la esencia de la verdadera jurisprudencia y deban por ello conducir a la politización de la justicia. Konrad Hesse, "La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, julio-agosto 2005, p. 164.

⁷⁵ Pero también en el ámbito americano, donde la derecha e izquierda comparten una profunda desconfianza del gobierno popular y de las asambleas representativas. Larry Kramer, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, op. cit., pp. 243 y 244.

⁷⁶ Manuel García Pelayo, "El Status del Tribunal Constitucional", *Obras Completas de Manuel García Pelayo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, T. III, 1991, pp. 2897 y ss.

⁷⁷ Klaus Stern, "Desarrollo constitucional universal y nuevas constituciones", en Francisco Fernández Segado (Coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 75.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 77.

⁷⁹ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 149 y 151. Sobre el concepto de Constitución véase Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006; David Dyzenhaus, "The idea of a constitution: a plea for statsrechtstheorie", en

hizo patente en el siglo XIX⁸⁰, pero sobre todo en el período de entreguerras como consecuencia de las experiencias del nacional-socialismo y fascismo⁸¹.

Para Ferrajoli, la transición de una constitución política a una constitución jurídica se da con el cambio de paradigma que se presenta en el quinquenio 1945-1949. Este cambio de paradigma es una mudanza en el imaginario colectivo y en la cultura jurídica más que en las estructuras institucionales. Mientras que en el paradigma paleopositivista el consenso mayoritario era la fuente de legitimidad del poder, en tanto las constituciones no eran consideradas como vinculantes para el legislador, en el nuevo paradigma es el carácter rígido de las constituciones, los límites que éstas imponen, así como su garantía por parte de tribunales constitucionales, es decir, la sujeción al derecho de todos los poderes, especialmente del legislativo, la fuente de (des) legitimación⁸². Así, en el viejo paradigma o democracia plebiscitaria la regla era la omnipotencia de la mayoría, mientras que en el paradigma constitucional la constitución jurídica obliga al sistema político a su respeto y tutela⁸³. Lo que en términos de la relación entre política y derecho significa que “ya no es el derecho el que se subordina a la política como instrumento, sino la política la que se convierte en instrumento de actuación del derecho sometida a los límites impuestos por los principios constitucionales...”⁸⁴

Con este cambio de paradigma,⁸⁵ la creación de tribunales constitucionales capaces de controlar la constitucionalidad de las leyes apareció, para algunos, como

David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016; Alfonso Fernández Miranda, “En torno al concepto de constitución”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados, TC, UCM, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, 2002; Francisco Rubio Llorente, “El concepto de constitución. Nota preliminar” y “La Constitución como fuente del derecho”, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 3ª ed., 2012, e Ignacio Torres Muro, “Constitución”, en Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez (coords.), *Diccionario de términos de Derecho Parlamentario*, Madrid, La Ley, 2014.

⁸⁰ Klaus Stern, “Desarrollo constitucional universal y nuevas constituciones”, *op. cit.*, p. 79.

⁸¹ Manuel Aragón, *Constitución, democracia y control*, *op. cit.*, p. 100.

⁸² Luigi Ferrajoli, *democracia y garantismo*, *op. cit.*, p. 28, 29. Sobre el papel del juez como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos como principal fundamento de legitimación de la jurisdicción, Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 5ª ed., 2006, p. 26 y 27.

⁸³ *Ibid.*, p. 25, 30.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 32.

⁸⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías La ley del más débil*, *op. cit.*, p. 25-27, 68. Ferrajoli, Luigi, *democracia y garantismo*, *op. cit.*, p. 31.

una característica lógica de la constitucionalización de la democracia⁸⁶ o como una cuestión indispensable –aunque no sea una necesidad lógica⁸⁷. Según esta posición de no existir justicia constitucional, las disposiciones constitucionales serían buenos deseos cuyo cumplimiento estaría sujeto al cambio de humor de los poderes políticos, de manera que si se quiere conservar el carácter jurídico de la constitución, es decir, que la constitución tenga fuerza normativa y no sea un simple documento político, la justicia constitucional se muestra como una exigencia ineludible⁸⁸.

Lo cierto es, como dice el mismo Prieto Sanchís, que el establecimiento de la justicia constitucional no puede verse como una necesidad lógica e inexorable de la mera existencia de una Constitución⁸⁹, y menos aún que la interpretación constitucional del tribunal debe ser acatada por todos los actores constitucionales (supremacía interpretativa), modificable únicamente a través de una reforma constitucional o por la renovación de sus integrantes⁹⁰. En efecto, dejar la última palabra interpretativa al pueblo o sus representantes no contradice conceptualmente la idea de rigidez constitucional o el carácter de norma jurídica de la constitución⁹¹. Lo que pasa en realidad, nos dice Michelman, es que nos gusta creer que cuando los jueces tienen la última palabra los límites sí existen. Esa creencia está basada en la idea de que éstos deciden nuestras disputas de buena fe y objetivamente. Sin embargo, nada nos impide hacer esa misma caracterización del pueblo y de sus representantes⁹².

En cualquier caso, el problema no es que las constituciones tengan carácter normativo. El problema aparece cuando las constituciones modernas son vistas como normas preponderantemente jurídicas, pues se empieza a desconocer que

⁸⁶ Manuel Aragón, *Constitución, democracia y control*, *op. cit.*, p. 102.

⁸⁷ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 155 y 156.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 155. En el mismo sentido véase Francisco J. Laporta, “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, núm. 24, 2001, p. 461.

⁹⁰ Larry Kramer, “The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, *Val. U. L. Rev.*, Vol. 41, 2006-2007, p. 697.

⁹¹ Frank I. Michelman, “Judicial Supremacy, the Concept of Law and the Sanctity of Life”, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

⁹² *Ibid.*, p. 150.

son documentos fundacionales de la política⁹³ con un alto voltaje político⁹⁴, y se dejan de lado las implicaciones políticas que tiene que sea el tribunal constitucional el que en última instancia sea el que la interpreta⁹⁵.

Así, considerar a la constitución como una norma exclusivamente o preponderantemente jurídica, tiene considerables consecuencias sobre nuestra percepción de lo que hacen los tribunales constitucionales. Pues cuando estimamos que la constitución es sólo una norma jurídica empezamos a creer que las razones que aplican son “razones jurídicas” sustancialmente distintas a las razones políticas, lo que sirve para difuminar el poder político que ejercen los tribunales constitucionales, del que solo somos conscientes si no perdemos de vista que la constitución también es una norma política⁹⁶.

De hecho, si por razones jurídicas entendemos razones y principios que son explícitos y determinados, bien sabemos que los principios son vagos e indeterminados. Estos principios permiten y requieren la consideración y balanceo de razones morales, de costos y beneficios y cuestiones de hecho, etc. De igual forma, si por razones jurídicas entendemos que los jueces deben actuar con base en razones y principios que derivan de la lógica de la práctica profesional, también es falso que así se cierre el paso a la inclusión de consideraciones morales, utilitarias, etc.⁹⁷

Si esto es así, el énfasis en la constitución como norma jurídica y las derivas que ello tiene, pretenden esconder el fuerte contenido político de la función del juez constitucional bajo un ropaje <técnico-jurídico> de su lenguaje, bajo el mito de que hay una división fuerte entre política y derecho, siendo el derecho asunto exclusivo de los tribunales y la política del Congreso y el Presidente⁹⁸.

⁹³ Christop Möllers, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, op. cit., p. 37.

⁹⁴ José Luis Cascajo, “Constitución e interpretación constitucional”, *Claves de la razón práctica*, núm. 138, 2003, p. 18.

⁹⁵ Robert C. Post y Reva B. Siegel, “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, op. cit., p. 44.

⁹⁶ Christoph Möllers, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, op. cit., p. 64 y 65.

⁹⁷ Robert C. Post y Neil S. Siegel, “Theorizing Law/ Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin”, *California Law Review*, Vol. 95, 2007, p. 28.

⁹⁸ Dawn E. Johnsen, “Functional departmentalism and nonjudicial interpretation: Who determines constitutional meaning?”, op. cit., p. 116. Esta visión dicotómica ente política-legisladores vs.

Por ello, es que comparto la opinión de Von Bogdandy y Venzke en el sentido de que sería un buen comienzo si los jueces fueran más abiertos sobre los fines que persiguen y los efectos sociales que buscan promover con sus sentencias. Estas consideraciones pueden entrar al “discurso jurídico” a través de argumentos teleológicos contribuyendo significativamente a la politización del discurso jurídico, lo que debe ser bienvenido en vistas del principio democrático⁹⁹.

3.2. La constitución es una norma completa.

El segundo argumento que sostiene la supremacía judicial es la idea de que los derechos fundamentales previstos en las constituciones establecen un sistema de reglas, obligaciones, imperativos, deberes, límites o vínculos sustanciales (negativos y positivos) para la mayoría, pues le dictan el qué no debe decidirse y el qué debe decidirse¹⁰⁰. Es decir, “la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”¹⁰¹.

derecho-jueces es característica del pensamiento de Ferrajoli. Es más, en su forma de ver las cosas tenemos, por un lado, constitución política-legisladores-sujeción del derecho a la política-omnipotencia de las mayorías-democracia formal, procedimental, plebiscitaria-vigencia, por el otro, constitución jurídica-jueces-sujeción de la política al derecho-vínculos y límites para la mayoría-democracia sustancial, constitucional-validez.

⁹⁹ Armin von Bogdandy y Ingo Venzke, “On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking”, *German Law Journal*, Vol. 12, núm. 5, p. 1349. Cabe precisar que los autores se refieren a la legitimidad de las decisiones de los tribunales internacionales. Sin embargo, creo que el argumento es aplicable también para los tribunales constitucionales.

¹⁰⁰ Piénsese en los derechos fundamentales previstos en las constituciones, aunque Ferrajoli sostiene que también pueden estar previstos en ley. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías La ley del más débil*, op. cit., p. 19-25, 37, 50-53, 65-68. Ferrajoli, Luigi, *democracia y garantismo*, op. cit., pp. 27-33. Ferrajoli, Luigi, *Principio iuris*, T. I Teoría del Derecho, op. cit., p. 729, 730 774, 775, 802, 814, 815, 877. Lo que para Ferrajoli fundamenta la dimensión sustancial de la democracia o esfera de lo indecible que y de lo indidible que no, que complementa el aspecto formal o procedimental (el quién y el cómo); así como sus condiciones de validez (deber ser), que complementan la vigencia (ser). Sobre la conveniencia de que los derechos estén redactados de manera general véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 20 y 21.

¹⁰¹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías La ley del más débil*, op. cit., p. 19. De esta manera, nos dice Martí, el procedimiento democrático no sirve para tomar decisiones acerca de los temas que más nos importan en la actualidad. La democracia quedaría reservada a aquellos temas que no guardan ninguna relación con los derechos fundamentales, como la determinación de los derechos patrimoniales. José Luis Martí Mármol, “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: Un análisis crítico de

En otras palabras, los partidarios de la supremacía judicial suelen argüir que la constitución establece una serie de <restricciones> a las decisiones democráticas¹⁰², como si dichas restricciones tuvieran un significado claro o predeterminado. Se habla incluso de restricciones claramente aparentes a las preferencias políticas¹⁰³, y se preguntan si la constitución no perdería todo su sentido si se dejara a la gente leer en ella aquello que quieren en cada momento¹⁰⁴.

Esta concepción de las normas constitucionales tiene sus antecedentes en los redactores de la Constitución norteamericana¹⁰⁵, reflejada en el número 78 del *Federalista* y en casos como *Cooper v. Aaron*, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo la vinculación de los otros poderes a su doctrina constitucional¹⁰⁶. En efecto, en los orígenes del constitucionalismo se consideró que “la interpretación constitucional y el consiguiente control de la ley era una actividad mecánica, relativamente sencilla, susceptible de conducir a conclusiones verdaderas”, siendo que la única forma de evitar que la voluntad de los jueces prevaleciera sobre los representantes del pueblo era convertirlos en agentes dependientes del Parlamento¹⁰⁷.

Así, la constitución tiene como fin establecer límites de segundo orden a las preferencias de primer orden de la gente y de los representantes, por lo que sería anómalo confiar en ellos su cumplimiento (nadie puede ser juez en su propia causa). Pues como no confiamos en los policías, presidentes, fiscales, y abogados para auto vigilarse, tampoco debemos confiar en que lo hagan las mayorías¹⁰⁸. De ahí

sus teoría de los derechos fundamentales, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *garantismo estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 387, 388-

¹⁰² Frederick Schauer, “Judicial Supremacy and the Modest Constitution”, *California Law Review*, Vol. 92, 2010, p. 1056.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 1065.

¹⁰⁴ Laurence H. Tribe, “The People Themselves: Judicial Populism”, *New York Review of Books*, 24 de octubre de 2004.

¹⁰⁵ Barry Friedman, “The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy”, *op. cit.*, p. 380.

¹⁰⁶ Dawn E. Johnsen, “Functional departmentalism and nonjudicial interpretation: Who determines constitutional meaning?”, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁷ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 1064.

que, la supremacía judicial “aparezca” como el socio natural de la Constitución¹⁰⁹, y el control de los otros poderes se haga con el fin de proteger los valores de segundo orden¹¹⁰. Esto es especialmente importante, dicen los defensores de la supremacía judicial, cuando se trata de minorías discretas e insulares¹¹¹.

Esta forma de concebir las constituciones está basada en la idea liberal de que a través del discurso político se interpretan –no se generan- ciertos principios superiores de justicia, generados en ocasiones históricas excepcionales que limitan las reivindicaciones y argumentos posibles¹¹². Idea que nos conduce –como han puesto de manifiesto las teorías comunitaristas de la democracia deliberativa- al gobierno de los que conocen y cuidan de estos principios frente a los procedimientos democráticos, lo que se traduce en alienación política y desapoderamiento¹¹³.

Pues bien, todas las líneas argumentativas anteriores son falaces. Frente a ellas, en primer término es necesario recordar la ambigüedad y vaguedad de las normas constitucionales que hacen imposible saber de antemano cuáles son esas obligaciones, prohibiciones, límites o vínculos sustanciales a la regla de la mayoría. Lo que se traduce en que quienes acaban decidiendo¹¹⁴ “qué contenido concreto tienen los derechos y, por tanto, cuáles es el límite de actuación de la democracia y de los demás poderes públicos, son los órganos encargados de la interpretación y aplicación de estos derechos, es decir, los tribunales constitucionales”¹¹⁵.

Desde esta perspectiva, no es verdad que la contraposición sea entre valores-límites de segundo orden y preferencias de primer orden, salvo en contadas excepciones. Más bien se trata de un enfrentamiento entre interpretaciones distintas del mismo valor de segundo orden, que suelen traducirse en preferencias de primer orden. Esto porque el desacuerdo no está en las previsiones generales establecidas

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 1046.

¹¹⁰ Frederick Schauer, “Judicial Supremacy and the Modest Constitution”, *op. cit.*, p. 1055.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 1057 y 1058.

¹¹² Rainer Forst, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *Ratio Juris*, Vol. 14, núm. 4, diciembre 2001, pp. 352 y 353.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 358.

¹¹⁴ Para Martí, la pregunta más relevante es ¿quién y cómo se va a encargar de determinar el contenido de los derechos fundamentales?, Martí Mármol, José Luis, “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: Un análisis crítico de sus teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 388.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 389 y 390.

en la constitución, como “libertad”, “igualdad” o “libertad de expresión”, sino en la aplicación que se hace de esos principios vagos a circunstancias concretas¹¹⁶. Así, “ningún consenso generalizado en torno a un catálogo abstracto de derechos puede ocultar el hecho de que, cuando llega la hora de lidiar con problemas concretos sobre los derechos, sea el desacuerdo profundo en torno a los mismos el que predomine”¹¹⁷. En efecto, tal y como sucede con los principios morales, tratándose de los derechos fundamentales previstos en la mayoría de las constituciones, “el carácter abstracto de estas normas altamente generalizadas provoca problemas de aplicación tan pronto como algún conflicto apremiante trasciende el ámbito próximo de las interacciones a que estamos habituados”¹¹⁸. Este desacuerdo se genera por la indeterminación en la que están previstos, la abundancia de conceptos esencialmente controvertidos en las cláusulas que los consagran, la utilización de la técnica de la ponderación que tiende a incrementar la indeterminación, y la necesidad de resolver las colisiones recurriendo a valoraciones¹¹⁹.

Por otro lado, es verdad que el parámetro de control es preexistente, pero menos cierto es que sea indisponible para el órgano de control, pues la vaguedad del lenguaje en que está escrita la Constitución le da amplios márgenes de maniobra, que hace que cuando intentamos extraer conclusiones prácticas de los catálogos de derechos comienzan a surgir diferencias profundas¹²⁰. Asimismo, aun suponiendo que el parámetro fuera indisponible, eso no lo hace un control objetivado. Esto es así, porque en la interpretación de las disposiciones

¹¹⁶ Larry Kramer “Undercover Anti-Populism”, *op. cit.*, p. 1347. Es llamativo que en sus primeras obras Ferrajoli reconoce que la coherencia de la ley con la constitución es más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez, a quien corresponde elegir los únicos significados válidos, o sea, comptables con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías La ley del más débil*, *op. cit.*, p. 26

¹¹⁷ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 48.

¹¹⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 180.

¹¹⁹ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, pp. 56 y 57. Sobre los conceptos esencialmente controvertidos véase W. B. Gallie, “Essentially contested concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 56 (1955 - 1956), pp. 167-198. También Marisa Iglesias Vila, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa* 23, 2000.

¹²⁰ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 54.

constitucionales, muchas veces ambiguas e indeterminadas, es inevitable que los jueces apliquen sus propios valores y su forma de concebir el mundo. Así, una vez que reconocemos que el texto constitucional brinda a los jueces un amplio margen de discrecionalidad y, por tanto, que estos crean Derecho, resulta ilegítimo que los jueces puedan hacer triunfar sus concepciones sobre las del legislador, en tanto no haya un mecanismo de control parlamentario de la actividad jurisdiccional¹²¹.

De hecho, en la propia teoría de Ferrajoli –ejemplo destacado en el tema que estamos analizando- se reconoce que esas obligaciones o prohibiciones (garantías primarias)¹²² que “imponen” los derechos fundamentales como normas téticas¹²³, no se dan por descontadas, pues dependen de su estipulación expresa por normas de derecho positivo muy distintas a las que adscriben los derechos¹²⁴. Así, según

¹²¹ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 162-164.

¹²² Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías La ley del más débil*, op. cit., p. 43.

¹²³ *Ibid.*, p. 49.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 62. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, T. 1, op. cit., pp. 864. Este reconocimiento parece implicar una contradicción con el carácter de reglas téticas que adscribe Ferrajoli a los derechos fundamentales, pues según su definición, las reglas téticas generan facultades, obligaciones, prohibiciones, expectativas o estatus sobre la clase de sujetos y/o en relación con la clase de compartamientos determinados por ellos. Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, T. 1, op. cit., pp. 224. En otras palabras, ¿cómo es que los derechos fundamentales son reglas téticas si las facultades, obligaciones, etc. que generan deben establecerse por otras normas? ¿O es que las obligaciones que generan son sólo las de introducir las garantías primarias y secundarias sin ningún contenido específico? No parece que esta sea la idea que Ferrajoli tiene en mente al hablar de las normas téticas, pues utiliza ejemplos como los diez mandamientos, las reglas del ajedrez que constituyen el estatus de torre o de caballo estableciendo sus tipos de movimientos sobre el tablero, prescripciones como prohibido fumar y prohibido aparcar, etc., que tienen un contenido muy preciso. Ahora, ¿son normas hipotéticas? Para Ferrajoli las reglas hipotéticas no disponen de manera inmediata prescripciones, sino que las predisponen como modalidades, expectativas o estatus cuando tengan lugar las hipótesis que contemplan. *Idem*. En mi opinión, parece difícil decir que los derechos fundamentales son reglas hipotéticas en la medida en que, en la mayoría de los casos, en su formulación no se prevé una hipótesis. Este escollo parece resolverse cuando Ferrajoli sostiene que todas las normas téticas se convierten en normas hipotéticas en el momento de su respeto o de su aplicación jurisdiccional, en relación con las cuales operan además como normas sustantivas sobre su producción, *Ibidem*, p. 836. En otras palabras, para Ferrajoli los legisladores y los jueces establecen los supuestos –configurando hipótesis- que tendrán como consecuencia las modalidades, expectativas o estatus generadas por los derechos fundamentales como normas téticas. Ahora bien, si aceptamos que los derechos fundamentales no “generan” facultades, obligaciones, prohibiciones, expectativas o estatus, sino que éstos son establecidos a *posteriori* por el legislador o el juez, ¿se puede hablar de una conversión de normas téticas a hipotéticas? En mi opinión, el problema está en la categorización que Ferrajoli hizo de las normas téticas, pues si bien es cierto que los derechos fundamentales previstos en las constituciones no prevén, en la mayoría de los casos, una hipótesis, sino que ésta es definida a *posteriori* por el legislador o el juez, y en ese sentido son normas téticas; los derechos fundamentales no generan de *manera inmediata* modalidades, expectativas o estatus, pues no sabemos a ciencia cierta qué implican y en qué casos son aplicables. En ese sentido, afirmar que los derechos fundamentales son reglas téticas sólo puede

Ferrajoli el legislador se encuentra obligado a colmar las lagunas y la jurisdicción a reparar las antinomias¹²⁵.

En este sentido, es importante resaltar lo que Ferrajoli oculta cuando sostiene que los derechos fundamentales establecen reglas, obligaciones, imperativos, deberes, límites o vínculos sustanciales. Pues como he señalado, Ferrajoli reconoce que éstos deben ser establecidos por normas de derecho positivo distintas a las que establecen los derechos. Es decir, las obligaciones, prohibiciones o facultades derivadas de los derechos fundamentales no están “ahí” previstas por la constitución, sino que se introducen, principalmente, por el poder legislativo¹²⁶.

El punto es que si Ferrajoli reconoce que las obligaciones, prohibiciones o facultades que implican los derechos fundamentales son establecidas por otras normas –no la constitución-, particularmente por el legislador (garantías primarias), no es verdad que los derechos fundamentales establezcan reglas, obligaciones, imperativos, deberes, límites o vínculos sustanciales y, por tanto, puedan configurar la dimensión “sustancial” de la democracia. Si esto es así, cuando el juez repara las “lagunas” y “antinomias” producidas por las -que él considera- violaciones de las garantías constitucionales primarias, lo que hace es instituir las obligaciones, prohibiciones o facultades a través de su interpretación de las normas constitucionales, pero no “constata” cuáles son las reglas, obligaciones, imperativos, deberes, límites o vínculos sustanciales “impuestos” por los derechos fundamentales.

Por todas estas razones, es que debemos deshacernos de la idea de que el control judicial constituye un mecanismo diseñado para <<hacer prevalecer>> una constitución que de antemano impone determinadas restricciones al contenido de las decisiones que pueden ser adoptadas, y reconocer que se trata de un

hacerse en un sentido muy lato, pues si bien es cierto que la expresión está protegida inmediatamente por la libertad de expresión, saber en qué casos y condiciones una determinada expresión está protegida por dicha libertad requiere precisar la hipótesis.

¹²⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías La ley del más débil*, op. cit., p. 63. En *Principia iuris* Ferrajoli amplía el papel del juez, pues no sólo le atribuye la tarea de reparar las antinomias, sino también las lagunas., Luigi Ferrajoli, *Principia iuris*, T. 1, op. cit., p. 866.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 769, 772, 864.

<<procedimiento de decisión>> por el cual dotamos de contenido a los derechos ante la existencia de desacuerdos profundos¹²⁷.

Una vez que reconocemos que el contenido de los derechos no son verdades <autoevidentes> aparece con mayor nitidez que la idea de los derechos por encima de la política es insostenible, pues es a través de la política deliberativa como se les dota de contenido. Así, una vez superada la falsa dicotomía entre derechos protegidos por los jueces y mayorías que los ponen en peligro, nos encontramos ante el reto de cómo compatibilizar la supremacía judicial con la legitimidad democrática del parlamento, pues lo que realmente ocurre en el proceso judicial es que un órgano jurisdiccional decide entre dos interpretaciones distintas e igualmente razonables de cuál es el contenido y límites del precompromiso constitucional y no, como suele argüirse, que esté salvaguardando la supremacía constitucional ante una equivocada mayoría parlamentaria¹²⁸.

Finalmente, más allá de la falsa impresión que nos da una visión de la constitución como norma completa, el problema principal es el papel que el modelo de supremacía judicial atribuye a los jueces en la deliberación constitucional. Sobre todo, cuando se trata de aplicar normas generales y abstractas que suscitan desacuerdos¹²⁹ y en cuya interpretación hay un efecto conformador¹³⁰. Desde esta perspectiva, la discordancia entre partidarios y opositores de la supremacía judicial sí radica en la importancia o no que le dan a otros espacios de decisión constitucional.

En efecto, bajo una concepción deliberativa el contenido y la extensión de los derechos son concebidos como el resultado de los procesos deliberativos¹³¹ que en primer término corresponde al pueblo en su conjunto¹³². Es que los derechos no son algo que se da una vez y para siempre, sino que requieren de una interpretación,

¹²⁷ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 67.

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 294 y 295.

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 50 y 51.

¹³⁰ Konrad Hesse, "La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional", *op. cit.*, p. 165.

¹³¹ Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, "Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia", *op. cit.*, pp. 320 y 321.

¹³² Christopher F. Zurn, "Deliberative democracy and constitutional review", *Law and Philosophy*, núm. 21, 2002, p. 528.

concretización y desarrollo constante por el pueblo¹³³. Bajo esta perspectiva, el espíritu de los derechos es el empoderamiento de sus titulares para que lleven a cabo su propia determinación¹³⁴. Lo cual presupone superar el estereotipo común de los titulares como seres irracionales y manipulables, incapaces de gobernarse a sí mismos¹³⁵.

En síntesis, se concibe a la constitución como un proyecto inacabado o como una actividad constituyente continua y controvertible que plantea a cada generación la tarea de interpretar y configurar los derechos fundamentales.¹³⁶

Dentro de la jurisprudencia española podemos destacar la Sentencia 31/2010 sobre el “Estatuto de Cataluña” como un ejemplo importantísimo de supremacía interpretativa que dio lugar a un interesante debate doctrinal sobre la constitución como una norma completa.

En primer lugar hay que referirse al fundamento jurídico 57 que con mucho tino Víctor Ferreres ha calificado como un exceso retórico¹³⁷. Así, el Tribunal señaló: “Un límite cualitativo de primer orden al contenido posible de un Estatuto de autonomía es el que excluye como contenido de este tipo de norma la definición de categorías constitucionales. En realidad, esta limitación es la que hace justicia a la naturaleza del Estatuto de Autonomía, norma subordinada a la Constitución, y la que define en último término la posición institucional del Tribunal como intérprete supremo de aquélla”.

Continúa: “En su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales. Ninguna norma

¹³³ Klaus Guenther, “Law, the State and Discourse Theory”, Working Paper Series, p. 5. Disponible en:

[http://sites.uclouvain.be/cpdrefgov/publications/Working%20Papers/Theory%20of%20the%20Norm%20Unit%20-%20TNU_\(11.08.2008_00h08\)_WP-TNU-3-KGuenther.pdf](http://sites.uclouvain.be/cpdrefgov/publications/Working%20Papers/Theory%20of%20the%20Norm%20Unit%20-%20TNU_(11.08.2008_00h08)_WP-TNU-3-KGuenther.pdf)

¹³⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹³⁵ Larry Kramer, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 244.

¹³⁶ Jürgen Habermas, *Factidad y validez*, *op. cit.*, pp. 336, 465, 466, 493, 523, 530 y 615.

¹³⁷ Víctor Ferreres Comella, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, en *Jurisdicción constitucional y democracia*, Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 27.

infraconstitucional, justamente por serlo, puede hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional. Ese cometido es privativo del Tribunal Constitucional. Y lo es, además, en todo tiempo, por un principio elemental de defensa y garantía de la Constitución: el que la asegura frente a la infracción y, en defecto de reforma expresa, permite la acomodación de su sentido a las circunstancias del tiempo histórico”¹³⁸.

Como vemos, el Tribunal Constitucional acepta la posibilidad de diversos sentidos constitucionales posibles, pero se concibe a sí mismo como poseedor de la interpretación auténtica y, en esa medida, indiscutible. Lo que significa que el legislador estatutario está excluido de la tarea de definir las categorías constitucionales, pues al ser cuestiones constitutivas del lenguaje en el que ha de entenderse la voluntad constituyente, no pueden tener otro sentido que el prescrito por su intérprete supremo (FJ 57). Esta fuerte declaración de supremacía judicial que llega a atribuir al Tribunal el carácter de poder constituyente¹³⁹ parece haber sido inducida por el grupo parlamentario del Partido Popular que planteó la inconstitucionalidad, al argumentar, entre otras cosas, que el Estatuto era inconstitucional en tanto se enfrentaba a la jurisprudencia constitucional¹⁴⁰.

Esta consideración fue contradicha por el Gobierno de la Generalitat, para el que la Constitución es un marco amplio que permite diversos desarrollos legislativos que el Tribunal no debe constreñir ilegítimamente. Así, para el Gobierno los criterios doctrinales del Tribunal no pueden cerrar pro futuro ni agotar definitivamente la determinación de todos los sentidos e interpretaciones que pueden darse a las normas constitucionales, pues esto sería tanto como petrificar sus disposiciones e invalidar su función de marco normativo fundamental. De esta manera, para el

¹³⁸ Las cursivas son mías. Es de llamar la atención sobre cómo el Tribunal considera que cuando el legislador ordinario dicta una ley cuyo objeto es precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, cruza la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos (en este sentido la STC 76/1983), pero no así cuando lo hace el mismo Tribunal.

¹³⁹ Enric Fossas Espadaler, “El Estatuto tras la sentencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm 27, 2011, p. 310.

¹⁴⁰ Antecedente 11.

Gobierno de la Generalitat el Estatuto de Cataluña deducía y aplicaba un significado concreto de la Constitución que no agotaba la amplia diversidad de desarrollos estatutarios constitucionalmente posibles (Antecedente 13).

En una línea parecida el Parlamento de Cataluña sostuvo que la idea que guiaba a la norma no era reinterpretar los conceptos constitucionales en el sistema de reparto competencial, sino concretar o completar aquello que la Constitución había dejado abierto al establecer las reglas y los principios que rigen el sistema. Asimismo, argumentó que la doctrina del Tribunal no es algo pétreo e inmodificable (Antecedente 14).

Como hemos visto el razonamiento del Tribunal parte de dos premisas: a) la naturaleza subordinada del Estatuto a la Constitución y, b) la posición institucional reconocida por la Constitución al Tribunal como intérprete supremo. Pues bien, ninguna de estas dos afirmaciones nos lleva a concluir lo que el Tribunal sí concluyó. En primer lugar, porque el carácter subordinado del Estatuto no nos conduce a reconocer que el Tribunal tiene la última palabra interpretativa, en tanto se trata de cuestiones distintas. Como se ha dicho la supremacía constitucional no requiere indispensablemente del control judicial y menos aun de la supremacía judicial. En efecto, es perfectamente posible imaginar un sistema en el que las leyes son consideradas jerárquicamente inferiores a la Constitución pero sin control judicial, tal como fue Inglaterra hasta hace unos pocos años; un sistema con control judicial de la ley y supremacía legislativa, como es el caso de Canadá; o un sistema con control judicial de la ley pero sin supremacía judicial, como el que aquí se propone y que bien puede ser ejercido en España o México. En ese sentido, no se trataba de salvaguardar los “ámbitos inconfundibles del poder constituyente, por un lado, y de los poderes constituidos, por el otro (FJ6)” sino de asegurarse que fuera el Tribunal y no el legislador al que corresponde la tarea de interpretar en última instancia la Constitución.

Por lo que toca a la segunda de las premisas, empiezo por recordar que no es la Constitución la que otorga al Tribunal el carácter de intérprete supremo, sino su propia Ley Orgánica. En segundo término, no resulta claro sobre quién se proyecta dicha supremacía -a qué órganos vincula su doctrina-, ya sean los órganos

judiciales (art. 5 LOPJ) o a éstos y los demás poderes del Estado. A reserva de volver sobre este punto en el capítulo cuarto al tratar las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad, aun suponiendo que dicha supremacía se proyectara sobre el legislador, eso es distinto a sostener que el Tribunal ostenta la interpretación auténtica e indiscutible de la Constitución. Esta afirmación tiene implicaciones fundamentales para: a) la posición del legislador estatutario como intérprete constitucional, y b) la concepción que tiene el Tribunal sobre la Constitución.

Sobre el primer aspecto, parece haber un acuerdo en que la autocomprensión del Tribunal como único intérprete tiene como consecuencia que el legislador estatutario no puede proponer, en ninguna circunstancia, interpretaciones diferentes a las recogidas en sus resoluciones precedentes¹⁴¹. De esta forma, la discrepancia doctrinal está en si la reducción del papel interpretativo del legislador viene o no de sentencias anteriores a la STC 31/2010 y en la perspectiva que se tiene de esto. Así, por ejemplo, para Viver y Fossas la declaración del fundamento jurídico 57 es un cambio radical en la concepción que tiene el Tribunal de su función, pretendiendo pasar del rol de “legislador negativo” al de intérprete o concretizador único e indiscutible de la Constitución¹⁴², que le aleja del papel normalmente reservado a la jurisdicción constitucional en una democracia constitucional y despoja al Estatuto de toda virtualidad dentro del bloque de constitucionalidad¹⁴³. Por el contrario, para Muñoz Machado el Tribunal sólo sigue su jurisprudencia anterior y las corrientes doctrinales más asentadas, conforme a

¹⁴¹ Carles Viver Pin-Sunyer, “El Tribunal Constitucional, ¿Siempre, sólo... e indiscutible? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 91, enero-abril 2011, pp. 341-347. Santiago Muñoz Machado, “El dogma de la constitución inacabada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, septiembre-diciembre 2010, p. 250.

¹⁴² Carles Viver Pin-Sunyer, “El Tribunal Constitucional, ¿Siempre, sólo... e indiscutible? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010”, *op. cit.*, pp. 341-347. En el mismo sentido Enric Fossas considera que la Sentencia 31/2010 deconstruyó el acervo conceptual que había sustentado hasta hoy la opinión mayoritaria de los juristas, y el mismo Tribunal Constitucional (STC 247/2007), sobre las peculiares características del Estatuto como norma, entre las cuales se encontraba la función de interpretar la Constitución. Enric Fossas Espadaler, “El Estatuto tras la sentencia”, *op. cit.*, p. 312.

¹⁴³ Enric Fossas Espadaler, “El Estatuto tras la sentencia”, *op. cit.*, p. 313.

las cuales la pretensión del Estatuto de establecer el contenido de categorías y conceptos constitucionales usurpa la función del Tribunal Constitucional¹⁴⁴.

Así, para este último autor la STC 31/2010 “no deja margen a los Estatutos de autonomía para que complementen, con normas materialmente constitucionales, las determinaciones de la Constitución misma, sino sólo para que las desarrollen o complementen mediante normas de valor infraconstitucional que han de respetar las prescripciones de la norma suprema según las ha interpretado el propio Tribunal Constitucional”¹⁴⁵. Es decir, para Muñoz Machado se liquida el dogma de la Constitución inacabada, aquélla idea de que la organización territorial del Estado en España había sido objeto de desconstitucionalización¹⁴⁶.

A diferencia de lo que considera Muñoz Machado, a mi parecer la STC 31/2010 no termina con el “dogma” de la Constitución inacabada. No lo liquida porque no es un dogma, sino una característica ínsita de la propia Constitución que no puede liquidarse con una sentencia, que vale tanto para la interpretación de los poderes y competencias de las Comunidades Autónomas, como para los derechos y libertades. Lo que el profesor Muñoz Machado constata es algo bien diferente. Y es que el Tribunal quiere ser el único capaz de darle contenido a la Constitución, aun cuando reconoce la indefinición del texto constitucional sobre el contenido y alcance de las potestades legislativa, reglamentaria y ejecutiva comprendidas en las competencias de las que puede ser titular la Comunidad Autónoma de Cataluña (FJ 58). Así, no trata siquiera de resolver quién es el último intérprete de la Constitución, sino de monopolizar la interpretación constitucional.

En mi opinión, esta declaración no es más que otra manifestación de cómo los jueces constitucionales buscan arrogarse el monopolio de la interpretación, además de ser una clara muestra de lo que los defensores de la supremacía judicial suelen negar: la tendencia de los jueces constitucionales a convertirse en supremos -atribuirse la última palabra-. Hecho que conlleva contraer el papel constitucional

¹⁴⁴ Santiago Muñoz Machado, “El dogma de la constitución inacabada”, *op. cit.*, pp. 249 y 250.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 253.

¹⁴⁶ *Idem.*

del pueblo y de los representantes populares a los que algunos consideran su “sede natural”¹⁴⁷: la reforma constitucional (FJ 58).

Con esto no quiero minimizar la necesidad de un órgano jurisdiccional que resuelva los conflictos competenciales en un estado multinivel, pues como bien dice Muñoz Machado es indispensable para que un ordenamiento jurídico pueda funcionar¹⁴⁸. Mi punto es que para cumplir con esa función no resulta necesario atribuir al Tribunal la única palabra constitucional, sino sólo dotar de fuerza de cosa juzgada a sus fallos.

Ahora bien, alguien podría pensar que mi afirmación no se compadece con el fallo de la sentencia del Estatuto de Cataluña, en el que a través de una interpretación conforme se salva la constitucionalidad de muchos de los preceptos impugnados. Es decir, la Sentencia 31/2010 podría leerse como una aceptación tácita del Tribunal de otros intérpretes constitucionales. Sin embargo, esta lectura de la sentencia no es del todo acertada, pues una cosa es que el Tribunal asuma una posición deferente hacia el legislador y como consecuencia haga una interpretación conforme de la ley, y otra es la posición desde la que el Tribunal asume esa deferencia¹⁴⁹. Mientras que la interpretación conforme es un medio para la reparación de la inconstitucionalidad a través de la interpretación, que refleja la consideración que tiene el Tribunal respecto de las leyes emanadas del parlamento, la atribución de la única palabra constitucional significa que la interpretación judicial de la Constitución no puede ser discutida. En otras palabras, cuando el Tribunal da una interpretación conforme de la ley impugnada lo que hace es salvar la constitucionalidad de la ley, pues de acuerdo a su visión, la interpretación hecha por el legislador es una posibilidad legítima, pero sin que ello implique que su propia interpretación pueda ser debatida. Por el contrario, cuando el Tribunal afirma que

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 255 y 264. Esta visión un tanto desconfiada de los legisladores es patente en el trabajo de Muñoz Machado. Así, señala: “Pero acometer la reforma (constitucional) con meditación y seriedad parece imprescindible para evitar también que la Constitución empiece a ser cambiada de hecho, mediante la acción subrepticia y desconsiderada de todos o algunos de los legisladores ordinarios, ninguneando su valor y dictando disposiciones que no la tengan en cuenta”.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 261.

¹⁴⁹ Incluso esta deferencia puede ser puesta en duda si tomamos en cuenta que el Tribunal no hizo ninguna referencia sobre la circunstancia de que el Estatuto haya sido aprobado en referéndum por el cuerpo electoral de Cataluña.

“es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales”, sí cierra el paso a la deliberación futura¹⁵⁰.

3.3. El argumento de los mejores intérpretes constitucionales.

Desde un elitismo epistemológico¹⁵¹ se considera que los jueces están mejor situados para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos y, por tanto, su interpretación constitucional conlleva ser indiscutible institucionalmente¹⁵². En esta tesitura, el ciudadano común y las mayorías parlamentarias son vistas con recelo, pues “las deliberaciones del Tribunal Supremo y en general las propias del discurso judicial constituyen la base del modelo de deliberación”¹⁵³. Esta defensa del “gobierno de los mejores” suele venir acompañada de la presentación como “populista” o demagógica” de toda crítica al sistema constitucional que nos rige¹⁵⁴.

De esta forma, se estima equivocadamente que el modelo constitucional jurisdiccionalmente garantizado encarna un Estado justo, en el que la justicia constitucional a través del juez Hércules¹⁵⁵, representa el eslabón de cierre del sistema en su conjunto, donde culmina la reconciliación de la razón práctica, del

¹⁵⁰ Como veremos más adelante, desde una posición contraria Peter Häberle sostiene que los tribunales constitucionales no son intérpretes auténticos de la Constitución, sino sólo *un* intérprete en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, evidentemente uno cualificado de manera especial. Peter Häberle, “La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Teoría general del derecho procesal constitucional*, México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, T. I, 2008, p. 774.

¹⁵¹ Sobre el elitismo epistemológico véase Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 260.

¹⁵² Para Barry Friedman las afirmaciones sobre la supremacía judicial son en el mejor de los casos exageradas, pues cuando la sociedad quiere un cambio constitucional se organiza para lograrlo. Barry Friedman, “Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una repuesta a Roberto Gargarella”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, No. 1, 2005, p. 171.

¹⁵³ Erik Oddvar Eriksen, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 103.

¹⁵⁴ Gerardo Pisarello, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁵ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Gustavino, Madrid, Ariel, 2002, p. 190.

orden jurídico y de la moralidad¹⁵⁶. En otras palabras, es el pretexto ideal para poner bajo tutela a la opinión pública¹⁵⁷.

Esta separación entre poder legislativo y poder judicial para efectos de la interpretación constitucional deriva para algunos de las distintas funciones que cumplen. Así, se contraponen grosso modo: voluntad y conocimiento, poder y saber, forma y sustancia, innovación y conservación, disposición y contestación, legis-latio y iuris-dictio –una ligada a la esfera de lo decidible, la otra a la esfera de lo indecible (que o que no)¹⁵⁸. A las funciones de gobierno, que incluyen tanto la función legislativa como la gubernamental les corresponde el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad de los resultados obtenidos para la satisfacción de los intereses generales, y tienen su fundamento en la voluntad general. Por su parte, las funciones de garantía que corresponde al poder judicial y a la administración vinculada, sus criterios de valoración son la corrección y el fundamento de las constataciones de sus presupuestos legales y la efectividad de las tareas exigidas. Y la distinción más importante: a las primeras les toca la aplicación formal y el simple respeto sustancial de las normas supraordenadas, mientras que a las segundas además de la aplicación formal, también les corresponde la aplicación sustancial de las normas sobre su producción. Estas últimas tienen que estar vinculadas a la ley y, sobre todo, a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Su fuente de legitimación es su aceptabilidad –de la decisión judicial- como verdadera, lo que depende de la correcta aplicación sustancial de la ley, es decir, por el respeto a todas las garantías jurisdiccionales¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 98. Es necesario precisar que Prieto Sanchís no comparte estas opiniones, sino que es una deducción que hace de la postura de Alexy.

¹⁵⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 454.

¹⁵⁸ Luigi Ferrajoli, *Principio iuris*, T. I Teoría del derecho, op. cit., p. 824 y 825. Aunque después señala que los confines entre estas dicotomías son inciertos, *Ibidem*, p. 828.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 825, 828.

Desde esta forma de ver las cosas, la jurisdicción es la más importante función de garantía, que al garantizar los derechos fundamentales se convierte en el principal factor de la efectividad de la dimensión sustancial de la democracia¹⁶⁰.

Si bien esta idea ha permitido a los jueces inmiscuirse en mayor medida en la esfera del poder legislativo, elevando la exigencia de justificación de las decisiones legislativas, este control recíproco no ha sido aplicado a las sentencias de los tribunales. Esto es así, pues al mismo tiempo que se promueve una mejor argumentación de las sentencias, se ha fortalecido la posición de los tribunales a tal medida que los ha convertido en instituciones cerradas a la crítica del legislador. En efecto, para los partidarios de la supremacía judicial el activismo judicial es la única postura congruente con el modelo del Estado constitucional, en el que resulta poco deseable someter a controles formales a la Corte¹⁶¹. De hecho, reconocen que “quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política [...]”¹⁶².

Pues bien, uno de los pioneros en defender el control judicial de constitucionalidad por la calidad deliberativa de las cortes supremas fue John Rawls. Si bien es cierto que este argumento no ha sido trasladado al debate de la supremacía judicial, suele estar en el fondo. Por tanto, resulta necesario analizar las siguientes dos ideas de Rawls: a) hay una exigencia especial (más estricta) sobre los tribunales y, en particular, sobre la suprema corte para actuar de acuerdo con la

¹⁶⁰ *Ibid.*, 831.

¹⁶¹ Miguel Carbonell, “Las sentencias de la Suprema Corte: Una reflexión y un caso concreto”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y César de Jesús Molina Suárez (coordinadores), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, pp. 442 y 448. Al parecer, para este autor existe un solo modelo de Estado Constitucional, y ese es el judicializado. En una posición crítica véase José Luis Cascajo, “Constitución e interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 18 y ss.

¹⁶² Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2009, p. 36.

razón pública; y b) la suprema corte es el examplar de la razón pública.¹⁶³ Para ello, debemos empezar por entender qué se entiende por razón pública, para posteriormente valorar por qué hay una exigencia especial a la suprema corte y por qué considera que es el mejor ejemplo de razón pública.

Hay por lo menos tres formas distintas de entender lo qué es la razón pública. Una concepción sustantiva de acuerdo con la cual es un ideal de dar razones que todos los ciudadanos pueden razonablemente aceptar, a la luz de principios e ideales racionales y razonables y como ciudadanos libres e iguales¹⁶⁴. Esta concepción plantea un ideal del tipo de razones y de las razones que no se puedan dar en un proceso de creación del derecho.¹⁶⁵ La segunda concepción es procedimental y concibe a la razón pública como un proceso especial de razonamiento.¹⁶⁶ En tercer lugar, está la concepción mixta de la razón pública que se refiere al tipo de razones que se pueden dar y a un proceso que es razonable que todos acepten.¹⁶⁷

Empecemos con la idea de razón pública como ideal de dar razones que podemos esperar sean aceptadas por todos,¹⁶⁸ pues como veremos de inmediato esta concepción de la razón pública es la que Rawls adopta para decir que los jueces y, en particular, la corte suprema tiene un exigencia especial de actuar conforme a la razón pública y es el ejemplo de ello.

De acuerdo con Rawls el contenido de estas razones es dado por una concepción política de la justicia. Esta concepción política especifica ciertos derechos, libertades y oportunidades básicas (del tipo de los previstos por las democracias constitucionales); 2) hace prioritarios estos derechos, libertades y

¹⁶³ John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. 216, 253. *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999, p. 134.

¹⁶⁴ John Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, pp. 217, 218. *The Law of Peoples*, *op. cit.*, pp. 138, 140.

¹⁶⁵ Wojciech Sadurski, "Legitimacy of Law in a Liberal State: The Contours of Public Reason", *Sydney Law School Research Paper 14/08*, p. 2.

Disponible en línea http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2387140

¹⁶⁶ Jeremy Waldron, "Public Reason and 'Justification' in the Courtroom", *Journal of Law, Philosophy and Culture*, Vol. 1, núm. 1, 2007, p. 115.

¹⁶⁷ John Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 165, 168.

¹⁶⁸ John Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, p. 241.

oportunidades, 3) prevé mecanismos que permiten a todos los ciudadanos hacer efectivos dichos derechos.

Además, la concepción política de la justicia da guías que especifican las formas de razonamiento y criterios sobre el tipo de información que es relevante para resolver cuestiones políticas.¹⁶⁹ Conforme a estas guías solo se puede apelar a creencias generalmente aceptadas y formas de razonamiento comunes, así como a métodos y conclusiones científicas que no estén controvertidas.¹⁷⁰ Prohíbe echar mano de doctrinas religiosas o filosóficas completas (comprehensive religious and philosophical doctrines), o de teorías económicas que estén en disputa.¹⁷¹

Así, de acuerdo con la primera concepción sustantiva de la razón pública, las razones públicas se equiparan o reflejan los principios sustantivos (derechos, libertades y oportunidades). De esta manera, un ejemplo de razón pública podría ser “tengo derecho a la libertad de expresión” y, por tanto, es una razón prioritaria y digna de protección.

La dificultad que nos plantea esta concepción de la razón pública es que esos principios sustantivos pueden ser objeto de diferentes interpretaciones. En otras palabras, estos principios no nos permiten avanzar en la definición del contenido de las razones públicas. Este desacuerdo es reconocido por Rawls,¹⁷² sin embargo insiste en que “los ciudadanos deben conducir sus discusiones fundamentales de acuerdo con un concepción política de la justicia basada en valores que los demás pueden razonablemente aceptar y que puede ser defendida de buena fe.”¹⁷³

En segundo lugar, las guías de razonamiento tampoco son de mucha ayuda. Pues de acuerdo con ellas debemos atender a creencias, formas de razonamientos, métodos, conclusiones y teorías filosóficas y económicas que no son controvertidas o están en disputa. Sin embargo, en la mayoría de los casos en que interpretamos la constitución nos guiamos por creencias, formas de razonamiento y métodos que están sometidos a controversia. Si no fueran disputados, no tendría ningún sentido

¹⁶⁹ *Id.*, p. 223. *The Law of Peoples*, p.141.

¹⁷⁰ John Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, p. 224.

¹⁷¹ *Id.*, p. 225.

¹⁷² *Id.*, p. 226. *The Law of Peoples*, p. 141.

¹⁷³ *Id.*

discutirlos. Y lo mismo puede decirse de las discusiones que se dan dentro de las cortes supremas.

Finalmente, no se deben excluir las comprehensive views de la discusión. Como Waldron ha puesto de manifiesto, en algunos casos la exclusión de las comprehensive doctrines nos impide valorar la fuerza del argumento y determinar el peso de las razones que estamos considerando.¹⁷⁴

Por otro lado, de acuerdo con Rawls los jueces y, particularmente, una corte constitucional que lleve a cabo el control judicial tienen una exigencia especial de actuar conforme a la concepción sustantiva de la razón pública, pues tienen que explicar “y justificar sus decisiones basados en su entendimiento de la constitución, leyes y precedente relevantes. Mientras que los actos del legislador y el ejecutivo no tienen que ser justificados de esta manera, la exigencia que existe sobre la corte suprema la hace el exemplar de la razón pública.”¹⁷⁵

En otras palabras, el carácter de exemplar de la corte suprema deriva de la exigencia especial que hay sobre los jueces de explicar y justificar sus decisiones basados en la constitución, las leyes y los precedentes relevantes.

Más aun, según Rawls los jueces son los únicos que tienen que justificar con razones públicas –y no apelando a comprehensive views- por qué votan como lo hacen, y tiene el deber de ser consistentes y coherentes con la visión constitucional que guían sus decisiones.¹⁷⁶ Deben interpretar la constitución tomando en cuenta casos, prácticas, tradiciones y textos.¹⁷⁷ No pueden invocar su moral personal, ni los ideales o virtudes de la moral en general. No pueden invocar sus creencias religiosas o visiones filosóficas o las de otros. Por el contrario, tienen que apelar a los valores políticos que crean son parte de la concepción más razonable de la justicia y la razón pública.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Jeremy Waldron, “Public Reason and “Justification” in the Courtroom”, *op. cit.*, pp. 120, 121.

¹⁷⁵ John Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, p. 216.

¹⁷⁶ *Id.*, p. 235.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 236.

¹⁷⁸ *Id.*

La pregunta es por qué estas circunstancias le permiten afirmar a Rawls que los jueces se guían de manera especial por la razón pública y por qué son el examplar de la razón pública.

Es verdad que la obligación de utilizar la constitución como fundamento de las decisiones obliga a incluir argumentos sobre principios en el debate político.¹⁷⁹ Sin embargo, no nos dice nada sobre la calidad del argumento, como exige la idea de la razón pública. De hecho, la constitución no garantiza que las razones que sean usadas para su interpretación sean públicas, es decir, que todos estén dispuestos a aceptar.

Más aún, no es cierto que los derechos fundamentales sean siempre razones públicas. Eso depende del derecho y de cómo es interpretado. Pensemos en los siguientes ejemplos. Primero, el derecho a portar armas protegido en la Constitución norteamericana, el cual tengo serias dudas sea una especie de razón pública. Segundo, pensemos en el derecho a la igualdad, que bien parece una razón pública interpretado para segregar a la gente por razón de su raza como sucedió en *Plessy v. Ferguson*, deja de ser una razón pública. Entonces, el hecho de que los jueces tengan que usar el lenguaje de los derechos no es suficiente para afirmar que los jueces dan razones públicas para justificar sus decisiones.

De la misma manera, Rawls no nos explica por qué la obligación de tomar en cuenta las leyes y precedentes relevantes hace que la corte suprema siga de manera especial a la razón pública. Tomar en cuenta lo que dice la ley es un requisito mínimo para una discusión jurídica informada, sobre todo si lo que se está planteando es su constitucionalidad. Por su parte, tomar en cuenta los precedentes no siempre implica seguir una razón pública, por ejemplo, si el precedente es un caso como *Dred Scott* que perpetuó la esclavitud de los afroamericanos en Estados Unidos.

¹⁷⁹ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1986, pp. 70, 71.

Como dice Sadurski la obligación de los jueces de tomar en cuenta todas las fuentes del derecho hace incorrecta la afirmación de Rawls de que la única razón que sigue la corte suprema es la razón pública.¹⁸⁰

Pensemos ahora en la plausibilidad de la idea de que los jueces no pueden fundamentar sus decisiones en creencias religiosas, visiones omnicomprensivas, su moral personal o los ideales y virtudes a la moral en general. En mi opinión, estas restricciones son ingenuas, difíciles de entender e irrealizables, respectivamente.

En primer lugar, la restricción para invocar creencias religiosas es ingenua porque casi todas las creencias religiosas pueden traducirse en razones seculares. Rawls respondería que aun cuando pudieran ser trasladadas en razones seculares caería fuera del dominio de la política.¹⁸¹ Esto es así, pues lo que importa es si infringen o no los derechos de ciudadanos libres e iguales.¹⁸² Esta no es una respuesta convincente, pues para saber si se ha violado o no un derecho debemos dar razones, entre ellas, razones seculares. Así, la respuesta de Rawls es un círculo sin salida.

En segundo lugar, la restricción de invocar doctrinas completas o exhaustivas es difícil entender, pues es complicado distinguirlas de los valores políticos.¹⁸³ Más aún, hay decisiones que no podemos tomar como los derechos del feto y la legalidad del aborto si no tenemos una visión completa o exhaustiva.¹⁸⁴

Asimismo, la restricción de utilizar la moral personal o los ideales de una moral general es poco creíble, pues la interpretación de la constitución confronta a los jueces con problemas morales que exigen de argumentos morales.¹⁸⁵ En otras palabras, al interpretar la constitución es inevitable hacer argumentos morales que estarán basados en la moralidad del juez o en una moralidad general, pero que no deja de ser tal.

¹⁸⁰ Wojciech Sadurski, "Legitimacy of Law in a Liberal State: The Contours of Public Reason", *op. cit.*, p. 17.

¹⁸¹ John Rawls, *The Law of Peoples*, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2008, p. 253.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 253, 254.

¹⁸⁵ Ronald Dworkin, *Freedom's Law The Moral Reading of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1996, p. 7. Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, *op. cit.*, p. 254.

Si estas reflexiones son correctas, resulta entonces difícil entender por qué esas restricciones implican una exigencia especial a los jueces de actuar conforme la razón pública. Tampoco tenemos ninguna razón para pensar que una corte suprema es el examplar de la razón pública. Por tanto, lo que nos queda es atender cómo las deliberaciones y toma de decisiones están diseñadas,¹⁸⁶ es decir, valorar si desde una concepción procedimental de la razón pública los jueces salen victoriosos.

Es interesante que Rawls haya puesto tan poca atención en el diseño institucional de las cortes supremas. En mi opinión, su fuerte apoyo a los tribunales le exigía prestar más atención a ello y hacer una comparación con el diseño institucional de los parlamentos. Hasta donde tengo conocimiento, nunca lo hizo.¹⁸⁷

3.3.1 Los tribunales y parlamentos como sedes de deliberación

Como se argumentó la obligación de los tribunales de utilizar a la constitución en su argumentación no es suficiente para calificarlos como examplar de la razón pública. Sin embargo, eso no significa que la obligación sea trivial. Como todo sabemos, los jueces tienen que justificar sus votos con razones, escribiendo su propio voto, ya sea que se unan al voto de la mayoría, redacten un voto concurrente o uno particular. La oportunidad de escribir un voto concurrente o disidente puede promover la deliberación entre los jueces, pues les da la posibilidad de discutir la opinión de sus colegas. Lo que al final puede servir para mejorar la deliberación y los resultados.¹⁸⁸ Más aún, la existencia de distintas opiniones le permite a los académicos, ciudadanos y otras ramas del gobierno tener distintas visiones sobre el mismo problema. Asimismo, la necesidad de escribir una resolución que logre la

¹⁸⁶ Jeremy Waldron, "Public Reason and 'Justification' in the Courtroom", *op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁷ En un sentido similar, Den Otter asume que es más probable que los tribunales, en palabras de Rawls, sean los examplars de la razón pública. Ronald C. Den Otter, *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*, USA, Cambridge University Press, 2009, p. 300.

¹⁸⁸ Lewis A. Kornhauser y Lawrence G. Sager, "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts", *California Law Review*, Vol, 81, núm. 1, 1993, p. 9.

mayoría, obliga en algunas ocasiones a decir menos o algo distinto a lo que se diría de escribirla solo.¹⁸⁹

La obligación de dar razones es importante porque nos permite conocer el porqué de la decisión y evaluarla. Además, al tratarse de razones basadas o derivadas de la constitución, obliga a la inclusión de argumentos sobre principios.¹⁹⁰ Estas dos características obligan a tomarse la constitución en serio y argumentar racionalmente sobre su interpretación.

Por eso no se está de acuerdo con la crítica que hace Waldron a los tribunales, en el sentido de que sus decisiones consiste en la aplicación de las fuentes del derecho a la situación concreta, como si no hubiera espacio para la deliberación moral.¹⁹¹ El desacuerdo radica en que tratándose de casos en los que es necesario interpretar la constitución, las fuentes del derecho no limitan la discusión de la misma manera en la que se trata de interpretar leyes que prevén reglas. En el caso de la constitución es necesario interpretar normas vagas y ambiguas, por lo que hay un margen mayor para la discusión y la presentación de casos novedosos. Incluso si hay precedentes, éstos se ponen en cuestión regularmente. Esta vaguedad y ambigüedad del lenguaje constitucional es reconocida por Waldron, sin embargo en este caso no deriva consecuencias de ello¹⁹².

En este sentido, para resolver casos constitucionales los jueces tienen que interpretar la constitución. Claro que no se trata de una discusión tan libre como la que se da en un seminario de filosofía, en el que no se tienen que tomar en cuenta

¹⁸⁹ *Id.*, p. 7.

¹⁹⁰ Es verdad que la legislación, incluso la que regula cuestiones morales, no es solo el desarrollo de principios. Jeremy Waldron, "Representative Lawmaking", *Boston University Law Review*, Vol. 89, 2009, p. 344. Aun así, es importante que alguna institución nos garantice que los principios serán tomados en cuenta.

¹⁹¹ Jeremy Waldron, "Public Reason and 'Justification' in the Courtroom", *op. cit.*, p. 129.

¹⁹² El ejemplo que pone es el siguiente: "The specific task of the court is to make explicit the connections between the decision currently being made and the sources of law regarded for the time being as binding on them. What we call the courts' "giving reasons for their decisions" is actually a matter of explaining why a decision for the plaintiff (say) rather than a decision for the defendant follows from the existing legal materials. Thus, the fact that the legislature said, "Contracts for the sale of land must be noted in writing" appears to be for the court a reason-in this sense-for refusing to enforce an oral contract. No doubt, in ordinary deliberation, such say-so would not seem a reason at all. But that is how the court presents it." *Id.*

el texto constitucional y los precedentes, y en el que puede considerarse las razones de manera abierta e ilimitada.¹⁹³ Ahora bien, la obligación de tomar en cuenta la constitución y los precedentes puede arrojar algunos beneficios, como que tratemos igual los casos semejantes, sean más predecibles las decisiones y sirva para economizar recursos judiciales.¹⁹⁴ Beneficios que son más importantes cuando se trata de interpretar la constitución, precisamente por la seriedad de las sanciones que acompañan al derecho.¹⁹⁵

Por el contrario, los legisladores no tienen esta obligación. No tienen porqué basarse en la constitución y, por lo general, no tienen que dar razones de sus decisiones.¹⁹⁶ Por ejemplo, no están obligados a unirse a las razones expresadas en la exposición de motivos o participar en la discusión parlamentaria, aun cuando algunas veces lo hacen. Así, no podemos conocer las razones que tuvieron para aprobar una ley o si tomaron en consideración lo que dice la constitución.

Pasemos ahora a la organización típica de los parlamentos y los tribunales. Los parlamentos suelen dividirse en dos cámaras que toman parte en el procedimiento. Cada cámara se divide a su vez en comités para el estudio de las iniciativas, lo que permite la especialización de los congresistas en determinados temas. El resultado final del procedimiento legislativo puede ser vetado por el Presidente, en cuyo caso expresa las razones para hacerlo.

Por otro lado, una corte suprema suele deliberar en pleno o en salas. Ahora, si la decisión corresponde al pleno no tiene que pasar por las salas y viceversa. En ese sentido, en los tribunales hay una sola sede de deliberación, mientras que en los parlamentos son dos distintas. Aunque también es cierto que, por regla general, los casos llegan a una corte suprema después de haber pasado por uno o varias instancias judiciales inferiores. En estos casos, los tribunales inferiores delimitan en

¹⁹³ Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.*, p. 133. Jeremy Waldron, "Representative Lawmaking", *op. cit.*, p. 340.

¹⁹⁴ Frederick Schauer, "Precedent", *Stan. L. Rev.*, Vol. 39, 1987.

¹⁹⁵ Jeremy Waldron, "Public Reason and 'Justification' in the Courtroom", *op. cit.*, p. 129.

¹⁹⁶ Véase Lewis A. Kornhauser y Lawrence G. Sager, "The Many as One: Integrity and Group Choice in Paradoxical Cases", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32, 2004, p. 269 "en los procesos legislativos no hay mecanismos que aseguren que las razones o premisas de las decisiones sean reveladas, menos aún que sean la guía formal, además de que están abiertos a la manipulación de su agenda."

alguna medida el tema y la discusión subsecuente. Incluso, la corte suprema puede aprender de lo hecho por los inferiores.¹⁹⁷

Asimismo, en los parlamentos se representan una amplia gama de intereses, opiniones, conocimientos y experiencias,¹⁹⁸ lo que permite a los parlamentarios considerar distintas formas en que la legislación puede afectar a la gente.¹⁹⁹ Están obligados a prestar atención a esos intereses, opiniones, etc., pues son representantes y están sujetos a elecciones periódicas. Además, el trabajo en comités permite a los parlamentarios especializarse en ciertos temas. Los parlamentos normalmente tienen en cuenta más información y perspectivas. Esto, en tanto es una institución abierta a muchas voces, tiene recursos suficientes y asesores para recolectar información de diferentes fuentes. Hay menos restricciones para ir y volver en una discusión, no están vinculados por precedentes y la constitución les impone pocos límites puntuales..

Por ejemplo, originalmente el Senado norteamericano fue diseñado para representar los intereses de los estados de la unión, mientras que la cámara de representantes debía representar los intereses de la gente y estar abierta a la opinión pública. Por esa razón es que los senadores eran electos por los congresos estatales, mientras que los diputados eran y siguen siendo electos por votación directa. Siendo que las elecciones recurrentes sirven como mecanismo para asegurar que esas funciones sean cumplidas. Así, los parlamentarios participan en el congreso como representantes de los intereses de la sociedad en general, o de su lugar de procedencia, y su función es filtrar, mediar y contrastar la información que reciben.²⁰⁰ No tienen la obligación de ser independientes ni imparciales, aun cuando deben promover el interés general.²⁰¹

¹⁹⁷ Deborah Beim, "Learning in the Judicial Hierarchy", 2013, Disponible en: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Beim%20Learning%20in%20the%20Judicial%20Hierarchy_7_2013.pdf

¹⁹⁸ Jeremy Waldron, "Representative Lawmaking", *op. cit.*, p. 343.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ Nadia Urbinati, "Representation as Advocacy: A Study of Democratic Deliberation", *Political Theory*, Vol. 28, núm. 6, 2000, p. 760.

²⁰¹ Jeremy Waldron, "Representative Lawmaking", *op. cit.*, p. 343.

Ese no es el caso de los jueces, cuya función no es representar ningún tipo de intereses o la pluralidad social. Incluso si buscamos que haya diversidad en la conformación de los tribunales, esta no tiene como sustento la conexión entre representante y representado, sino tener distintas perspectivas.

La función representativa puede explicar la disparidad de integrantes que hay en un parlamento y en un tribunal. Mientras que en los tribunales hay entre 5 (Argentina), 9 (Estados Unidos), 11 (México) o 12 (España) integrantes, por dar algunos ejemplos, en los parlamentos suelen haber cientos, pues en éstos se busca representar a la pluralidad nacional, en su diversidad social, territorial, etc. Este no es el caso de los tribunales, en el que no todas las voces están presentes ni todos los puntos de vista son tenidos en cuenta.²⁰²

Además, los parlamentarios se agrupan en partidos y por intereses comunes. Como consecuencia, los líderes de los partidos tienen un peso especial. Por el contrario, los jueces actúan individualmente y no tienen la necesidad de actuar en grupo, salvo por razones de estrategia, aun cuando es posible encontrar tendencias grupales entre los votos de algunos magistrados. Asimismo, en el caso de los tribunales no hay un líder como es el de un grupo parlamentario, pues la función del presidente del tribunal es guiar la discusión y en algunos lugares, como en Estados Unidos, si es parte de la mayoría, asignar quién escribirá la opinión del tribunal.

Pensemos ahora en las garantías que tienen los jueces y los parlamentarios. Como sabemos, los jueces gozan de independencia para que puedan tomar decisiones de manera imparcial. Para ese propósito, además, tienen estabilidad en el cargo por largos períodos o de por vida. Asimismo, sus salarios y beneficios no pueden ser reducidos mientras dure su nombramiento. Pueden ser recusados para participar en un asunto o pueden excusarse voluntariamente, si el caso involucra

²⁰² Cf. Harry T. Edwards, "The effects of collegiality on judicial decision making", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, núm. 5, 2003, p. 1645.

algún interés personal, de algún familiar o de amigos. Estas garantías los protegen frente a presiones y coerciones²⁰³ y les da tranquilidad y aislamiento.²⁰⁴

En los tribunales solo pueden participar en la deliberación aquellos que tienen legitimación y los llamados al juicio por los jueces. Ahora, si alguien tiene legitimación los tribunales están obligados a escucharlo y darle una respuesta.²⁰⁵ En cualquier caso, si comparamos el número de personas que participan en la deliberación en los tribunales con el número que participa en los parlamentos, claramente estos son instituciones más abiertas. Los intereses, preferencias, experiencias e información que un parlamento recibe son más.

Otra característica de los tribunales es que solo los jueces –y no las partes– votan y participan en pie de igualdad en la deliberación.²⁰⁶ Este no es el caso de los parlamentos en el que todos los parlamentarios tienen derecho a votar y su voto tiene el mismo valor.

Más importante, es que la jurisdicción de los tribunales se establece por ley y solo actúan por incitación de alguien más. Los jueces conocen de casos que les son presentados por alguien que tiene una controversia con otra persona. Esto significa que los jueces no establecen independientemente su propia agenda.²⁰⁷ La agenda se fija por otros jugadores con intereses particulares que presentan el asunto de manera que les favorece²⁰⁸. Este ejercicio les permite a los jueces conocer distintas perspectivas del derecho y de su aplicación, o tener en cuenta problemas que los legisladores no pudieron ver.²⁰⁹ También puede tomar en cuenta

²⁰³ Owen Fiss, *The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice*, *Harvard Law Review*, Vol. 93, 1979-1980, pp. 13-16. Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 65, 66.

²⁰⁴ Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 70.

²⁰⁵ Owen Fiss, “The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice”, *op. cit.*, pp. 13-16.

²⁰⁶ Harry T. Edwards, *The effects of collegiality on judicial decision making*, *op. cit.*, p. 1646.

²⁰⁷ Aunque algún poder pueden tener, por ejemplo, en el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos para decidir si revisa o no un caso al ejercer el *certiorari* por un voto de cuatro magistrados, o también pueden mandar señales a los litigantes o tribunales inferiores sobre los asuntos que les interesan.

²⁰⁸ Jeffrey K. Staton y George Vanberg, “The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions”, *American Journal of Political Science*, Vol. 52, núm. 3, 2008, p. 506.

²⁰⁹ Ahora bien, en sistemas de control concreto como los Estados Unidos, el riesgo que se corre es que los jueces crean que el caso que conocen es representativo de lo que sucede en general.

intereses de individuos o grupos que no se tuvieron presentes en el proceso legislativo.

Las opiniones que se escuchan en un tribunal y la información que reciben es limitada y muchas veces están restringidos por la ley o en los hechos para recolectar información adicional o escuchar otras opiniones. Solo en casos excepcionales puede allegarse de pruebas e información, o valorar argumentos que nos les fueron presentados por las partes. Por el contrario, en un parlamento los problemas que son abordados pueden ser los que cualquiera de los parlamentarios quiera sin que alguien se los presente. No hay necesidad de que se presente una controversia entre partes, pueden tomar en cuenta y estudiar cualquier argumento, hecho o prueba que consideren conveniente; pueden escuchar argumentos fuera del congreso y allegarse de otros medios, y comúnmente cuentan con los medios para organizar audiencias públicas, seminarios y conferencias, nombrar expertos, etc.

En un tribunal las etapas deliberativas se cierran una vez que son cumplidas o transcurre el tiempo para ellas, y una vez que la decisión es tomada se considera cosa juzgada. Por lo general, las etapas en el proceso tienen plazos para su desarrollo, que aun cuando no siempre son cumplidos, imponen ciertas restricciones en el tiempo que los jueces pueden tomarse para estudiar un asunto. Más aún cuando hay una carga importante de trabajo. Por contra, en el parlamento no hay plazos tan estrictos y siempre existe la posibilidad de volver a discutir los temas. Las decisiones de los tribunales no pueden ser revertidas por sí mismos sino por una instancia superior. Comúnmente el problema no se debate en dos cámaras, sino en distintos tribunales entre los que hay una relación jerárquica, por lo que que más que una discusión es una revisión del inferior al superior. Además, de que las instancias superiores suelen estar impedidos para hacer una revisión completa del asunto.

Frederick Schauer, "Do Cases Make Bad Law?", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, 2006, pp. 895, 896.

Finalmente, no debemos olvidar que la especialidad de los tribunales constitucionales es interpretar la constitución y decidir diferendos constitucionales conforme a cierta metodología,²¹⁰ lo que a la larga puede generar un conocimiento especializado en estas materias.

Es posible que la descripción hecha del diseño institucional de los tribunales y parlamentos no haya sido exhaustiva. Sin embargo, creo que con esas variables es posible evaluar qué podemos esperar de cada institución. Mi propuesta es que en lugar de evaluar los tribunales y los parlamentos con el mismo ideal como el de “una discusión moral y política completamente racional”,²¹¹ con el fin de decantarse por alguna institución que debe tener la última palabra sobre la interpretación constitucional, como la mayoría de los autores hacen, debemos considerar que ambas instituciones participan en la tarea común²¹² de interpretar la constitución en una deliberación racional. Ambas instituciones deliberan y toman decisiones²¹³, pero sobre las cuales hay que tener diferentes expectativas.²¹⁴ Es decir, en esta tarea común cada institución debe cumplir con ciertas expectativas, las cuales atienden a sus características institucionales.

En mi opinión, hay una gran diferencia en hacer la comparación institucional con el fin de definir qué institución debe tener la última palabra sobre la interpretación de la constitución, qué en hacerla pensando qué podemos obtener de cada institución para obtener una mejor deliberación y mejores resultados. Si hacemos la comparación para tomar una posición sobre cuál de las dos debe tener la última palabra, entonces nos planteamos una dicotomía, ya que sólo una institución puede tener la última palabra sobre la interpretación. Por contra, si

²¹⁰ Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 69-71.

²¹¹ Véase Jeremy Waldron, “Public Reason and ‘Justification’ in the Courtroom”, *op. cit.*, p. 131.

²¹² Tal vez los padres fundados de la constitución norteamericana tenía esta idea en mente cuando diseñaron la separación de poderes: “The several departments being perfectly coordinate by the terms of the common commission...” (emphasis added) *The Federalist*, núm. 29, p. 311.

²¹³ *Ibid.*, p. 81.

²¹⁴ John Ferejohn y Pasquale Pasquino, “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice”, en Wojciech Sadurski (ed.), *Constitutional Justice, East and West*, Great Britain, Kluwer Law International, 2002. John Ferejohn, “Judicializing Politics, Politicizing Law” *Law and Contemporary Problems*, Vol. 65, núm. 3, 2002.

asumimos que ninguna de las dos instituciones la tiene, como en el modelo dialógico que se planteara más adelante en esta tesis, entonces hacemos la comparación institucional con el fin de lograr una tarea común: interpretar la constitución a través de una deliberación racional.

En otras palabras, debemos pensar sobre los tribunales y los parlamentos de dos maneras. La primera, como involucradas en la tarea compartida de interpretar la constitución a través de una deliberación racional. La segunda, como instituciones sobre las que tenemos diferentes expectativas que atienden a sus características institucionales.

Que los tribunales y los parlamentos estén involucrados en una tarea común no significa que no debemos establecer mecanismos de control y balanceo entre ellos. El punto es que esos mecanismos deben ser pensados con el fin de lograr un ideal compartido, que en último punto debe ser establecido por nosotros. Mi propuesta es que el ideal sea interpretar la constitución a través de una deliberación moral y política completamente racional.

Por un lado, los parlamentarios están encargados de poner sobre la mesa nuevas interpretaciones constitucionales y lo hacen a través de leyes abstractas y generales.²¹⁵ Su trabajo lo hacen con mucha información, por lo general a un paso calmado, con la posibilidad de ir y venir en la discusión y en pie de igualdad. Para tomar sus decisiones toman en cuenta los intereses y preferencias de la gente que los elige o de la nación entera, a la vez que sirven para filtrar, refinar, mediar y contrastar esos intereses y preferencias.²¹⁶ Así, los parlamentos están diseñados para hacer interpretaciones de la constitución a través de un proceso deliberativo incluyente en nombre de la sociedad entera.

Por otro lado, los jueces revisan las decisiones tomadas en otras instancias y lo hacen con menos información y con posibilidades limitadas de allegarse información adicional. Normalmente escuchan menos voces y tienen en cuenta menos intereses. El tiempo que pueden invertir en la deliberación es menor y una

²¹⁵ Jeremy Waldron, "Representative Lawmaking", *op. cit.*, p. 347.

²¹⁶ Nadia Urbinati, "Representation as Advocacy", *op. cit.*, p. 760.

vez que toman una decisión no la pueden revertir. Su obligación es hacer una interpretación independiente y tomar decisiones imparciales, dando razones basadas en la constitución.

De acuerdo con estas características institucionales los jueces pueden contribuir al proceso de interpretación constitucional en sede parlamentaria evaluando el procedimiento y la sustancia. En el último capítulo se volverá sobre este tema, por lo que aquí nada más se anuncia.

La evaluación procedimental implica analizar si la decisión fue tomada según el procedimiento establecido en la constitución y si este proceso cumplió su cometido.²¹⁷ Por ejemplo, si la ley fue aprobada escuchando todas las voces representadas en el congreso, a través de una deliberación pausada en la que los intereses, opiniones y preferencias fueron expuestos, contrastados y criticados de manera pública y transparente.

La evaluación sustantiva se enfoca en el análisis de las razones de los parlamentarios para sostener su interpretación constitucional y las decisiones en las que ésta se ve reflejada. Para evaluar las razones hay diferentes estándares. Ya hemos visto el estándar de razón pública de Rawls, pero hay otros. Por ejemplo, Den Otter sugiere un estándar que excluye razones que limitan la libertad y la igualdad, se basen en convicciones personales, sean sectarias o perfeccionistas, estén basadas en teoría políticas o estudios científicos controvertidos; consideren que un estilo de vida es superior a otros o que ciertas personas son inferiores por naturaleza.²¹⁸ Por el contrario, las razones deben ser lo más neutrales posibles y convincentes para otros que tienen convicciones diferentes, razonables y relevantes en el contexto.²¹⁹

Algunas de las limitantes propuestas por Den Otter son parecidas a las sugeridas por Rawls, las cuales ya han sido criticadas, como puede ser que las razones no estén basadas en teorías controvertidas de teoría moral. Otras de las

²¹⁷ Para una crítica de la revisión judicial por el cumplimiento del proceso parlamentario véase Adrian Vermeule, "The Judiciary Is A They, Not An It: Interpretative Theory and the Fallacy of Division", *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 14, 2005, p. 574.

²¹⁸ Ronald C. Den Otter, *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*, *op. cit.*, pp. 6-13.

²¹⁹ *Id.*, pp. 11, 13.

limitantes solo ponen el problema en otras palabras, pienso por ejemplo en que las razones no deben perjudicar la libertad y la igualdad. O se trata de guías tan ambiguas que nos llevan al mismo desacuerdo, como por ejemplo, que las razones sean los más neutrales posibles y apelen a otros que tiene convicciones distintas y razonables. Ahora bien, hay otras instrucciones que son más útiles, por ejemplo, la exclusión de argumentos perfeccionistas o argumentos relevantes en el contexto particular. En cualquier caso, las sugerencias están lejos de determinar el resultado, pues puede haber varias respuestas que superen dichas guías y aun así debemos escoger entre ellas.

3.4. El argumento de la anarquía.

Un último argumento en defensa de la supremacía judicial, y particularmente sobre la pertinencia que los jueces tengan la última palabra interpretativa, es que está justificada en la medida que da seguridad respecto a qué es lo que debe hacerse, tornando previsible y consistente la actuación de todos los poderes. Así piensan que en la medida en que la ley y, en particular, una Constitución escrita, pretenden servir como instrumento para la resolución de disputas, es necesario que la suprema corte defina terminantemente los problemas que pueden surgir de su indeterminación. De lo contrario, es decir, lo que denominan como una visión “protestante” de la interpretación constitucional (que significa dejar que cada órgano interprete lo que la constitución requiere) reduciría la utilidad de la constitución como medio para la resolución de conflictos y conduciría a la anarquía²²⁰.

Para estos autores, si bien la diversidad de opiniones es un fenómeno social valioso, la ley y la constitución existen para reducir los daños que esa diversidad puede ocasionar. De ahí que por las mismas razones que queremos que se obedezca la ley, debemos esperar que se siga la interpretación judicial de la

²²⁰ Larry Alexander y Frederick Schauer, “On extrajudicial constitutional interpretation”, *Harvard Law Review*, Vol. 110, 1997, pp. 1359 y ss. Para Laurence Tribe, en un gobierno de leyes y no de hombres, la interpretación de la Corte debe ser respetada. Laurence H. Tribe, “The People Themselves: Judicial Populism”, *op. cit.*

constitución. En efecto, gracias a los rasgos institucionales de la suprema corte –su aislamiento relativo de la política, conocimiento a través de procesos, actuación a iniciativa de tercero, etc.- ésta sería la candidata idónea para hablar con mayor consistencia sobre la constitución²²¹.

En mi opinión, esta postura parte de una premisa errónea al equiparar los diferentes fines a los que sirven la constitución y la ley. Mientras que la ley vale para cerrar la discusión sobre lo que debe hacerse, con el fin de evitar los conflictos que surgen cuando cada uno determina por sí mismo lo que es justo e injusto, la constitución deja abierta la discusión al prever principios abstractos e indeterminados²²². Por ello es que desde mi perspectiva, la función del juez como intérprete constitucional no puede ser la de terminar definitivamente la deliberación a través de sus sentencias -que el propio constituyente quiso dejar abierta-, sino la de promoverla.

Este argumento ha sido considerado por los partidarios de la supremacía judicial, pero comparando entre dos tipos de disposiciones constitucionales: reglas precisas y estándares vagos y abstractos. Para ellos, tratándose de reglas la supremacía judicial se justifica porque los jueces tienen una ventaja para interpretarlas y encontrar la respuesta correcta. Por otro lado, tratándose de estándares la conveniencia de la supremacía judicial varía según la urgencia de la concreción, pues si se trata de estándares que no la necesitan con urgencia, es posible que la interpretación judicial no tenga que vincular a las otras ramas del gobierno y viceversa²²³.

De nueva cuenta, se estima que son incorrectos los argumentos de los partidarios de la supremacía judicial. Sería prácticamente imposible limitar la función

²²¹ Larry Alexander y Frederick Schauer, "Defending judicial supremacy: A reply", *op. cit.*, pp. 467-482.

²²² Como explican Atienza y Ruiz Manero, las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo su propia deliberación como base para la determinación de la conducta a seguir, mientras que los principios no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación. Aunque también es cierto que las leyes pueden contener principios y la Constitución reglas. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 17 y 19.

²²³ Larry Alexander y Lawrence B. Solum, "Popular? Constitutionalism?", *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005, pp. 1633 y 1634.

de los jueces a la aplicación de reglas, pues no todos los litigios se pueden subsumir claramente en una regla jurídica²²⁴. En segundo término, porque como han puesto de manifiesto los opositores a la separación fuerte entre principios y reglas²²⁵, el calificativo de principios o reglas a determinadas especies normativas no se basa en un dato objetivo, sino que refleja un uso lingüístico, útil para dar cuenta de los diversos usos de las normas²²⁶. Por ello es que su calificación depende, ante todo, de conexiones axiológicas que no están listas antes del proceso de interpretación que las desvela²²⁷. Pero aun suponiendo que existiera una separación fuerte entre principios y reglas que redujera el ámbito de supremacía judicial tratándose de la aplicación de éstas últimas, el problema que nos preocupa es el de la supremacía tratándose de la interpretación de principios. Finalmente, creo que el criterio de urgencia es tan impreciso que no nos sirve para determinar la vinculación o no de los otros poderes a la doctrina judicial.

Así, creo que se parte de una idea muy limitada sobre la seguridad jurídica, en tanto el planteamiento monológico de los partidarios de la supremacía judicial no sirve para hacer frente a una complejidad social que nos obliga a alcanzar acuerdos que podrían ser compartidos intersubjetivamente por todos²²⁸.

Más allá, plantear la cuestión en términos dicotómicos es una falacia, como si la falta de supremacía judicial nos condujera inexorablemente a la anarquía. En efecto, la diferencia entre un sistema con supremacía judicial y otro más cooperativo es una cuestión de grado, pues en cualquier sistema hay falta de certeza e

²²⁴ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 146

²²⁵ La tesis de la separación fuerte sostiene que la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es cualitativa, es decir, la naturaleza de “principio” o de “regla” es un dato objetivo propio de cada formulación normativa, condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de los distintos estándares, en su argumentación y en la solución de los conflictos entre éstos. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2007, p. 86. Susanna Pozzolo, “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico”, *diritto & questione pubbliche*, núm. 3, 2003, p. 46. Paolo Comanducci, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa* 21-II, 1998, p. 93.

²²⁶ Susanna Pozzolo, “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico”, *op. cit.*, pp. 49,65.

²²⁷ Humberto Ávila, *Teoría de los principios*, traducción de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 10ª ed., 2011, p. 28.

²²⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 295.

inestabilidad²²⁹. Por otro lado, si bien es cierto que el conflicto es un ingrediente natural de los modelos cooperativos, los acuerdos sobre ciertas prácticas e interpretaciones reducen su frecuencia e intensidad²³⁰. Eso con independencia de que sólo a través de una investigación empírica podemos saber si los jueces o las legislaturas oscilan más en cuestiones fundamentales²³¹.

De hecho, tratándose de un modelo dialógico la interpretación de la Constitución sólo puede cobrar a lo sumo un tipo precario de estabilidad, pues depende de suposiciones de validez falibles²³². Por lo que si se quiere domesticar el riesgo de disenso que conlleva la acción comunicativa hay que aumentar ese riesgo, es decir, establecer discursos duraderos²³³.

De igual forma los defensores de la supremacía judicial pierden de vista la distinción entre fallo y opinión, que a su vez los lleva a confundir deferencia con obediencia²³⁴. En efecto, no es lo mismo estar en desacuerdo con el fallo de una sentencia que con la doctrina, pues mientras el primero debe obedecerse por el bien de la seguridad jurídica, a la segunda sólo se debe deferencia, si es que no se quiere cerrar la conversación constitucional²³⁵. El punto, nos dice Hartnett, es que para los defensores de la supremacía judicial el poder judicial tiene la tarea de decir lo que debe hacerse en general, mientras que para los opositores la función de los jueces es decidir qué debe hacerse en un caso particular²³⁶.

Para terminar este capítulo quiero detenerme en un caso de la Suprema Corte mexicana en el cual se arrogó -con base en algunos de los argumentos criticados hasta el momento- no solo la última palabra sobre la interpretación de la constitución, sino la única. Este asunto se inició con la interposición de una acción

²²⁹ Larry Kramer, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, op. cit., p. 234.

²³⁰ Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, op. cit., pp. 268 y 296.

²³¹ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1999, pp. 28 y 29.

²³² Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 98.

²³³ *Ibid.*, p. 99.

²³⁴ Edward A. Hartnett, "A matter of judgment, not a matter of opinion", *New York University Law Review*, Vol. 74, 1999, p. 126.

²³⁵ *Ibid.*, pp. 154 y 159.

²³⁶ *Ibid.*, p. 146.

de inconstitucionalidad por parte del Procurador General de la República, quien consideró que la reglamentación de la facultad del Senado prevista en la fracción VI del artículo 76 de la Constitución mexicana²³⁷ para resolver cuestiones políticas invadía la competencia de la Corte para resolver controversias constitucionales. En el fondo, lo que se planteó a la Corte era definir la relación entre dos medios de control constitucional: uno en sede judicial y otro en sede política. Como veremos a continuación, el debate que se dio en este caso resulta un buen ejemplo de cómo los jueces tienden hacia la soberanía judicial-única palabra²³⁸.

Esta decisión de la Suprema Corte es sumamente interesante, pues refleja la visión de algunos ministros ante la división constitucional del trabajo, la cooperación y el diálogo constitucional. En el supuesto que nos ocupa, es fácil percatarse de que si los jueces hubieran adoptado una posición dialógica habrían reconocido esa cooperación constitucional. Por el contrario, al ser fuertes partidarios de la supremacía judicial y al verse tentados de equiparar la Constitución con su propia interpretación²³⁹, redujeron al máximo la capacidad de decisión del Senado.

Con el fin de demostrar mi anterior afirmación, a continuación haré una breve reseña de lo resuelto en la Acción de Inconstitucionalidad 165/2007 para diferenciar la facultad de la Suprema Corte para conocer de controversias constitucionales con la del Senado para definir las llamadas “cuestiones políticas”. Asimismo, sugeriré una interpretación alternativa que, en mi opinión, demuestra la posibilidad de

²³⁷ Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

(...)

VI. Resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un estado cuando alguno de ellos ocurra con ese fin al Senado, o cuando, con motivo de dichas cuestiones, se haya interrumpido el orden constitucional mediando un conflicto de armas. En este caso el Senado dictara su resolución, sujetándose a la Constitución General de la República y a la del Estado.

La ley reglamentara el ejercicio de esta facultad y el de la anterior.

(...)

²³⁸ Para el caso de México véase la crítica de Rodolfo Vásquez del perfil de “soberano absoluto” o “actos metapolíticos” de la Corte mexicana. Rodolfo Vásquez, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, *op. cit.*

²³⁹ Walter F. Murphy, “Constitutions, Constitutionalism, and Democracy”, en Douglas Greenberg et. al. (editores), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, New York, Oxford University Press, 1993, p. 18.

compatibilizar ambos medios de control sin necesidad de que los jueces se arroguen la única palabra en materia constitucional.

Empiezo con el argumento relativo al parámetro de control y al tipo de razonamiento aplicable. Según la Suprema Corte, en las cuestiones políticas se excluye “cualquier desavenencia que implique desentrañar o fijar el alcance de algún precepto de la Constitución Federal o de las locales del Estado de que se trate, en relación con su esfera constitucional o legal de atribuciones así como sus garantías institucionales, empleando parámetros extrajurídicos, como la oportunidad, conveniencia, practicidad, inmediatez, utilidad, razones económicas, necesidades públicas, entre otros, que no conlleve un análisis técnico jurídico del disenso”²⁴⁰. En otras palabras, el Senado tiene prohibido utilizar la Constitución como parámetro para resolver las cuestiones políticas que se ponen a su consideración, pues no lleva a cabo un “análisis técnico jurídico”.

Más allá de que este argumento es contrario a lo que expresamente disponen los artículos 4²⁴¹ y 9²⁴² de la LR -el primer precepto no fue impugnado y el segundo se reconoció su validez a través de una interpretación conforme²⁴³-, considero que en un Estado democrático la Constitución debe ser tomada en cuenta para la resolución de cualquier conflicto, sea o no político y sea o no resuelto en sede judicial. El carácter político de la cuestión sólo determina que deba resolverse en

²⁴⁰ Foja 102.

²⁴¹ Artículo 4. La Cámara de Senadores resolverá las cuestiones políticas que le sean sometidas, conforme a las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución del Estado al que pertenezcan los poderes en conflicto y la presente Ley. En lo no previsto en los cuerpos normativos anteriores, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²⁴² Artículo 9. La solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá contener una relación de los hechos que la motivaron, los argumentos por los que se considera configurada una cuestión política, las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las de la Constitución Local que funden la actuación o que se consideren violadas con los actos o los hechos ejecutados por quien es señalado como contraparte, y los aspectos específicos respecto de los cuales deba pronunciarse la Cámara de Senadores. [...]

²⁴³ De acuerdo con la interpretación conforme de la Corte “el término ‘violadas’ no se refiere propiamente a que el Senado esté facultado para analizar si efectivamente existió o no violación de disposiciones constitucionales, sino, simplemente, en cuales de ésta se encuentran los conceptos contenidos en la Constitución Federal o Local, que permitiría, a juicio del Poder accionante, a resolver este tipo de conflictos políticos a través de este medio de control constitucional de carácter político”. Foja 113.

sede política pero no que la Constitución esté ausente²⁴⁴. De hecho, si una de las principales funciones del texto constitucional es proveer una estructura para la política²⁴⁵, resulta al menos complicado sustraerla de ese ámbito.

En efecto, el carácter constitucional de los conflictos no deriva de que sean conocidos por los jueces, pues la “naturaleza” constitucional del conflicto no depende del órgano al que se somete, sino de la materia del problema que se debate. Así, los conflictos (políticos o no) son constitucionales si se trata de la interpretación de su texto o versan sobre un tema que la comunidad considera como tal. Como dice Zurn, equiparar lo constitucional a lo justiciable deja sin sentido gran parte de lo que trata el constitucionalismo²⁴⁶.

Lo que hay en realidad detrás del argumento de la Corte son ideas como las de Sánchez Gil, para quien el Senado carece de la máxima idoneidad para resolver objetivamente un conflicto de intereses, sujetándose a la Constitución federal y a la Constitución del Estado. Además de que dicha Cámara no está integrada por juristas, lo que en su opinión es un inconveniente para la objetiva solución jurídica de estos conflictos, por más que puedan contar con el apoyo profesional de abogados²⁴⁷.

Ya he expresado mi crítica en relación con el supuesto carácter “objetivo” de la solución de conflictos por parte de los tribunales. Por lo que ahora se estudia la asignación a una instancia imparcial de la facultad de resolver cuestiones competenciales, pues autores críticos del control judicial de la ley cuando se trata de la interpretación de derechos fundamentales, no lo son cuando se trata de resolver este tipo de conflictos²⁴⁸. Esto es, pareciera que cuando se trata de

²⁴⁴ Como explica Tushnet en relación con la doctrina de las *political questions* norteamericana: En una cuestión política no es indiferente lo que dice la Constitución, sino que es un actor político y no los tribunales los que determinan su significado. Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, p. 105.

²⁴⁵ Mark Tushnet, *Why the constitution matters*, Pennsylvania, Yale University, 2010, p. 1.

²⁴⁶ Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 25.

²⁴⁷ Rubén Sánchez Gil, “Funciones y alcances del procedimiento senatorial de solución de cuestiones políticas”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Edgar Danés Rojas (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memorias del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 364.

²⁴⁸ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, 235. Aunque más adelante precisa que ese argumento es aplicable al

interpretar las normas atributivas de competencia desapareciera el desacuerdo razonable sobre su sentido, lo que llevaría a atribuir -sin mayor consideración bajo qué condiciones- a un tercero imparcial la solución de los conflictos competenciales. Ahora bien, para aceptar este argumento habría que hacer varias precisiones.

En primer lugar, es cierto que la resolución de conflictos competenciales por parte de un tribunal no presenta la misma objeción democrática que el control judicial de la ley, si y sólo si, éste no se resuelve precisamente a través de la anulación de una ley, como puede suceder en una controversia constitucional. En segundo término, no debe olvidarse que al igual que existe una indeterminación y una pluralidad de interpretaciones posibles de los derechos fundamentales, también la hay cuando se trata de interpretar las disposiciones que establecen el reparto competencial, por lo que los otros actores pueden presentar una interpretación igualmente razonable a la de los jueces. En tercer lugar, no podemos perder de vista que en la práctica la resolución de conflictos competenciales muchas veces involucra la interpretación de derechos fundamentales, sino es que se trata de un problema sobre derechos revestido como un conflicto competencial.

Si bien es cierto que por razones pragmáticas necesitamos dividir los conflictos que resolverá la Suprema Corte y los que resolverá el Senado, ello no implica que contrario a lo previsto por la propia Ley Reglamentaria se prohíba al Senado utilizar la Constitución como parámetro. En otras palabras, la resolución efectiva de los conflictos competenciales por la Suprema Corte no exige prohibir al Senado utilizar la Constitución como parámetro para resolver los conflictos que son de su competencia.

Por otro lado, estoy de acuerdo en que para no traslapar el trabajo de la Suprema Corte y el del Senado es correcto establecer que la materia de conocimiento de la primera excluya el del segundo, y que el Senado solo pueda conocer lo que no es materia de la Suprema Corte²⁴⁹ Lo anterior es conforme con el artículo 3, último párrafo de la Ley Reglamentaria que establece que no se podrá

menos cuando las cláusulas estructurales u orgánicas resultan de aplicación clara o no controvertida. *Ibid.*, p. 268.

²⁴⁹ Foja 104.

plantear una cuestión política si existe vía jurisdiccional para la resolución del conflicto y el artículo 6, fracción V que establece que la Cámara de Senadores no intervendrá si el conflicto se ha planteado a la Suprema Corte, salvo que ella decline su conocimiento.

Ahora bien, como la materia de la controversia constitucional también está sujeta a interpretación, la Suprema Corte debería interpretar la materia de su conocimiento a través del diálogo con el Senado, y no unilateralmente. Sin embargo, la Corte se orientó por esta última forma cuando dice que “no toca al Senado definir qué es lo político, sino en última instancia a esta Suprema Corte lo que es de su competencia”.²⁵⁰ Es decir, la Suprema Corte definirá unilateralmente que conoce a través de la controversia constitucional y qué deja para el Senado.

En otras palabras, definir qué le corresponde decidir a la Suprema Corte y qué al Senado, es una decisión exclusiva de los ministros.

Al respecto, estimo que si bien esta posición era entendible en tanto la facultad del Senado no había sido regulada y, por tanto, no existía otra voz que influyera en el asunto, lo cierto es que ahora que el procedimiento de las cuestiones políticas ha sido establecido, es necesario compatibilizar ambas opiniones. En otras palabras, si bien hay decisiones que corresponde tomar al Senado y otras a la Suprema Corte, el campo de acción de cada uno debe definirse a través del diálogo y no por la decisión unilateral de esta última²⁵¹. Naturalmente, ello no implica que la Corte este impedida para sentar criterios acerca de qué sea justiciable para efectos de la procedencia de la controversia constitucional, pero si el conflicto se lleva ante el Senado, sólo a éste corresponde definir si es o no una cuestión política. En la toma de estas decisiones, obviamente será recomendable que la Cámara alta esté

²⁵⁰ Foja 104.

²⁵¹ Para Sánchez Gil, el alcance del procedimiento a cargo del Senado se ve reducido al mínimo en tanto hoy hay muchas menos “cuestiones políticas” que escapan a una determinación jurídica y a la posibilidad material de ser controladas por los tribunales constitucionales. Rubén Sánchez Gil, “Funciones y alcances del procedimiento senatorial de solución de cuestiones políticas”, *op. cit.*, p. 371.

atenta a lo que la Corte defina como justiciable²⁵², pero eso es muy distinto a que el Senado deba sujetarse a lo que los jueces establezcan.

Finalmente, la sentencia establece que las decisiones del Senado pueden impugnarse vía controversia constitucional²⁵³, lo que es una clara invasión de su competencia que contradice al texto expreso del artículo 21 de la LR²⁵⁴. La facultad del Senado para resolver cuestiones políticas no está sujeta a revisión porque así lo dispuso el legislador democrático. De ahí que no sea posible señalar que en realidad el artículo 21 de la Ley Reglamentaria “se refiere propiamente a los recursos ordinarios que hubiere en las leyes, es decir, no podrá referirse a un sistema o a un instrumento de derecho procesal constitucional establecido en la Ley Fundamental y, por supuesto, que no puede prever una limitación o una improcedencia respecto de la controversia constitucional.”²⁵⁵

Es cierto que la Constitución no señala que las resoluciones senatoriales sean definitivas, pero tampoco dice que sean objeto de control judicial. De ahí que la interpretación por la que optó el legislador (art. 21) es una opción razonable y no debe ser suplantada por aquella que los jueces hubieren preferido.

En conclusión, la discusión de este asunto refleja cómo los jueces pretenden atribuirse, con un fuerte apoyo de algún sector doctrinal, un poder que la Constitución no les otorga: ser los únicos intérpretes legítimos de la Constitución. Como traté de argumentar existen otras lecturas igualmente razonables que respetan el papel de cada actor constitucional y que permiten conjugar ambos

²⁵² Dawn E. Jonhsen ha abogado por un modelo departamentalista funcional en el que hay una consideración mutua entre los participantes del diálogo y la división de las tareas interpretativas no es rígida. Dawn E. Jonhsen, “Funcional departamentalism...”, *op. cit.*, p. 121.

²⁵³ Esta posición nos recuerda a Guastini, para quien la constitucionalización del ordenamiento jurídico implica que no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes. Ricardo Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

En mi opinión esta es una posición extrema, pues aún de haberse aceptado que las resoluciones del Senado no son revisables judicialmente la supremacía judicial no se hubiera puesto en entredicho, pues sólo sería una muestra de que su alcance no es tan extenso. Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, p. 16.

²⁵⁴ Artículo 21. El proyecto se someterá a la consideración del Pleno de la Cámara de Senadores y para su aprobación se requerirá de las dos terceras partes de los miembros presentes.

Su resolución será definitiva e inatacable y será notificada de forma inmediata a las partes.

²⁵⁵ Foja 111.

espacios de deliberación. Es una interpretación alternativa que considera que la colaboración de poderes al interpretar la Constitución no es una usurpación de la autoridad de la Corte, sino un enriquecimiento de esa tarea con nuevas visiones y perspectivas. Sin embargo, mientras los jueces sigan considerándose los únicos intérpretes y los otros poderes y la ciudadanía no hagan nada para recuperar su voz, el sentido de la Constitución seguirá siendo definido por once ministros.

Capítulo II. De la supremacía judicial al diálogo constitucional

1. Las bases de un modelo dialógico: el paradigma discursivo

Podemos empezar la descripción del paradigma discursivo con la concepción del ser humano de la que parte. De acuerdo con esta teoría el sujeto no aparece como un mero observador sino que desempeña los papeles de hablante y oyente²⁵⁶, lo cual presupone su <capacidad comunicativa>, es decir, “la capacidad de los hablantes no ya sólo para producir o genera oraciones gramaticales bien formadas -siguiendo ciertas reglas-, sino también para comunicarse entre sí”²⁵⁷. Para ello, se presupone que cualquier ser humano tiene la posibilidad de adquirir informaciones y la competencia para el tratamiento de las mismas²⁵⁸.

De esta manera, se considera que los seres humanos pueden justificar con razones y hacerse responsable de sus creencias y acciones ante los demás, y en ciertos contextos asumir que se trata de una obligación y demandar lo mismo de los otros (derecho a la justificación)²⁵⁹. Así, en primer término obliga a quien pretende fundamentar algo a defender su aserción frente a cualquiera²⁶⁰, teniendo presente

²⁵⁶ Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 45. Para ahondar en la teoría de Habermas véase Juan Carlos Velasco Arroyo, *Habermas. El uso público de la razón*, Madrid, Alianza, 2013. Una buena introducción a la democracia deliberativa en Joshua Cohen, “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en Alan Hamlin and Phillip Petit (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, New York, Blackwell, 1989.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 47.

²⁵⁸ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 162 y 163. Para una visión muy crítica del paradigma discursivo véase Enrique P. Haba, “Contra la Santa (Charla-) Familia. Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del wishful thinking académico”, *Doxa* 30, 2007, pp. 491-524.

²⁵⁹ Rainer Forst, *The right to justification*, New York, Columbia University Press, 2012, pp. 1, 13, 21, 54, 57, 61. Este derecho a la justificación y la correspondiente obligación tienen asidero en la consideración de los seres humanos como fines en sí mismos, es decir, en su dignidad, *Ibid.*, pp. 57, 146, 209, 21. El carácter justificatorio del ser humano implica que es capaz de dar, recibir y rechazar razones. *Ibid.*, p. 38.

²⁶⁰ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 136. Esta es la regla de la fundamentación, que es una de las más importantes dentro del discurso práctico junto con las reglas de razón. Estas son: 1) Cualquiera que puede hablar puede tomar parte en el discurso; 2) a) Cualquiera puede problematizar cualquier aserción; b) Cualquiera puede introducir cualquier

que las convicciones propias sólo son un conjunto entre otros²⁶¹. Además, se considera “al otro” como un interlocutor con los mismos derechos sobre el que no se puede ejercer coacción directa o a través de terceros²⁶², que es capaz de pensar y deliberar de buena fe sobre cuestiones de derechos²⁶³.

Así, se requiere de los ciudadanos un deber de civilidad, es decir, que los ciudadanos puedan explicarse unos a otros cómo las políticas y los principios por los que abogan pueden fundarse en los valores políticos de la razón pública. Lo que implica también una disposición a escuchar a los demás, así como ecuanimidad a la hora de decidir cuándo resultaría razonable acomodarnos a sus puntos de vista²⁶⁴. En otras palabras, que los ciudadanos consideren recíprocamente sus razones de manera racional y con mentalidad abierta, de manera que las virtudes de un ciudadano son la tolerancia y justicia, la disposición al diálogo y la búsqueda de razones, así como la solidaridad y responsabilidad con los miembros de la comunidad y con las consecuencias de las decisiones colectivas²⁶⁵.

Conforme al paradigma discursivo el punto de partida para pensar un proyecto político de carácter democrático es el radical pluralismo cultural de las sociedades modernas²⁶⁶. Este pluralismo refleja el desacuerdo que existe corrientemente no sólo sobre cuestiones acerca de la vida buena, sino también sobre cuestiones de justicia²⁶⁷. Éstas últimas son parte del proyecto discursivo que nunca termina y siempre está abierto a la crítica²⁶⁸, pues aun cuando es necesario

aserción el discurso; c) Cualquiera puede expresar sus opiniones, deseos y necesidades; 3) No se puede impedir a ningún hablante ejercer sus derechos establecidos en 1) y 2) mediante coacción existente dentro o fuera del discurso. *Ibid.*, p. 136.

²⁶¹ Jeremy Waldron, *Derechos y desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 190.

²⁶² Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 136.

²⁶³ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 20, 264, 265, 298.

²⁶⁴ John Rawls, *Political liberalism*, *op. cit.*, p. 217. Sobre el deber de civilidad véase Eric Brown, “Rawls and the Duty of Civility”, en S. Gorman (ed.), *Locations of the Political*, IWM Junior Visiting Fellows Conferences, Vol. 15, 2003.

²⁶⁵ Rainer Forst, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *op. cit.*, p. 366.

²⁶⁶ Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.*, p. 206.

²⁶⁷ Jeremy Waldron, *Derechos y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 7, 9, 182, 187, 188, 236 y 294.

²⁶⁸ Rainer Forst, *The right of justification*, *op. cit.*, p. 82.

adoptar alguna decisión común que nos permita vivir en sociedad (circunstancias de la política)²⁶⁹, ésta sólo es provisional²⁷⁰.

Desde este punto de vista, la deliberación es la base que da legitimidad a las decisiones democráticas y es el único medio razonable para la coexistencia pacífica²⁷¹, especialmente en sociedades complejas como las nuestras en las que se pluralizan las formas de vida y se individualizan las biografías, que hacen que se reduzcan y encojan las zonas de solapamiento o convergencia de las convicciones de fondo que caracterizan el mundo de la vida²⁷². Es por ello que para solventar nuestros desacuerdos de una manera justa y determinar cómo hemos de proseguir, tenemos que echar mano de un proceso de deliberación en la cual todos los afectados podamos participar en la decisión de cómo distribuir los derechos²⁷³.

En efecto, los derechos también son parte de nuestro desacuerdo, particularmente, su aplicación concreta y detallada²⁷⁴. Así, nuestra capacidad deliberativa tiene como objeto, entre otras cuestiones, su interpretación y concretización, lo cual implica que somos capaces de decidir -en condiciones de igualdad- los desacuerdos que suscitan²⁷⁵. Ahora bien, al tratarse de problemas complejos sobre los que discrepamos profundamente requerimos de soluciones complejas que sólo pueden darse a través de un debate entre todos²⁷⁶. Un debate en el que debe partirse de las dificultades que conlleva la reflexión acerca de los

²⁶⁹ Jeremy Waldron, *Derechos y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 14, 123, 124, 241, 253, 315.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 241. La provisionalidad atiende a que la necesidad de un punto de vista común no hace que el hecho de los desacuerdos se evapore. *Ibid.*, p. 128.

²⁷¹ Bruce Ackerman, "Why Dialogue?", *Journal of Philosophy*, vol. 86, núm. 1, 1989, p. 10. Juan Carlos Velasco Arroyo, *op. cit.*, p. 52. Benhabib ha criticado el modelo de Ackerman por las restricciones que recomienda establecer al discutir sobre la verdad moral, como es no decir nada sobre nuestro desacuerdo sobre la verdad moral e invocar premisas en las que sí estamos de acuerdo. Para Benhabib, no debe haber este tipo de restricciones. Seyla Benhabib, "Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation", en Nancy L. Rosenblum (ed.) *Liberalism and Moral Life*, Massachusetts, Harvard University Press, 1989, pp. 145 ss.

²⁷² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 87.

²⁷³ Klaus Günther, "Law, the State and Discourse Theory", *op. cit.*, p. 15.

²⁷⁴ Jeremy Waldron, *Derechos y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 19, 20.

²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 285, 297, 300, 303, 338. De hecho, el otorgamiento de derechos implica esencialmente el que las personas son agentes morales a los que se les puede confiar sus propias vidas y percibir los límites adecuados de su propia libertad, *Ibid.*, pp. 23, 264.

²⁷⁶ *Ibid.*, pp. 20, 267. En principio, la institucional ideal para que se de este debate es el parlamento, *Ibid.*, pp. 87-89, 270.

derechos y del que puede resultar la continuación del desacuerdo²⁷⁷. Circunstancia que conlleva reducir la confianza dogmática en nuestras propuestas y desconfiar menos en las propuestas de los demás²⁷⁸.

La deliberación sirve para detectar errores de razonamiento, recordar a los demás cosas que han subestimado, aunar experiencias y recoger información, enriquecer las perspectivas de unos y otros, etc²⁷⁹. A través de ella pueden transformarse las preferencias iniciales en otras más ricas, más matizadas y mejor informadas²⁸⁰. Así, la deliberación nos permite: a) obtener información y b) llevar a cabo una reflexión crítica sobre nuestras opiniones y puntos de vista²⁸¹. Además, es la única fuente para una solidaridad entre extraños que hacen renuncia a la violencia y que, al regular cooperativamente su convivencia, se conceden también mutuamente el derecho de permanecer extraños los unos a los otros²⁸².

Como dice Nino, el diálogo (aunque yo diría la deliberación) es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales²⁸³. O en términos más modestos, el libre procesamiento de temas y contribuciones, así como de información y argumentos pertinentes hace presumir que los resultados obtenidos son racionales²⁸⁴.

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 128, 266, 273.

²⁷⁸ *Ibid.*, pp. 266.

²⁷⁹ Jeremy Waldron, "Deliberación, desacuerdo y votación", en Harold Hongju Koh y Ronald C. Style (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 253.

²⁸⁰ *Idem.*

²⁸¹ Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *Constellations*, vol. 1, núm. 1, 1994, p. 32.

²⁸² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 385 y 386.

²⁸³ Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 202. En este sentido, Roberto Gargarella nos invita a que las reformas del sistema político se orienten a promover la participación y deliberación, en tanto la deliberación colectiva es un ingrediente necesario para dotar al proceso de toma de decisiones de una debida imparcialidad. Roberto Gargarella, "Crisis de representación y constituciones contramayoritarias", *op. cit.*, p. 108.

²⁸⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 214.

Para la teoría del discurso los derechos tienen una dimensión ética, política y moral²⁸⁵ que hacen que en la deliberación constitucional como discurso práctico²⁸⁶ se involucren razones pragmáticas, éticas y morales que se refieren a la precisión y ponderación de fines colectivos, la construcción y selección de estrategias aptas para la consecución de esos fines, orientaciones valorativas y la configuración de programas que sean buenos para todos por igual²⁸⁷. Ahora bien, los límites del discurso práctico general hacen necesarias reglas jurídicas que permitan soluciones donde no puede alcanzarse ningún acuerdo discursivo, además de hacer fácticamente posible la realización de discursos²⁸⁸.

En este sentido, para Alexy la argumentación jurídica es una actividad lingüística que busca la corrección de los enunciados normativos y, por tanto, se trata de un discurso práctico, aunque con condiciones limitadoras (lo que lo hace un caso especial)²⁸⁹. Tales condiciones son la sujeción a la ley, la obligación de

²⁸⁵ Juan Carlos Velasco Arroyo, *op. cit.*, p. 152. Forst enfatiza el contenido moral de los derechos, que deben ser concretizados, institucionalizados e interpretados en procedimientos justos de legislación y adjudicación. Rainer Forst, *The right of justification*, *op. cit.*, p. 109, 110, 111, 114, 130, 213, 218, 219, 221.

²⁸⁶ Como explica Velasco siguiendo a Habermas, mientras que en los discursos teóricos proponentes y oponentes pueden discutir razones acerca de si la pretensión de verdad que se hace valer ha sido planteada con razón, el discurso práctico surge cuando se pone en cuestión la pretensión de rectitud normativa de los actos de habla regulativos, entre las que se encuentre la reivindicación de los derechos. En otras palabras, si con una pretensión de verdad el hablante se compromete a fundamentar su enunciado empírico, con una pretensión de rectitud el hablante oferta una obligación de justificar que su emisión es normativamente correcta. Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.*, pp. 52, 53, 125. En este mismo sentido, Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 34, 177, 272,

²⁸⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 229, 246, 302, 545, 559, 650. Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.*, p. 96. Para Alexy, el punto de partida del discurso lo forman en un comienzo las convicciones normativas, deseos e interpretaciones de necesidades dadas (es decir, existentes fácticamente), así como las informaciones empíricas de los participantes. Las reglas del discurso indican cómo se puede llegar a enunciados normativos fundamentados a partir de este punto de partida, pero sin determinar completamente cada paso. Y puesto que son posibles, como punto de partida, convicciones normativas, deseos e interpretaciones de necesidades completamente diferentes, y puesto que no está de terminado por lo menos cómo se cambian las interpretaciones de necesidades, cómo deben ser modificadas las convicciones normativas y cómo se deben limitar los deseos, hay que concluir que son posibles diferentes resultados. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 37, 273.

²⁸⁸ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 202 y su nota al pie 90, 273, 274, 278. Robert Alexy, "Justicia como corrección", *Doxa* 26, 2003, p. 167.

²⁸⁹ Para Alexy hay tres rasgos que hacen del discurso jurídico un caso especial del discurso práctico general: 1) que las discusión se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre las que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, 2) estas cuestiones son discutidas

considerar los precedentes, la dogmática jurídica y las limitaciones procesales²⁹⁰. Así, la inserción del discurso constitucional en procedimientos jurídicos (institucionalizados) lo somete a determinadas restricciones temporales, sociales y de contenido, por ejemplo, plazos de decisión, vinculación al derecho vigente, distribución de papeles dentro del procedimiento, carácter de tercero imparcial del tribunal, práctica de pruebas, establecimiento de instancias, etc²⁹¹. Por su parte, el discurso sobre los derechos fundamentales no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, y en su lugar aparecen derechos fundamentales abstractos, abiertos y cargados ideológicamente²⁹². A la teoría del discurso le corresponde el investigar cómo se puede argumentar racionalmente y se argumenta bajo estas condiciones²⁹³.

Dentro de la argumentación jurídica se distinguen las discusiones. Mientras que algunos debates como los que se dan ante los tribunales y las deliberaciones judiciales están institucionalizados, otros no lo están, como es el caso de la discusión entre abogados. Asimismo, en algunas hay un tiempo limitado para la toma de la decisión y se toman decisiones vinculantes, mientras que en otras no hay límite temporal y sólo se proponen, preparan o críticas decisiones. El punto en común es que todas están vinculadas al Derecho vigente²⁹⁴.

Ahora bien, tratándose del discurso sobre derechos la teoría del discurso reconoce que los derechos tienen una textura intencionalmente abierta y que su contenido específico está sujeto a desacuerdos profundos y razonables²⁹⁵. Estos

desde el punto de vista de la pretensión de corrección, y 3) tiene lugar bajo condiciones limitadoras. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 35, 206 y 207. La pretensión de corrección significa que el contexto de un ordenamiento jurídico vigente puede ser racionalmente fundamentado. *Ibid.*, p. 208, 213, 274.

²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 34, 35 y 36. Ahora bien, en caso de que no haya ningún enunciado dogmático o de los precedentes; sean necesarias premisas normativas adicionales; o los enunciados dogmáticos no puedan seguir siendo fundamentados a partir de enunciados dogmáticos o la fundamentación de la aplicabilidad de los precedentes así lo requiera, se necesitan en último término de argumentos prácticos de tipo general. *Ibid.*, p. 272, 277.

²⁹¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 246, 306-309, 536, 559, 560.

²⁹² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 489.

²⁹³ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. p. 132.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 206.

²⁹⁵ Christopher F. Zurn, "A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review", op. cit., p. 440.

desacuerdos no son vistos como algo que haya que erradicar, sino que son la base misma de la democracia y de la necesidad de diálogo²⁹⁶. De hecho, si los derechos se encontraran ahí como hechos morales, respecto a los cuales no pudiera hacerse otra cosa que positivizarlos, los destinatarios no podrían sentirse como sus autores²⁹⁷. Sin embargo, en tanto principios²⁹⁸ no saturados, los derechos requieren de una ulterior interpretación, desarrollo y configuración²⁹⁹; por lo que su contenido y extensión son el resultado de procesos deliberativos³⁰⁰ que en primer término corresponde llevar a cabo a la gente en su conjunto³⁰¹. Esto es así, pues los desacuerdos sobre lo que implican los derechos en casos concretos no son sólo discrepancias interpretativas, sino que constituyen cuestiones morales y de principios muy complejas que tienen importantes consecuencias para la vida de mucha gente³⁰².

²⁹⁶ Para esta visión el desacuerdo es visto como una fuerza creativa y no como un problema a erradicar. Cass Sunstein, *Designing Democracy What Constitutions Do*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 8. En el mismo sentido Habermas señala que el permanente riesgo que representa la contradicción, que representa el decir que no, queda institucionalizado en forma de discursos y convertido en la fuerza productiva de una formación de la opinión y la voluntad políticas presuntivamente racionales. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 100. Waldron, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 24.

²⁹⁷ Jürgen Habermas, “Epílogo a la cuarta edición”, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 653. Pues no olvidemos que los ciudadanos son tanto destinatarios como autores de los derechos Rainer Forst, *The right of justification*, *op. cit.*, pp. 126.

²⁹⁸ Habermas sigue la distinción de Dworkin entre principios y reglas y nos dice que tales principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecen abiertas a discursos morales. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 545. El primer artículo de Dworkin en este sentido se publicó en 1967 con el título “The model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 14, adquirió en los setenta mayor difusión con la publicación en 1977 de su libro *Los derechos en serio*, con el capítulo “El modelo de las reglas (I)”, pp. 64 y ss.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 523, 552. Interpretación constructiva la llama Habermas.

³⁰⁰ Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, pp. 320 y 321.

³⁰¹ Christopher F. Zurn, “Deliberative democracy and constitutional review”, *op. cit.*, p. 528. Juan Carlos Velasco Arroyo, *op. cit.*, p. 41.

³⁰² La dificultad de estas cuestiones y la multiplicidad de inteligencias y diversidad de perspectivas que versan sobre ellas son suficientes para explicar por qué las personas razonables discrepan. Waldron, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 136. Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, *op. cit.*, p. 1367. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

En este sentido, los resultados que obtenemos de la interpretación de la constitución son normas sólo discursivamente posibles, pues la argumentación que se lleva a cabo no tiene un carácter concluyente y, por tanto, no puede hablarse de una fundamentación definitiva³⁰³. En efecto, aunado al desacuerdo, existen ciertas circunstancias que impiden obtener una única respuesta del proceso de interpretación constitucional. Así, la vaguedad del lenguaje en el que están redactadas las normas constitucionales y/o el permanente conflicto en el que se encuentran, hacen que no se pueda hablar de una respuesta “lógica”³⁰⁴. Esta vaguedad y conflictos tampoco se solucionan con los cánones de interpretación, pues su número es discutido, no existe una ordenación jerárquica que nos diga cuál debemos preferir en qué casos, además de que son indeterminados³⁰⁵. Además, porque hay varias razones por las que la interpretación de la norma puede cambiar, pensemos, por ejemplo, en el descubrimiento de conocimiento empírico; en la falta de previsión de las consecuencias directas e indirectas; la advertencia posterior de contradicciones entre normas o el incumplimiento de las condiciones de la situación ideal de diálogo, etc³⁰⁶.

Si esto es así, la autoridad de los tribunales no puede basarse en el argumento de que aplican correctamente las reglas previamente establecidas³⁰⁷, en tanto los derechos fundamentales son esencialmente controvertidos³⁰⁸ y dejan un amplio espacio para diferentes valoraciones. Así, no es verdad que los derechos estén “fuera de la agenda” pues siempre estamos discutiendo su significado y

³⁰³ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 26 y 141.

³⁰⁴ *Ibid.*, pp. 23, 24, 273 y 274. Estas características las relaciona Alexy con la ley, sin embargo, también son aplicables a la constitución. Tales características dejan un campo de acción y valoración para el decisor. *Ibid.*, p. 27. Para Alexy que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no significa que no haya caso en los cuales no existe *ninguna duda* sobre cómo se debe decidir. *Ibid.*, p. 29. Asimismo, Alexy considera que en todas las áreas de la Constitución existen abundantes supuestos pacíficos. Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, op. cit., p. 46.

³⁰⁵ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 24, 25, 225, 237 y 240.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 141.

³⁰⁷ Pues su concretización se lleva a cabo a través de procesos deliberativos. Rainer Forst, *The right of justification*, op. cit., pp. 104, 112, 114.

³⁰⁸ Aida Torres Pérez, *Conflict of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 102.

alcance, lo que entra dentro del ámbito de la política³⁰⁹. Por ello es que ante el desacuerdo y el conflicto de valores e intereses que rigen a nuestras sociedades plurales, necesitamos de procedimientos argumentativos que nos permitan seguir adelante a pesar de nuestros desacuerdos y que puedan reconocerse como legítimos por las partes involucradas³¹⁰. Así:

[...] “el constitucionalismo no consistiría –como suele decirse- en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una combinación de procedimientos, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros. [...] Toda regla de decisión colectiva última, so pena de incurrir en regreso al infinito, tiene que ser estrictamente procedimental”³¹¹.

En otras palabras, la legitimidad de las decisiones que afectan a la colectividad no deriva de unos derechos o convicciones éticas que son consideradas como previas al proceso democrático³¹², sino de un proceso deliberativo entre seres humanos libres que son considerados iguales política y moralmente³¹³. En efecto, la constitución y su interpretación se conciben como una obra y un proceso abierto necesariamente falibles y, por tanto, revisables, que deben irse adaptando a los cambios sociales a través de las diferentes lecturas de

³⁰⁹ Seyla Benhabib, “Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy”, *op. cit.*, p. 38 y 39. Juan Carlos Velasco Arroyo, *op. cit.*, pp. 169, 170 y 171. Rainer Forst, *The right of justification*, *op. cit.*, p. 228. Jeremy Waldron, *Derechos y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 20.

³¹⁰ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 290 y 291. Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1373. Para la teoría del discurso como teoría procesal de corrección de normas, una norma es correcta si y sólo si puede ser el resultado de un cierto procedimiento, y precisamente del procedimiento propio de un discurso práctico racional. Robert Alexy, “Justicia como corrección”, *op. cit.*, p. 165.

³¹¹ Juan Carlos Bayón, “Derechos, Democracia y Constitución”, *op. cit.*, p. 217 En el mismo sentido, Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 292. No estoy seguro si Juan Carlos Bayón se adhiere al paradigma discursivo, sin embargo, creo que tampoco se opone al mismo.

³¹² Jürgen Habermas, “Three normative models of democracy”, *Constellations*, vol. 1, núm. 1, 1994, p. 4.

³¹³ Seyla Benhabib, “Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy”, *op. cit.*, p. 27.

los miembros de la sociedad³¹⁴. Sólo así se logra una adhesión racional y se consigue una lealtad activa y consciente a las instituciones que encarnan el mensaje constitucional³¹⁵.

Acorde con esta perspectiva, se ha argumentado incluso que el derecho básico es el derecho a la justificación, mientras que todos los demás derechos representan sus diferentes concreciones³¹⁶. Este derecho no determina desde un principio que razones sustanciales son adecuadas, que derechos pueden ser exigidos, o que instituciones o relaciones sociales pueden justificarse³¹⁷. Sólo expresa la exigencia de que no pueden existir relaciones políticas o sociales de gobierno que no hayan sido justificadas adecuadamente a las personas afectadas³¹⁸, las que además de tener un derecho a expresar su opinión tienen un derecho de veto en contra de las normas, acuerdos, o estructuras que no pueden justificarse recíproca y generalmente³¹⁹. Este tipo de razones, de acuerdo con Forst, serían compartibles por su sólo carácter, independientemente de si se aceptan o no en la realidad³²⁰. Ahora bien, su aceptabilidad o no como razones recíprocas y generales se decide por las propias personas a través del diálogo³²¹.

³¹⁴ Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas, op. cit.*, p. 191.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 199.

³¹⁶ Rainer Forst, *The right of justification, op. cit.*, pp. 2, 112.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 212.

³¹⁸ *Ibid.*, pp. 2, 205. Lo que no significa que los otros derechos deriven del derecho a la justificación, *Ibid.*, pp. 209, 212, 255 y 260.

³¹⁹ Reciprocidad significa que nadie puede rechazar las exigencias de los otros que uno hace valer para sí mismo (reciprocidad de contenido), y no se puede simplemente asumir que otros tienen los mismos valores, intereses, perspectivas, convicciones o necesidades que uno mismo tiene (y por tanto determinando unilateralmente lo que cuentan como buenas razones) o hacer valer “verdades superiores” que no son compartidas (reciprocidad de razones). La generalidad significa que las razones que justifican normas generales básicas deben ser compartibles por todos los afectados y que no se pueden excluir las objeciones de nadie, es decir, todos tienen derecho a exigir justificación. Si se cumplen estos dos requisitos, se trata de razones que no pueden ser razonablemente rechazadas. *Ibid.*, pp. 6, 21, 49, 66, 73, 80, 146 y 214.

³²⁰ *Ibid.*, p. 21.

³²¹ *Ibid.*, p. 210.

La teoría discursiva propone el diseño de instituciones³²² que propicien una discusión³²³ constitucional abierta, justa e igualitaria que permita que sean los mejores argumentos los que se impongan³²⁴, pues es en los procedimientos jurídicamente institucionalizados de formación de la opinión y de la voluntad comunes sobre los que recae la carga de legitimación de producción del derecho³²⁵. Así, nuestra comprensión discursiva del derecho no puede dejar de lado esa materia dura que representan las instituciones y los sistemas de acción, es decir, dejar de concebir al derecho como un sistema empírico de acción³²⁶. Se trata de diseñar un “orden de justificación”, en el que las normas e instituciones que gobiernan la vida colectiva –en situaciones de cooperación como de conflicto- lo hagan de manera justificada o justificable³²⁷.

Ahora bien, ¿cuáles son los requisitos que deben cumplir (de manera aproximada) esta combinación de procedimientos para que el producto final sea legítimo (aceptable para todos por ser racional)? De acuerdo con la teoría discursiva del derecho tenemos los siguientes: a) que sus destinatarios puedan entenderse como autores racionales de esas normas a través de su participación en la deliberación y toma de decisiones³²⁸; b) que sean producto de una formación discursiva de la opinión y la voluntad común, es decir, no pueden basarse en

³²² Pues como dice Nino “no hay instituciones distintivas de la democracia desconectadas de una teoría valorativa que las justifica”. Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 23.

³²³ Para Habermas la clarificación pública-argumentativa de cuestiones normativas ha de desempeñar un papel central en toda tentativa de realizar derecho legítimo y asegurar el reconocimiento de su legitimidad. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 657.

³²⁴ *Ibid.*, p. 353.

³²⁵ *Ibid.*, pp. 197, 305, 555. Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 132, 159, 177.

³²⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 129 y 130.

³²⁷ Rainer Forst, *The right to justification*, op. cit., p. 1. Pues la formación racional de la voluntad política hay que buscarla en el plano de los procesos institucionalizados de deliberación y toma de resoluciones. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 420, 497, 555, 646, y 656. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 124, 128, 129. Juan Carlos Velasco Arroyo, op. cit., pp. 72, 73, 74

³²⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 96, 169, 186, 202, 226, 647 y 660. En este sentido Habermas señala que la cooriginalidad de autonomía privada y autonomía pública se muestra sólo cuando desciframos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura de pensamiento que representa la <autolegislación>, figura conforme a la cual los destinatarios de las normas son a la vez autores de sus derechos. Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 63.

decisiones arbitrarias y discrecionales sino que necesitan ser justificadas³²⁹; c) que se acepte que las pretensiones de validez de las normas y valores son falibles y, por tanto, susceptibles de crítica y corrección³³⁰; y d) aseguren a todos los interesados iguales oportunidades de participar y de ejercer mutuamente influencia unos sobre otros y, por tanto, para que se hagan valer todos los intereses afectados³³¹. Es decir, los procedimientos institucionalizados deben garantizar que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles, es decir, aseguren el tratamiento racional de las cuestiones políticas³³².

Estas reglas son un ideal al cual deben acercarse tanto los procedimientos en sí mismos considerados como el ensamble que se haga de ellos. Así, dichos parámetros se cumplirán de manera aproximada y servirán como instrumentos de crítica de los diseños institucionales vigentes o en proyecto³³³.

³²⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 91, 101, 136, 137, 202, 224, 238. Juan Carlos Velasco Arroyo, op. cit., p. 75.

³³⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 93, 95, 98, 100, 101, 137, 247, 466 y 646. Rainer Forst, *The right of justification*, op. cit., p. 13, 14, 40, 42. Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., pp. 70 y 71. Cristina Lafont, "Correctness & Legitimacy in the Discourse Theory of Law", en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, Oxford University Press, 2012, p. 306.

³³¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 234 y 235. En el mismo sentido Benhabib señala que la participación en ese proceso de deliberación tiene que ser en condiciones iguales y simétricas; todos deben tener las mismas posibilidades de iniciar un discurso, preguntar, interrogar y abrir el debate; así como de cuestionar los temas de la conversación; reflexionar sobre las mismas reglas del procedimiento discursivo y la manera en que son aplicadas. Seyla Benhabib, op. cit., p. 31. Esta posibilidad atiende a algunas exigencias de la *situación ideal del diálogo* como 1. Que los participantes potenciales en un discurso tengan la misma posibilidad de utilizar actos de hablar comunicativos, de manera que puedan iniciar un discurso en cualquier momento, así como perpetuarlo con réplicas y contrarréplicas, preguntas y respuestas. 2. Todos los participantes en un discurso deben tener la misma posibilidad de realizar interpretaciones, aserciones, recomendaciones, explicaciones y justificaciones, y de problematizar, fundamentar o contradecir la pretensión de validez de las mismas, de manera que ninguna opinión anterior se sustraiga de ser tematizada y criticada. Habermas, Jürgen, *Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz*, en Jürgen Habermas y Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie-Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a. M., 1971, p. 111, 225 citado por Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 127. Esta discusión abierta permite que los participantes del discurso puedan y deban tomar la perspectiva de los otros, es decir, ponerse en los pies de los otros afectados, Cristina Lafont, "Correctness & Legitimacy in the Discourse Theory of Law", op. cit., p. 301.

³³² Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 238.

³³³ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 128, 129, 142, 189 y 190.

De todas las características del paradigma en estudio, es de resaltar la importancia de la participación discursiva de la sociedad civil³³⁴. En efecto, conforme al paradigma discursivo una sociedad deliberante y un espacio público-político³³⁵ se sitúan por razones de legitimidad, en un primer plano³³⁶. Así, se estima que las comunicaciones políticas dependen de una cultura política habituada a la libertad y de las iniciativas de asociaciones, organizaciones y movimientos formadores de opinión³³⁷, por lo que debe propiciarse su participación³³⁸. Estas asociaciones hacen fluir las corrientes de comunicación en el espacio público y sirven para “percibir problemas de la sociedad, para interpretarlos y para ponerlos en escena de una forma que atraiga la atención y que a la vez resulte innovadora”³³⁹. En otras palabras, ayudan a través del debate y la discusión a que la gente se dé cuenta y se tome en serio una determinada idea como, por ejemplo, la de la libertad³⁴⁰, así

³³⁴ Para el paradigma discursivo la participación es un elemento fundamental de la democracia. Por ejemplo, Forst considera que es previa al derecho estatal y debe ser institucionalizada Forst, Rainer, *The right to justification, op. cit.*, p. 238. Para este autor, la sociedad civil es el ámbito público de acción en el que interactúan el Estado, la economía y la esfera privada. Rainer Forst, “Civil Society”, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, en Robert E. Goodin et. al. (eds.), Oxford, Blackwell, 2a. ed., Vol. II, 2012, p. 452.

³³⁵ Para Habermas el espacio público puede entenderse como una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de opiniones, y en él los flujos se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez, op. cit.*, p. 440. Desafortunadamente, nos dice Velasco, en nuestras sociedades la esfera pública ha desaparecido prácticamente. Por un lado, ha quedado absorbida por el Estado, hasta el punto de que lo público termina por confundirse con lo estatal, y por otro, por lo privado, de tal modo que bajo este rótulo se incluye sin más todo aquello que no encaja en la órbita público-estatal. Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas, op. cit.*, p. 34. Asimismo, es necesario tener presente que la esfera pública no es idéntica a la sociedad civil, aunque precise de ella como condición material de su constitución. Juan Carlos Velasco Arroyo, *op. cit.*, p. 33.

³³⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez, op. cit.*, pp. 252, 437, 491, 531, 532, 660. De hecho el destinatario de la teoría es la sociedad entera. Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas, op. cit.*, p. 13. Para un autor como Waldron, el derecho a la participación es el derecho de los derechos, no porque tenga una prioridad moral, sino porque su ejercicio es particularmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen. Lo cual significa que el elemento popular es decisivo para el gobierno. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos, op. cit.*, p. 277, 281.

³³⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez, op. cit.*, pp. 378, 379, 447, 452 y 612, 627. Uno de los problemas más acuciantes al tratar la sociedad civil es la desigualdad de sus integrantes, que permite que los grupos más aventajados tenga mayor poder dentro de esta. Rainer Forst, “Civil Society”, *op. cit.*, p. 458.

³³⁸ Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas, op. cit.*, p. 176.

³³⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez, op. cit.*, pp. 385, 439, 440, 441, 443, 460 y 463.

³⁴⁰ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos, op. cit.*, p. 370.

como para descubrir temas que son relevantes para la sociedad global, contribuyendo a las posibles soluciones de problemas, interpretando valores, produciendo buenas razones y devaluando otras³⁴¹. Asimismo, la participación de la sociedad civil aparece como una fuerza social independiente, que a través de la argumentación pública y la formación de opiniones posibilita la crítica de las formas hegemónicas del discurso³⁴².

Tratándose de la interpretación de la constitución la participación de la sociedad civil es todavía más importante en tanto se trata de un documento hecho “en nombre del pueblo”, cuyo proceso de interpretación para ser legítimo debe contar con su participación y deliberación³⁴³. Con mayor razón cuando lo que se interpreta es un texto constitucional antiguo, que sólo puede reconocerse como propio a través de la participación de todos los implicados y comprometidos en el mantenimiento de esta meta-regla del juego político y del orden social³⁴⁴.

Si esto es así, el constitucionalismo tiene dos principales tareas³⁴⁵:

a) incentivar la participación discursiva de todos en la interpretación de la Constitución³⁴⁶, es decir, ayudar a modificar la autocomprensión que tiene la población en general de su papel como meros espectadores que miran desde la galería para empezar a ser actores con espíritu crítico³⁴⁷. Para ello, el primer paso

³⁴¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 611 y 614.

³⁴² Rainer Forst, “Civil Society”, *op. cit.*, p. 457.

³⁴³ Erik Oddvar Eriksen, “An Emerging European Public Sphere”, en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, T. II, Ashgate, Cornwall, 2011, p. 287.

³⁴⁴ José Luis Cascajo, “Constitución e interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 21. De hecho, un ordenamiento será más o menos democrático, en la medida que ofrezca a los destinatarios de los derechos mayores espacios de participación –tanto institucional como extra institucional- en la configuración de su contenido y alcance. Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales y sus garantías: Notas para una mirada desde abajo”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2011, p. 33.

³⁴⁵ Estas dos tareas se refieren a la radicalización del principio democrático de participación en dos diferentes niveles: la extensión generalizada del derecho de participación a todas las personas y la expansión progresiva de los sectores sociales e institucionales en los que se desempeña el citado derecho. Velasco Arroyo, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 30.

³⁴⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 532. Para los partidarios del paradigma discursivo la participación es, entre otras, una exigencia ineludible para rehumanizar el mundo moderno y evitar su proceso cosificador. Juan Carlos Arroyo Velasco, *op. cit.*, p. 28.

³⁴⁷ En ese sentido, Velasco nos dice que el grado de vitalidad de una democracia se mide por el papel que desempeñan la deliberación, la reflexión y el espíritu crítico en la marcha de los asuntos públicos. Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, *op. cit.*, p. 34. Para Waldron, por ejemplo, si nos importa la libertad

estribaría en reconocer sus capacidades deliberativas y la posibilidad de ejercerlas sobre las cuestiones más importantes de principio, y no sólo en cuestiones menores de la política social y económica³⁴⁸.

b) Pensar en cómo diseñar nuestras instituciones para que “los organismos encargados de tomar decisiones (parlamentos y tribunales) permanezcan porosos a los temas, orientaciones valorativas, contribuciones y programas que les afluyen de una opinión pública”³⁴⁹, de tal manera que a través de los procedimientos democráticos dichos influjos se transformen en poder comunicativo³⁵⁰. Pues sólo a través de un juego de mutuas dependencias entre instituciones y comunicaciones públicas informales, puede considerarse que los ciudadanos no son meros receptores pasivos de derechos otorgados de forma paternalista³⁵¹.

Finalmente, es necesario precisar con Velasco que cuando se habla de la sociedad civil no debe pensarse que se trata de un sujeto colectivo, ni de una única conversación entablada por el tejido social, “sino de múltiples discursos entrelazados entre sí de una manera más o menos armoniosa (y, en cualquier caso polifónica), un circuito informal de opinión pública conformado por múltiples centro

individual, la primera cosa que deberíamos hacer no es reclamar una carta de derechos para ser aplicada por un tribunal, sino desarrollar entre nosotros una cultura de la libertad que haga que los participantes en las decisiones sociales y políticas más importantes aprecien y se tomen en serio esta idea de libertad. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 370.

³⁴⁸ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 254, 297.

³⁴⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 611 634, 251, 386, 437 y 515. De hecho, Habermas insiste en que el desarrollo y consolidación de una política deliberativa, la teoría del discurso los hace depender, no de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente. *Ibid.*, p. 374. Como hemos visto en el primer capítulo y profundizaremos más adelante los parlamentos y tribunales son porosos de manera distinta a la opinión pública.

³⁵⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 406, 408, 528. Como dice Forst, la pertenencia plena a una sociedad democrática no sólo se traduce en poder participar, sino en tener buenas razones para creer que las instituciones están abiertas y son sensibles a los ejercicios discursivos. Rainer Forst, *The right of justification*, op. cit., p. 200.

³⁵¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 432, 511, 513 y 634. De hecho, la dignidad de los seres humanos se ve mermada cuando son vistos como meros receptos y no como agente independientes. Rainer Forst, *The right to justification*, op. cit., p. 196, 217. Por otra parte, no hay que olvidar que el distanciamiento generado entre los ciudadanos y la constitución no es casual, sino una forma de dominación. Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 137.

de discusión y decisión”³⁵². Es más, la sociedad civil presupone una pluralidad de formas de vida e intereses sociales que si bien pueden ser integrados parcialmente, también entran en conflicto³⁵³.

2. Entre la supremacía judicial y la supremacía legislativa.

2.1. El modelo de supremacía judicial de Robert Alexy

En este apartado quiero referirme a la posición de Robert Alexy, uno de los más insignes promotores del paradigma discursivo y defensor del modelo clásico de justicia constitucional en el que los jueces ostentan la última palabra sobre la interpretación de los derechos fundamentales. En efecto, si bien Alexy se sitúa entre los partidarios del paradigma discursivo, en mi opinión, en sus estudios sobre la justicia constitucional no lleva hasta sus últimas consecuencias las implicaciones de dicha teoría. Ahora bien, para valorar la corrección o no de esta afirmación es necesario analizar los argumentos que aduce este autor para justificar un control judicial que atribuye a los jueces la última palabra sobre la interpretación de los derechos.

Cabe iniciar, por ejemplo, por la forma en que Alexy piensa la justicia constitucional. Para este autor alemán, para ser compatible con la teoría del discurso el control de constitucionalidad debe tener también un carácter discursivo. Este objetivo se logra si con la interpretación de la constitución -y en especial de los derechos- se permite que los ideales discursivos se realicen en una mayor medida de lo que sería el caso mediante la operación del discurso democrático por sí solo³⁵⁴. En segundo lugar, nos dice que el control constitucional tiene que ser también una forma de representación del pueblo, la que tratándose de los tribunales

³⁵² Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., p. 178. Sobre las distintas teorizaciones de la sociedad civil véase Víctor Pérez Díaz, “La sociedad civil como posibilidad: carácter, retos y tradiciones”, *La esfera pública y la sociedad civil*, Madrid, Taurus, 1997.

³⁵³ Rainer Forst, “Civil Society”, op. cit., p. 457.

³⁵⁴ Robert Alexy, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 60 y 61.

consistiría en una representación argumentativa³⁵⁵. Para ello, sigue Alexy, debe demostrarse que en el control constitucional como discurso se puede distinguir entre argumentos buenos o malos, mejores o peores³⁵⁶. Ahora bien, esto no es suficiente para poder hablar de representación del tribunal. Para tal efecto, es necesario que un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, los argumentos del tribunal como razones de corrección³⁵⁷. Por “razones de corrección” Alexy se refiere a argumentos correctos o razonables que tienen tal carácter porque derivan de un procedimiento en el que se cumplen las reglas y las formas de argumentación, pero que no pueden producir ninguna certeza definitiva o un único resultado correcto y, por tanto, son provisionales y refutables³⁵⁸. Entre dichas reglas tenemos, la regla de la fundamentación, las reglas razón, etc³⁵⁹.

Empiezo el análisis de la teoría alexyana por lo más elemental. ¿Qué número de personas tiene en mente Alexy para considerarlo “suficiente”? ¿Qué plazo tiene que correr para que pueda considerarse “largo plazo”? ¿Mientras corre ese “largo plazo” el control constitucional no está justificado? ¿Y si un número suficiente no la

³⁵⁵ La representación argumentativa del tribunal se opone a la representación volitiva o decisionista y argumentativa o discursiva del parlamento. Alexy, Robert, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, *op. cit.*, p. 100. Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *op. cit.*, p. 40. La oposición de Alexy entre representación argumentativa del tribunal y la volitiva/argumentativa del parlamento es exagerada, pues en la decisiones judicial también hay un elemento volitivo en tanto utilizan el mismo método de decisión que los parlamentos, esto es, la votación por mayoría. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 365. Jeremy Waldron, “Deliberación, desacuerdo y votación”, *op. cit.*, p. 255.

³⁵⁶ Robert Alexy, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, *op. cit.*, p. 102.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 102. Este criterio tiene como sustento la tesis de Alexy expuesta años antes en su libro *Teoría de la argumentación jurídica* en el sentido de que se debe exigir un modelo que, por un lado, permita tener en cuenta las *convicciones extendidas* y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes y, por otro lado, deje espacios a los criterios de lo correcto. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 31. No me queda claro si Alexy propone que los argumentos del tribunal tienen que ser aceptados por un número suficiente de personas, o si basta con que los argumentos presentados por el tribunal constitucional sea razonables, y un número suficiente de miembros de la comunidad son *capaces* de ejercitar sus capacidades racionales y lo *desean* hacerlo. Robert Alexy, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, *op. cit.*, p. 103. Nótese que conforme a esta última forma de ver las cosas no es necesario que los argumentos sean efectivamente aceptados.

³⁵⁸ Robert Alexy, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, *op. cit.*, p. 102, Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp. 36, 37, 38, 137, 177, 201, 238, 264, 278, 279.

³⁵⁹ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, pp., 136-142, 148, 184 y ss.

acepta³⁶⁰? Aun suponiendo que Alexy nos diera mayor luz al respecto ¿por qué habríamos de adoptar sus parámetros? ¿Cómo podemos saber que la gente acepta los argumentos “por razones de corrección” y no por pura inercia o por conveniencia coyuntural? Finalmente, ¿por qué si hay razones de corrección para aceptar la decisión sería necesaria la efectiva aceptación de “un número suficiente” de personas?

Ahora bien, la crítica más fuerte a su defensa del control constitucional es que no se compadece, en mi opinión, con la teoría del discurso sobre la que fundamenta su modelo, según la cual la justificación de las decisiones no se basa en los números sino en la calidad de los procesos de debate, discusión y persuasión que las precede³⁶¹. Se podría contraargumentar diciendo que la tesis de Alexy no está basada en los números, sino en las razones de corrección, es decir, en el procedimiento deliberativo. Si esto es así, vuelvo entonces a preguntar ¿por qué si se cumplió con el procedimiento deliberativo es necesario que “un número suficiente” acepte la decisión? En mi opinión, la referencia a los números se debe a que Alexy sabe bien que la legitimidad de una decisión democrática no puede basarse sólo en el procedimiento deliberativo, pues ello desconocería la importancia de la igual autonomía e igual dignidad de los ciudadanos, es decir, la igualdad formal de influencia política en la toma de decisiones colectivas³⁶².

³⁶⁰ Y mientras tanto la norma ya ha sido expulsada del ordenamiento y Alexy no nos da ninguna respuesta sobre qué pasa en dicho caso. Es decir, pareciera ser que da por sentado que la se dará la aceptación por un número suficiente de personas.

³⁶¹ Lo cual no quiere decir que en la democracia deliberativa esté excluida la regla de la mayoría como regla de decisión, sino que el énfasis está puesto en la deliberación racional bajo condiciones formales, entre las que destaca el reconocimiento de derechos que garanticen iguales oportunidades de participación. De hecho, el asentimiento condicionado de las minorías a las decisiones mayoritarias se basa en que éstas se hayan adoptado en un foro público de discusión abierto y en su carácter revisable, pues la regla de la mayoría por sí misma no supone ninguna garantía de racionalidad. Juan Carlos Velasco Arroyo, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, op. cit., pp. 179, 184, 188 y 193. Por otro lado, debe decirse que el hecho de votar no es el reconocimiento de un fracaso o que sea algo incorrecto, pues incluso después de deliberar la gente seguirá discrepando de buena fe. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., pp. 112 y 113. Asimismo, no debemos cometer el error de pensar que por que la gente vota y acepta el punto de vista de la mayoría no se toma los derechos en serio. *Ibid.*, p. 365.

³⁶² J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 78, 79 y 209.

Sin embargo, el problema está en que el déficit democrático del control constitucional no se supera con una eventual aceptación posterior por un número suficiente de personas³⁶³, sino por la posibilidad institucional de una respuesta (objeción) ordinaria por parte del Parlamento que permita la crítica y revisión de las razones que sustentan la sentencia, tomando en cuenta lo que tienen que decir los titulares de los derechos sobre la cuestión³⁶⁴. Esta posibilidad la pasa por alto Alexy, pues al constatar la desvinculación con la ley en el discurso iusfundamental se concentra en el texto constitucional, los precedentes y la dogmática³⁶⁵ y, principalmente, en la función de cierre de los tribunales³⁶⁶. De ahí que no considera la importancia que puede tener continuar el procedimiento discursivo con posterioridad a la sentencia.

Pero volvamos a las preguntas que planteamos más arriba y supongamos por el bien de la argumentación que Alexy considera que sí hay una posibilidad objetiva de saber si un “número suficiente” de personas acepta, por lo menos a “largo plazo”, los argumentos del tribunal como “razones de corrección”. Una forma de saberlo sería verificando si la gente se ha organizado o no para impulsar una reforma constitucional que logra concretarse³⁶⁷. De esta manera, atendiendo a los

³⁶³ La dificultad que implica valorar que “un número suficiente de personas acepta la decisión” se debe, entre otras razones, a que como dice el propio Alexy “las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos. Incluso con la ayuda de los métodos de las ciencias sociales aparecen con frecuencia valoraciones que no son lo suficientemente concretas como para poder servir como fundamento de la decisión”. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 31.

³⁶⁴ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p. 299.

³⁶⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 489 ¿Será que Alexy está intoxicado, como piensa Waldron de los filósofos del derecho, de tribunales de justicia? Waldron, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, op. cit., p. 17.

³⁶⁶ Alexy se refiere al hecho de que a través de un proceso de legislación no se puede nunca determinar para cada caso, de antemano, precisamente una solución. Por ello, se necesita de un proceso judicial en el que se resuelvan las cuestiones que todavía permanecen abiertas en el discurso jurídico. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 273, 274, 314 y 315. Como veremos más adelante, este puede ser un argumento a favor de un control judicial dialógico. El problema está cuando la función de cierre de los tribunales se traduce en otorgarles la última palabra en la interpretación constitucional.

³⁶⁷ Así creo que lo sugiere Alexy, cuando afirma que “quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal-, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política, de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria

requisitos agravados que suelen tener los procesos de reforma constitucional podríamos saber con alguna seguridad que un número suficiente de personas han aceptado los argumentos del tribunal, ya sea por razones de corrección o de otro tipo.

El problema con esta forma de verificar la aceptación de un número suficiente de personas es que no toma en cuenta que en un sistema como el que propugna Alexy, es decir, en el que los jueces tienen la última palabra y sus decisiones sólo pueden ser revertidas por una reforma constitucional, la posibilidad de respuesta que tiene la sociedad civil para demostrar su desacuerdo a través de una reforma de este tipo implica grandes esfuerzos y tiene altos costos políticos para los representantes, que hacen muy improbable que esto suceda³⁶⁸. Así, el supuesto para demostrar el desacuerdo de un número suficiente de personas con el tribunal –que a mi parecer se traducen en la exigencia de una reforma constitucional- y, por tanto, que no estamos ante una efectiva representación argumentativa del tribunal, establecen una presunción muy fuerte a su favor, a tal punto que no hay mucho espacio para la discusión sobre la legitimidad del control constitucional.

Otro rasgo importantísimo del modelo alexyano de justicia constitucional es que lo hace en términos dicotómicos. Es decir, para él o dejamos la última palabra en manos de los jueces o en manos del poder legislativo, sin que haya una vía intermedia, decantándose por la primera. Así, por ejemplo, señala “el cuestionamiento por principio del control de constitucionalidad afirma que el mero hecho de que algo sea problemático e incluso controvertido entre intérpretes racionales no representa una razón suficiente para excluirlo del control de constitucionalidad y para entregárselo al Parlamento con su legitimación democrática inmediata”³⁶⁹. Y en otro lugar añade “La inseguridad relativa a los

simple y tan sólo el propio Tribunal Constitucional Federal o *bien la mayoría de los dos tercios exigida para la reforma constitucional* por el artículo 79.2 LF podrán alterar un tal estado de cosas”, Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

³⁶⁸ Como explica Waldron, dichos procesos son habitualmente dificultosos; de hecho su dificultad – la diferencia, por ejemplo, entre la mayoría requerida para la reforma constitucional y la requerida para la reforma legislativa ordinaria- es precisamente definitoria del límite en cuestión. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 327.

³⁶⁹ Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *op. cit.*, p. 47. Alguien podría contraargumentar diciendo que Alexy habla de un discurso en varios niveles –

resultados que tiene el discurso iusfundamental, conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa. Si la mayoría parlamentaria no ha de autocontrolarse, lo que significaría ser juez en su causa propia, queda sólo la posibilidad de un control por parte del Tribunal Constitucional, cualquiera que sea su forma”³⁷⁰.

Es decir, para Alexy tenemos dos formas de establecer la relación entre justicia constitucional y parlamento, que sean los jueces los que controlen al legislador, siendo su interpretación sobre la constitución la última palabra, o que el legislador se autocontrole, lo que para él parece una posición absurda. Así, Alexy nos da tres argumentos a favor del control judicial que ostenta la última palabra: 1. El desacuerdo no es un argumento para dejar la decisión en manos del legislador; 2. Es absurdo pensar que el legislador se puede autocontrolar, pues sería juez en su propia causa; 3. Tenemos necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa. Analicemos detenidamente estos argumentos.

1. El desacuerdo no es un argumento para dejar la decisión en manos del legislador.

Al igual que los otros propulsores del paradigma discursivo, Alexy reconoce el grado máximo de indeterminación de los derechos fundamentales a tal punto que “los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”³⁷¹. Lo que aunado al hecho del pluralismo³⁷² hace imposible sostener que los derechos fundamentales deban ser interpretados “de modo que protejan lo que todos los ciudadanos consideran importante”³⁷³, y que “el debate nunca desembocará en un punto que alcance de una vez por todas la certeza y la

como opción frente a la supremacía legislativa- entre el Tribunal Constitucional, el legislador, la opinión pública y la ciencia, en el que la decisión del Tribunal no habrá de ser la última palabra, *Idem*. También en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.* pp. 487 y 488. Sin embargo, esta sería una lectura parcial de Alexy, véase la nota al pie 366.

³⁷⁰ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 509.

³⁷¹ Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *op. cit.*, p. 35. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 482.

³⁷² Así, Alexy señala que al menos en las sociedades modernas hay diferentes concepciones para casi todos los problemas prácticos. En el conjunto de un ordenamiento jurídico se pueden encontrar siempre valoraciones divergentes que pueden ponerse en relación, pero de manera distinta, con cada caso concreto. Alexy Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 33. En el mismo sentido, Alexy, Robert, “Justicia como corrección”, *op. cit.*, p. 167.

³⁷³ Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *op. cit.*, p. 39.

aprobación general”³⁷⁴. Así, al reconocer la indeterminación de los derechos fundamentales y el hecho del pluralismo considera que los derechos son, por una parte, profundamente antidemocráticos, en tanto desconfían del proceso democrático y privan de poder de decisión a la mayoría parlamentaria legitimada³⁷⁵.

En primer lugar, debo señalar mi coincidencia con Alexy en el sentido de que el hecho del desacuerdo no nos obliga a dejar de inmediato la última palabra sobre la interpretación de los derechos en manos de los legisladores, en tanto puede haber otras razones que nos conduzcan a justificar un control judicial como es que los ideales discursivos se realicen en mayor medida³⁷⁶. Pensemos, por ejemplo, en la protección de las minorías.

Para estos efectos puede ser de utilidad apoyarnos en la crítica de Waldron al control judicial norteamericano que tiene la última palabra sobre la interpretación de los derechos. En su defensa de un modelo de supremacía legislativa, el profesor de la NYU presupone, entre otras cosas, que la toma de decisiones parlamentarias se hace a través de un proceso de deliberación en el que las voces en contienda son escuchadas, hay una representación equitativa de la diversidad, se presta atención a las condiciones para una deliberación coherente, están presentes,

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 46. Aunque añade que junto a las divergencias o lo problemático hay mucho que resulta relativamente pacífico y que hace un amplio consenso en lo fundamental (entre los jueces, recalco). Muchos críticos de la justicia constitucional pasan por alto, sigue Alexy, que en todas las áreas de la Constitución existen abundantes supuestos pacíficos. *Idem.* A esta aclaración, que pretende de alguna manera justificar la justicia constitucional puede responderse lo siguiente: a) El consenso no es garantía de racionalidad, lo que nos debería importar es verificar cuál fue la forma en que se llegó a este; B) Alexy se refiere al consenso que se da en el seno del tribunal, sin embargo, lo que realmente debería interesarnos no es el consenso (del tribunal) sino el disenso que se da a lo largo y ancho de la sociedad. C) Finalmente, conforme a la teoría discursiva los consensos sólo pueden tenerse como provisionales, por lo que siempre deben estar abiertos a la crítica y sujetos a revisión. Así, el que haya algún consenso provisional no es un argumento a favor de la última palabra de los jueces, pues en cualquier momento puede cambiar. Es más, aún teniendo un consenso, lo que debiera preocuparnos es establecer mecanismos institucionales para que aquellos que quieran oponerse a dicho consenso puedan hacerlo.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 38. Por otro lado, Alexy considera que los derechos fundamentales son profundamente democráticos porque aseguran el desarrollo y la existencia de las personas gracias a las garantías de los derechos de libertad y de igualdad, capaces por lo general de mantener estable el procedimiento democrático, y porque aseguran las condiciones para el funcionamiento del procedimiento democrático mediante la protección de la libertad de opinión, prensa, radiodifusión, reunión y asociación, así como del derecho de sufragio y otras libertades políticas. *Idem.*

³⁷⁶ Como vimos esta es un requisito que establece Alexy, *op. cit.*

pueden participar y se toman en cuenta los intereses de las minorías parlamentarias³⁷⁷.

Esta circunstancia, así como otras posibles deficiencias de la deliberación dentro y fuera del parlamento que no respetan la pluralidad y la existencia de desacuerdos³⁷⁸, junto con la imposibilidad de que los legisladores prevean todos los supuestos de conflicto que surgen con la aplicación de la ley³⁷⁹, pueden ser razones suficientes para aceptar un control judicial.

Ahora bien, una cosa es aceptar el control judicial como mecanismo que sirva para fortalecer la política deliberativa, y otra es que los jueces tengan la última palabra. De hecho, la necesidad de respetar las creencias y el esfuerzo de los demás por resolver los problemas que implican los derechos³⁸⁰, lo que se traduce en respetar los procedimientos deliberativos en los que la igualdad y la autonomía política de las personas son garantizadas³⁸¹ como sucede cuando se cumple el

³⁷⁷ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 32, 105 y 331. Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *op. cit.*, pp. 1361, 1362, 1396, 1397, 1400 y 1406. Nótese que este es un argumento distinto al que suele darse a favor del control judicial en el sentido de que la decisión mayoritaria puede violar “los derechos de las minorías”. Con este argumento hay que ser cautelosos por varias razones. En primer lugar, porque las mayorías pueden tener razón en relación con los derechos de las minorías, pues no porque una minoría diga que tiene un derecho, le corresponde lo que reclama. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 22. Además, porque el desacuerdo sobre lo que implican los derechos constitucionales no nos permite hablar de derechos concretos de las minorías previos a la deliberación y a la decisión tomada conforme a la regla de la mayoría. Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *op. cit.* pp. 1395, 1396, 1397, 1398.

³⁷⁸ En este sentido Waldron señala que nadie piensa que un puñado de personas esté autorizado para imponer una decisión a los demás, simplemente porque haya más individuos a favor de la decisión que en contra. La democracia y la decisión mayoritaria sólo tienen sentido moralmente bajo ciertas condiciones que establecen un contexto deliberativo. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 339. Esta es una lectura deliberativa de la regla mayoritaria, según la cual la legitimidad de la decisión no reside sólo en los números sino en que haya sido adoptada por una mayoría a través de procedimientos racionales de deliberación y de toma de decisiones, cuyos resultados tienen una presunción de racionalidad en tanto no se demuestre lo contrario. Seyla Benhabib, “Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy”, *op. cit.*, p. 33.

³⁷⁹ Incluso Waldron acepta la posibilidad de un control judicial débil (puede analizar la constitucionalidad de la legislación, pero no puede dejar de aplicarla o moderar su aplicación por considerar que viola derechos fundamentales) que pueda suplir la imposibilidad de previsión por parte de los legisladores de los problemas que conlleva una ley o los conflictos de derechos que pueden surgir de su aplicación. Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *op. cit.* p. 1355, 1370.

³⁸⁰ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

³⁸¹ A diferencia del parlamento, en el procedimiento judicial no son las partes sino el juez el que toma la decisión. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 32. Así, si bien estimo que la justicia

procedimiento legislativo, nos obliga orilla a adoptar un modelo en que los jueces no ostenten la última palabra sobre la interpretación de la constitución³⁸², es decir, que permita la continuación del diálogo entre jueces y parlamento con posterioridad a la sentencia.

En otras palabras, no se sostiene la idea de que si la última palabra no está en manos de los legisladores nuestra única opción sea dársela a los jueces. En efecto, una vez que reconocemos la indeterminación máxima de los derechos fundamentales y el hecho del pluralismo, como lo hace Alexy, a la vez que aceptamos los beneficios que conlleva la deliberación, tal vez sea mejor buscar una tercera alternativa en la que tanto jueces como legisladores se envuelvan en una ongoing discussion, en la que ninguno de ellos ostente la última palabra sobre la interpretación. En mi opinión, un modelo así ofrece mayores oportunidades para obtener un resultado más similar al que se hubiese alcanzado bajo condiciones ideales³⁸³. De hecho, considero que el nuevo procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano camina por esta vía, es decir, la del diálogo constitucional.

2. Es absurdo pensar que el legislador puede autocontrolarse, pues sería juez en su propia causa.

Uno de los autores que ha contradicho este argumento es de nueva cuenta Jeremy Waldron, quien sostiene que “casi cualquier regla de decisión concebible conllevará eventualmente que alguien decida en su propia causa, en uno o tal vez dos sentidos”.³⁸⁴ En el primer sentido, porque las decisiones inevitablemente serán tomadas por personas cuyos propios derechos resultan afectados por ellas, pues hasta el magistrado de la Corte Suprema acaba teniendo los mismos derechos

constitucional puede ayudar a que efectivamente se garantice la igualdad y la autonomía política dentro y fuera del parlamento y, en ese sentido, puede fortalecer la política deliberativa, el método para la toma de decisión no es democrático. Por ello es que el juez debe buscar fortalecer la deliberación, sin pretender (e institucionalmente no debería poder hacerlo) imponer su visión.

³⁸² Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *op. cit.* p. 1393. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 284. Para Waldron ese sería un sistema en el que la última palabra queda en manos del legislador.

³⁸³ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.*, p. 280.

³⁸⁴ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 354.

sobre los que él decide³⁸⁵. En el segundo sentido, porque “a menos que imaginemos una cadena de apelaciones interminable, siempre habrá alguna persona o institución cuya decisión será la última”³⁸⁶, la que debiera quedar en manos del legislador en tanto “la comunidad en su conjunto intenta resolver alguna cuestión relativa a los derechos de todos los miembros de la comunidad, e intenta hacerlo sobre la base de una igual participación”³⁸⁷.

En mi opinión, Waldron confunde qué se está diciendo con el argumento de que nadie puede ser juez en su propia causa. Pues si bien es verdad que los derechos de los jueces de las cortes supremas se ven afectados por las decisiones que ellos mismos adoptan, eso no quiere decir que la decisión que juzgan -la ley- haya sido expedida por ellos. Es decir, el argumento de Alexy de que nadie puede ser juez en su propia causa se refiere a que la decisión que se está juzgando -la ley- haya sido tomada por las mismas personas que la evalúan en segunda instancia -los legisladores, lo que no sucede con el control judicial de constitucionalidad. De hecho, puede decirse que en el caso del autocontrol legislativo la invocación del *nemo iudex* es apropiada, al contrario de lo que piensa Waldron, en la medida que “un individuo o fracción (la mayoría) se propone resolver una cuestión que concierne a sus propios intereses (la ley), y éstos se oponen a los de otro individuo o fracción (minoría) o a los del resto de la comunidad”³⁸⁸ (paréntesis añadidos, RN).

Detengámonos un momento sobre este punto. Como he explicado, para Waldron no es posible invocar el *nemo iudex* pues se trata de “resolver alguna cuestión relativa a los derechos de todos los miembros de la comunidad”³⁸⁹, lo que debiera hacerse a través de un procedimiento en el que todos puedan participar³⁹⁰. Y es verdad, si no nos enfocamos en “la ley” expedida por “una mayoría”, sino en los “derechos de todos”, resulta evidente que cualquiera que tome la decisión -sean jueces o legisladores- estará decidiendo sobre sus propios derechos, lo que por

³⁸⁵ *Ibid.*, pp. 354 y 355.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 355.

³⁸⁷ *Idem*

³⁸⁸ *Idem*

³⁸⁹ *Idem*

³⁹⁰ *Idem*

respeto a la autonomía debiera hacerse a través de un procedimiento en el que todos pudiéramos participar. Sin embargo, en mi opinión, no es correcto enfocarnos en los “derechos” como lo hace Waldron, pues de lo que se trata es de evaluar – procedimental y/o sustantivamente- una de las interpretaciones que se hacen de nuestros derechos, la interpretación de la mayoría parlamentaria. Ahora bien, eso no significa que la decisión última deba quedar en manos de los jueces. Con ello se conecta con el segundo punto.

Cosa distinta –y en esto sí tiene razón Waldron- es que cuando los jueces deciden sobre sus propios derechos ostentando la última palabra sobre la interpretación de la constitución, “están dictando una regla ipso facto sobre la aceptabilidad de su propio punto de vista”³⁹¹. Esta última consideración es correcta siempre y cuando se presuponga, como lo hace Waldron, que las decisiones de los jueces cierran la discusión sobre la interpretación de los derechos, es decir, si ostentan la última palabra³⁹². Sin embargo, si esta característica institucional no se da, su opinión pierde fuerza, pues en dicho caso el dictado de una sentencia no implicaría que los legisladores ordinarios estuvieran impedidos para revertir la decisión del tribunal, es decir, para hacer valer su interpretación de los derechos en una ongoing discussion³⁹³. Sobre este punto se volverá más adelante al analizar el nuevo procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Así, en un modelo dialógico en el que tanto jueces y legisladores juegan un papel –aun cuando sea preponderante el de este último-, en el que ninguno de los dos tiene la última palabra sobre la interpretación, no son los jueces los que dictan ipso facto la aceptabilidad de su propio punto de vista. Pero, además, en un modelo

³⁹¹ *Idem*

³⁹² En efecto, Waldron se cansa de criticar las decisiones de los jueces que son “finales”, “últimas”, “vinculantes”, “prevalecen” o que “reverten” las decisiones de los legisladores. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 23, 190, 316, 351, 357 y 361. Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*, *op. cit.*, pp. 1348, 1350, 1355, 1360, 1363 y 1370. De hecho, el propio Waldron acepta controles judiciales “débiles” que sean efectivos, pero no como el Canadá que ha caído en desuso. *Ibid.*, pp. 1356 y 1357.

³⁹³ Para Waldron, la pretensión de respeto al representante es en gran medida una función de la pretensión de respeto de sus electores. Así, ignorar al primero, o menospreciar o desestimar sus puntos de vista, es una forma de ignorar, menospreciar o desestimar los puntos de vista de los electores. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 131 y 132.

dialógico el argumento de *nemo iudex* pierde sustento, pues ya no se puede decir que sea la mayoría legislativa la que evalúe la ley, sino que esto se hace a través de una discusión continua entre jueces y legisladores.³⁹⁴

3. La necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa

La necesidad de una decisión autoritativa parte de la limitación del discurso práctico general de alcanzar soluciones vinculantes a falta de un acuerdo discursivo³⁹⁵. En este sentido, Habermas apunta que el falibilismo de las decisiones queda compensado por un procedimiento jurídico que garantiza decisiones a plazo fijo, inequívocas y vinculantes³⁹⁶. Con ello, podría parecer que Habermas coincide con Alexy en la necesidad de una decisión autoritativa o de última palabra, sin embargo, el filósofo de Fráncfort también señala lo siguiente: “La regla de la mayoría conforme a la que, en los tribunales de justicia de composición colegial, en los Parlamentos o en los órganos concernientes a autoadministración se decide sobre los asuntos de que se trate [...] mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una cesura en una discusión interrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente, formación discursiva de la opinión”³⁹⁷. En otras palabras, se trata de una decisión falible pero no definitiva, resultado de una argumentación interrumpida en vista de la necesidad institucional de decidir pero que en principio puede retomarse³⁹⁸.

2.2. El modelo de supremacía legislativa o control judicial débil de Jeremy Waldron

³⁹⁴ Claro está que es una discusión continua con múltiples pausas más o menos largas; incluso, puede que alguna pausa se convierte en definitiva si así lo deciden los actores involucrados.

³⁹⁵ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 202.

³⁹⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 247.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 247.

³⁹⁸ *Ibid.*, pp. 247 y 248.

Antes de analizar el modelo dialógico que aquí se defiende, resultaría provechoso considerar una propuesta muy sugerente. Se trata de la posibilidad de adoptar un modelo de supremacía legislativa o en el que sólo puede darse un control judicial débil de la ley. Esto significa que es el legislador el que ostenta la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. Uno de los defensores de este tipo de modelos es Jeremy Waldron, de quien ya hemos repasado algunos de sus argumentos.

La crítica de Waldron a la revisión judicial de las leyes en sistemas de control judicial fuerte es ampliamente conocida. Para este autor dos son los frentes desde los que puede criticarse la judicial review. En primer lugar, porque es falsa la afirmación de que ésta sea una forma que facilite a la sociedad discutir sobre sus desacuerdos en materia de derechos. De hecho, según Waldron la necesidad de referirse a los precedentes, textos y su propia interpretación son cuestiones que distraen la discusión. En segundo lugar, porque el control judicial de las leyes privilegia la mayoría de votos de un pequeño número de jueces sobre las decisiones de los ciudadanos y sus representantes³⁹⁹. De hecho, cuando una cuestión se traslada de la legislatura hacia un tribunal, la diferencia es de electorado, pero no del método de decisión. Esto refleja, en opinión del autor, una desconfianza en las personas, pero no en el principio de la mayoría, que sigue vigente⁴⁰⁰.

Y es que el inevitable desacuerdo sobre los derechos hace necesaria una teoría de la autoridad competente, la cual debe definir quién tiene el poder de decidir y mediante qué proceso deben tomarse las decisiones⁴⁰¹. En efecto, el desacuerdo profundo y sincero sobre lo que significan los derechos hace necesaria una política compartida o curso de acción sobre esa cuestión⁴⁰², a lo que denomina las

³⁹⁹ Jeremy Waldron, "The core of the case against judicial review", *op. cit.*, nota 14, p. 1353. *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 14, 15.

⁴⁰⁰ Jeremy Waldron, "Deliberación, desacuerdo y votación", *op. cit.*, p. 255. *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 24, 110, 365.

⁴⁰¹ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 253, 290-296

⁴⁰²De allí razona que "el desacuerdo no importaría si las personas no prefirieran una decisión común; y la necesidad de una decisión común no daría lugar a la política tal como la conocemos si no existiera al menos la potencialidad del desacuerdo sobre cuál debería ser esa decisión común". Jeremy Waldron, "Deliberación, desacuerdo y votación", *op. cit.*, p. 260.

“circunstancias de la política”⁴⁰³. El punto es que al igual que hay un desacuerdo sobre los derechos hay un desacuerdo sobre la autoridad⁴⁰⁴.

Asimismo, nos dice que dicho desacuerdo no debe considerarse como que algunos no se tomen los derechos en serio. Pues al igual que el debate sobre el control judicial no es una confrontación entre los defensores y los detractores de los derechos, el desacuerdo sobre su significado sólo refleja visiones distintas sobre lo que éstos encarnan⁴⁰⁵.

Así, el punto es establecer un procedimiento legítimo, aunque imperfecto, para resolver los desacuerdos⁴⁰⁶. Y ese no es el proceso judicial por dos razones. En primer lugar, porque la idealización del proceso judicial es una falsedad, en tanto los jueces también están sujetos a prejuicios sectarios; su orientación a casos particulares es un mito, por lo menos en las últimas instancias de decisión; las razones que utilizan para tomar sus decisiones rara vez son aquellas que se presentarían en una discusión completa, además de estar focalizados en cuestiones como el precedente, el texto, la doctrina, etc⁴⁰⁷. En segundo término, porque no se trata a los participantes de igual forma, como sí se hace en el procedimiento legislativo. La teoría es que en los procedimientos legislativo nuestros representantes toman sus decisiones a través de la regla de la mayoría, lo que significa que son los propios ciudadanos los que toman la decisión y que al hacerlo mediante la regla de la mayoría se respeta la opinión de todos por igual, pues cada voto pesa lo mismo.⁴⁰⁸ Es decir, se respeta la igualdad política de los ciudadanos.

⁴⁰³ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 123. Concepto que viene adaptado del rawlsiano “las circunstancias de la justicia” que son “las condiciones normales bajo las cuales la cooperación humana es al mismo tiempo posible y necesaria”, en John Rawls, *Teoría de la justicia*, traducción de M.D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 152-155. Ribotta explica que este concepto –como el propio Rawls reconoce- es deudor de David Hume y, en parte, de Herbert Hart (que también se basa en Hume). Véase Silvana Ribotta, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*. Madrid, Dykinson, 2008, p. 36.

⁴⁰⁴ Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1, 1993, p. 32.

⁴⁰⁵ Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *op. cit.*, p. 1366. *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 19-24,

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 1371 y 1372.

⁴⁰⁷ Para Waldron una discusión menos articulada y no basada en el texto constitucional permitiría una discusión más libre y flexible. Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *op. cit.*, nota 60, pp. 26 y 27. *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 346.

⁴⁰⁸ Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 131-148, 351.

Sin que pueda argüirse que el proceso judicial sea superior para determinar los derechos de la gente, pues esto habitualmente no se compadece con los hechos. Tanto legisladores como jueces pueden ser tiránicos⁴⁰⁹.

A fin de cuentas, para Waldron se trata de la actitud que tengamos ante nuestros conciudadanos. Si pensamos que cada persona es una agente moral, con dignidad y autonomía, y creemos que debatir sobre derechos es una cuestión difícil sobre la que la gente de buena voluntad puede diferir, seremos capaces de dejar en manos de las mayorías su resolución⁴¹⁰.

Ahora bien, su crítica al control judicial es condicional, pues para ser válida deben darse cuatro exigentes presupuestos: debe haber (1) instituciones democráticas que hagan su trabajo razonablemente bien; (2) un sistema judicial en buen estado que sirva para resolver demandas individuales, solucionar controversias y haga cumplir la ley; (3) un compromiso de la mayor parte de la población y de sus gobernantes con los derechos individuales y de las minorías, y (4) un persistente y profundo desacuerdo sobre lo que implican los derechos⁴¹¹. Sólo si se dan estos requisitos le correspondería al legislador resolver nuestros desacuerdos. Aunque su incumplimiento tampoco supone de modo automático que el control judicial sea defendible, pues puede haber otros argumentos en su contra como que el sistema judicial sea tan corrupto o prejuicioso como el legislador⁴¹².

⁴⁰⁹ Jeremy Waldron, "The core of the case against judicial review", *op. cit.*, pp. 1376-1396. *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 294. De hecho, un fuerte defensor de la supremacía judicial como Dworkin, reconoce que la posibilidad de error en las decisiones de las legislaturas y de los tribunales es simétrica. Ronald Dworkin, "La lectura moral y la premisa mayoritaria", en Harold Hong Ju y Ronald C. Style (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 132.

⁴¹⁰ Waldron, Jeremy, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *op. cit.*, nota 60, p. 28. *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 298-300, 337, Según Zurn, para las concepciones deliberativas de la democracia, en tanto perciben a los ciudadanos como agentes morales capaces de razonar, las decisiones políticas son legítimas porque son consecuencia de la deliberación entre ciudadanos libres e iguales. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, nota 3, p. 81.

⁴¹¹ Jeremy Waldron, "The core of the case against judicial review", *op. cit.*, nota 14, p. 1360. Para Zurn, la crítica de Waldron a cualquier justificación del control judicial sólo puede sostenerse si se asume la idealización del poder legislativo como representante del pueblo. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 157.

⁴¹² *Ibid.*, p. 1402.

Así, para Waldron el poder legislativo tiene que ser un cuerpo plural y deliberante con múltiples garantías y niveles de consideración, debate y votación en el que se hace frente de manera transparente a los desacuerdos. Además, el procedimiento legislativo está conectado formal e informalmente con los debates que se dan en la sociedad, y considera implausible la afirmación de que los legisladores toman sus decisiones sin mayor consideración por los resultados⁴¹³.

La tesis de Waldron puede ser cuestionada de la siguiente manera.

La primera posibilidad es señalar como las condiciones ideales de Waldron no se cumplen, por ejemplo, porque los parlamentos no respetan la igualdad en el momento de la deliberación, sea por no escuchar todas las voces, no tomar en cuenta información necesaria, dar igualdad de oportunidades en el debate, etc. Así, los tribunales pueden hacer contribuciones a la deliberación parlamentaria.⁴¹⁴

Otra posible objeción es la de Fallon. Para el profesor de Harvard el control judicial está justificado no porque los jueces sean mejor para interpretar los derechos, sino por el hecho de que los tribunales pueden identificar riesgos que no pudieron ser vistos por el legislador, particularmente, los que derivan de casos concretos y los que contrarían la comprensión histórica de los derechos⁴¹⁵.

En mi opinión, cualquiera de estas dos respuestas a Waldron, la primera basada en garantizar las condiciones de la deliberación y la segunda en llamar la atención sobre cuestiones que el legislador no pudo prever, no son suficientes para justificar que la decisión final sea tomada por los jueces, pues no deja de vulnerarse el igual peso que tiene el voto en el proceso parlamentario. Pero además, porque pretende justificar el control judicial a partir de un supuesto valor instrumental que depende de factores contextuales y, por tanto, del que poco puede decirse en

⁴¹³ *Ibid.*, pp. 1378 y 1402. *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 32, 52, 63, 67, 68, 87-94

⁴¹⁴ John Hart Ely, *Democracia y desconfianza*, trad. Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, 1997. También Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1ª Reimp., 2002, pp. 683 y ss.

⁴¹⁵ Richard H. Fallon, "The core of an uneasy case for judicial review", *Harvard Law Review*, Vol. 121, No. 7, 2008, pp. 1700-1710

términos generales⁴¹⁶. Olvida, además, los casos en que han sido los jueces quienes han restringido el proceso democrático⁴¹⁷.

Pero supongamos, por el bien del argumento, que el control judicial efectivamente hace esos aportes a la deliberación. La pregunta es por qué no idear mecanismos a través de los cuales sea el propio legislador el encargado de corregir los factores que distorsionan la calidad epistémica del proceso legislativo⁴¹⁸. En efecto, si aceptamos que institucionalmente las asambleas legislativas salvaguardan mejor la igual participación de todos los ciudadanos, el reto que tenemos es cómo justificar que los tribunales puedan corregir las decisiones derivadas de un procedimiento como el legislativo⁴¹⁹. Es decir, por qué habríamos de transmitir a un órgano no representativo la decisión de cuestiones fundamentales en lugar de elaborar un diseño institucional que garantice o favorezca que en el órgano representativo se dé un mayor y mejor diálogo⁴²⁰. Así, por ejemplo, Habermas ha sostenido que no sería totalmente desacertado reservar el control abstracto a un autocontrol del legislador, que podría adoptar la forma de un procedimiento articulado en términos de proceso judicial⁴²¹.

Una respuesta –que ya hemos analizado en términos generales en el apartado anterior- sería que es irracional y contrario a la lógica pedirle al mismo poder mayoritario que pone o es capaz de poner en riesgo los derechos de las minorías (parlamentarias y/o sociales) que evalúe la validez de las normas que él mismo ha decidido dictar⁴²². El problema con esta respuesta, como nos dice

⁴¹⁶ Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

⁴¹⁷ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 216.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 215.

⁴¹⁹ En efecto, estas dos características son las orientan a ciertos autores a preferir el procedimiento legislativo sobre el judicial para decidir sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 90 y 103.

⁴²⁰ Pablo de Lora del Toro, *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 89, citado por Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 399. En el mismo sentido Roberto Gargarella, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución”, en Roberto Gargarella (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 155.

⁴²¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 315.

⁴²² Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 223-225.

Gargarella, es que la dificultad de justificar el control legislativo de las leyes no nos conduce automáticamente a justificar el control judicial, o hace imposible contar con otras formas de control mayoritario menos objetables⁴²³. Es decir, la réplica falla porque aun suponiendo “que los jueces tengan algo que decir en materia de derechos [...] no quiere decir que deban tener la exclusiva y ni siquiera la última palabra sobre la cuestión”⁴²⁴.

Es por esta última razón expresada por Gargarella que aun cuando se considere que la justicia constitucional puede contribuir a la política deliberativa, el primer paso para justificar el control judicial de la ley no es identificar cuáles son las posibles contribuciones que puede hacer⁴²⁵, sino pensar en diseños institucionales que no dejen en manos de los jueces la última palabra sobre la interpretación de la constitución, lo que permitiría al poder legislativo dar respuestas ordinarias a las declaraciones de inconstitucionalidad de los tribunales. Así, estoy parcialmente de acuerdo con Waldron en que la igualdad política se ve mermada por el control judicial de la ley, pero solo si una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley además conlleva la última palabra sobre la interpretación de la constitución, pues esto impediría una respuesta legislativa ordinaria dejando en manos de los tribunales la decisión final.⁴²⁶

Como veremos en el capítulo IV sobre formas institucionalizadas de diálogo, las respuestas legislativas ordinarias son posibles cuando el poder legislativo no está vinculado por la doctrina que sostiene la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley. La viabilidad de las respuestas legislativas ordinarias debilitan sustancialmente la objeción contramayoritaria, pues los jueces solo tienen la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley más no sobre la interpretación de la

⁴²³ Roberto Gargarella, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución”, *op. cit.*, p. 156.

⁴²⁴ Gerardo Pisarello, “Ferrajoli y los derechos fundamentales ¿qué garantías?”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, No. 4, 2001, p. 7.

⁴²⁵ Ronald Dworkin, *Freedom's Law The moral Reading of the american constitution*, *op. cit.*, pp. 345-347. También Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, *op. cit.*, pp. 151-184.

⁴²⁶ En algunas partes de sus trabajos Waldron da a entender que el problema del control judicial está en la imposibilidad del poder legislativo de responder por la vía ordinaria a las sentencias de inconstitucionalidad, véase Jeremy Waldron, “Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators”, *Supreme Court Law Review*, 2004, pp. 29, 44, 45.

constitución; a la vez que constituyen un mecanismo dialógico entre tribunales y parlamentos con los correspondientes beneficios de la deliberación interorgánica.

En otras palabras, primero es necesario adaptar el diseño institucional de manera que los tribunales no tengan la última palabra sobre la interpretación de la constitución, permitiendo una respuesta legislativa ordinaria a las declaratorias judiciales de inconstitucionalidad –debilitando así la objeción contramayoritaria-, para después plantearnos las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer a la deliberación parlamentaria y a la deliberación en la esfera pública.

3. Por una tercera vía: el modelo dialógico.

Si es cierto que los jueces tienden hacia la supremacía judicial y si alguna razón tienen los críticos de ese modelo, en mi opinión debemos plantearnos transitar hacia un estadio de justicia constitucional más democrático. En ese sentido, podemos empezar por pensar una teoría distinta que explique y justifique el papel de los jueces como intérpretes constitucionales⁴²⁷. Esta teoría debe tener en cuenta que el derecho y, particularmente, la interpretación constitucional sólo será legítima si: a) sus destinatarios pueden entenderse como autores racionales de esas normas⁴²⁸; b) es producto de una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes, es decir, no puede basarse en decisiones arbitrarias y discrecionales sino

⁴²⁷ Para Kramer, por ejemplo, la diferencia entre una teoría que apoya la supremacía judicial y otra que apoya el constitucionalismo popular, es la repercusión que tiene sobre el papel que uno imagina tiene el pueblo como intérprete constitucional, lo que en la práctica afecta el debate y los tipos de herramientas que pueden utilizar para oponerse o presionar a la Corte. Kramer, Larry, “Undercover Anti-Populism”, *Fordham Law Review*, *op. cit.*, p. 1358. La importancia performativa de la teoría es reconocida también por los partidarios de la supremacía judicial. En ese sentido véase Erwin Chemerinsky, “In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2004, No. 3, 2004, p. 689.

⁴²⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 96, 169, 186, 202, 226, 647. En este sentido Habermas señala que la cooriginalidad de autonomía privada y autonomía pública muéstrase sólo cuando desciframos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura de pensamiento que representa la <autolegislación>, figura conforme a la cual los destinatarios de las normas son a la vez autores de sus derechos. Para Forst, este requisito se equipara con la generalidad que deben tener las razones que justifican las normas, es decir, que todos los sujetos debe tener las mismas oportunidades de presentar sus argumentos. Rainer Forst, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *op. cit.*, pp. 362.

que necesitan ser justificadas⁴²⁹; y c) acepta que las pretensiones de validez de las normas y valores son falibles y, por tanto, susceptibles de crítica y corrección⁴³⁰.

En los modelos dialógicos⁴³¹ el proceso de interpretación se lleva a cabo a través de un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra, es decir, como una práctica racional y comunicativa en la que los jueces (pero no sólo ellos) escuchan y a la vez responden⁴³². Esta práctica implica considerar atenta y detenidamente los pros y contras de los motivos de una decisión, así como las razones para adoptarla. Es decir, se trata de un intercambio y valoración de razones sobre un curso de acción. En esa tesitura, el diálogo no sólo está enfocado en promover alternativamente la manifestación de ideas o afectos, sino en una deliberación políticamente relevante y efectiva⁴³³ en la que “las razones constituyen la moneda de un intercambio discursivo, mediante el que se desempeñan pretensiones de validez susceptibles de crítica”⁴³⁴.

En efecto, sólo cuando las razones están sujetas a un proceso de revisión continuo es que las malas razones pueden ser corregidas y convertidas en buenas razones. Pero además porque sólo así es que podemos presumir que las razones que han pasado por el filtro de la crítica pública son más confiables y razonables

⁴²⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 91, 101, 136, 137, 202, 224.

⁴³⁰ *Ibid.*, pp. 93, 95, 98, 100, 101, 137, 247, 646. Es verdad que Habermas cuando se refiere a estas condiciones está pensando en el procedimiento de producción legislativa, sin embargo, me parece que estos mismos requisitos pueden trasladarse al proceso de interpretación constitucional. En término parecido Forst se refiere al requisito de reciprocidad de las razones, según el cual quien presenta un alegato o argumento no puede hacer valer un derecho o recurso que deniega a otros, siendo que el alegato debe poder ser debatido y no determinado por una sola parte. Rainer Forst, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *op. cit.*, pp. 362.

⁴³¹ La teoría del diálogo constitucional puede ser enmarcada dentro de la teoría de autores como Aarnio, quienes consideran que el discurso jurídico es un diálogo o, en general, un procedimiento discursivo. Aulis Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, núm. 8, 1990, p. 33. No debemos perder de vista que no hay una sola teoría del diálogo, sino varias. Obviamente también Habermas, véase Anne Barron, “Derecho como discurso”, en Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Nuñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia y Teoría del Derecho*, México, UNAM, Vol. 1, 2015. Sobre el constitucionalismo dialógico véase Roberto Gargarella, “‘We the People’ Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, Vol. 67, núm. 1, 2014.

⁴³² Owen M. Fiss, “The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice”, *op. cit.*, p. 45. Esta es una definición propia y no sigue al pie de la letra la propuesta por Fiss.

⁴³³ Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 70.

⁴³⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 98.

que las que no lo hicieron⁴³⁵. Esto implica que podremos aceptar una decisión como justificable aun cuando no se piense que sea la mejor y de que no existe un entendimiento compartido, generalizado y autorizado de lo que es éticamente correcto.

Desafortunadamente, gracias a la forma en que se ha institucionalizado el procedimiento de interpretación constitucional los tribunales constitucionales han adquirido una función protagónica en la deliberación constitucional, convirtiéndose en nuestro único foco de atención, reduciendo la Constitución a lo que los “jueces dicen que es”⁴³⁶. Como explica Häberle, hasta ahora nos hemos movido en una “sociedad cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución, en la que el juez constitucional es el único intérprete. Este enfoque, considera, resulta muy estrecho para la realidad constitucional, pues en la medida en que cualquiera que vive la norma también puede interpretarla, es necesario dar paso a una sociedad abierta de intérpretes constitucionales, en la que todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y todos los grupos participen en esta tarea⁴³⁷.

Ahora bien, en la medida en que se trata de una Constitución hecha “en nombre del pueblo” todos estamos legítimamente interesados en su interpretación y, por tanto, en ser bienvenidos en esa deliberación⁴³⁸. Más aún, lo que se interpreta es un texto constitucional antiguo que no puede reconocerse por el <pueblo> como su Constitución sino es por la participación de todos los implicados y comprometidos en el mantenimiento de esta meta-regla del juego político y del orden social⁴³⁹.

⁴³⁵ Klaus Günther, “Law, the State and Discourse Theory”, *op. cit.*, p. 12.

⁴³⁶ Esta es la famosa frase de Charles Evan Hughes. Una de las consecuencias que tiene esta concepción para el discurso político es deslegitimar o reducir el espacio de crítica a las sentencias de la Corte y a los otros actores constitucionales. Lo primero, porque las sentencias se cubren con el manto de legitimidad de la propia Constitución, lo segundo, en tanto se oscurece la responsabilidad constitucional de los demás actores.

⁴³⁷ Peter Häberle, “Proceso constituyente. Modificación e interpretación de la Constitución. Jurisdicción constitucional.”, en *El Estado Constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª reimp., 2003, pp. 149-161. Aunque también es cierto, como dice Zurn, que cualquiera que sea el órgano encargado de llevar a cabo el control constitucional tendrá un control predominante sobre el estado del derecho constitucional. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 261.

⁴³⁸ Edward A. Hartnett, “A matter of judgment, not a matter of opinion”, *op. cit.*, p. 160.

⁴³⁹ José Luis Cascajo, “Constitución e interpretación constitucional”, *op. cit.*, 2003, p. 21.

Desde esta perspectiva, a través de nuestra participación en el proceso de interpretación constitucional ejercemos nuestra autonomía política, es decir, formamos discursivamente una voluntad común a través de la movilización de nuestras libertades comunicativas, pues sólo así es que se puede generar derecho legítimo⁴⁴⁰.

De acuerdo con esta línea de pensamiento propongo adoptar una perspectiva más amplia de la deliberación constitucional, que sirva para ajustar el papel de los tribunales⁴⁴¹ y promover la discusión sobre principios entre las otras ramas del gobierno⁴⁴² y de éstos con la ciudadanía. Para este paradigma abierto⁴⁴³ del proceso de interpretación constitucional, los tribunales son parte de un proceso político más amplio en el que las preferencias autointeresadas de las personas pueden formarse y transformarse en otras orientadas a la satisfacción de los intereses comunes mediante la comunicación y el diálogo⁴⁴⁴. En este sentido, la imparcialidad de los jueces no se gana con su aislamiento absoluto⁴⁴⁵, sino involucrándolos en una discusión amplia en que la que se tomen en cuenta todos los intereses en juego y se tengan que dar justificaciones ante un foro ampliado de

⁴⁴⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 214 y 217. En ese sentido Habermas señala que hoy la masa de la población sólo puede ejercer ya sus derechos de participación política por vía de integrarse en y, ejercer influencia sobre, la circulación informal de la opinión pública, que está sostenida por una cultura política liberal e igualitaria. *Ibid.*, p. 634.

⁴⁴¹ Mark Van Hoecke, "Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation", *Ratio Juris*, Vol. 14, N° 4, 2001, pp. 420 y 421. Para Hoecke hay distintos círculos deliberativos con una pluralidad coyuntural de participantes. El primer proceso de deliberación se da dentro del proceso entre las partes y el juez, las que si no están de acuerdo con la decisión, inician un segundo círculo entre el juez de primera, segunda y sucesivas instancias. Una vez que se emite la sentencia, se establece un proceso comunicativo con la doctrina científica, la que a su vez influirá en decisiones futuras. En algunos casos, se verán involucrados los medios y la prensa, así como la sociedad en general.

⁴⁴² Dawn E. Johnsen, "Functional departmentalism and nonjudicial interpretation: Who determines constitutional meaning?", *op. cit.*, p. 116

⁴⁴³ Habermas se pronuncia explícitamente porque todos puedan participar (cada uno a su manera y en términos de una división del trabajo) en la interpretación de la Constitución. Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 532. Este paradigma abierto se contrapone con un paradigma cerrado en el que las interpretaciones sólo pueden revisarse internamente. *Ibid.*, p. 293.

⁴⁴⁴ Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, "Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia", *op. cit.*, p. 317.

⁴⁴⁵ Como sí lo hicieron los constituyentes norteamericanos. Roberto Gargarella, "Crisis de representación y constituciones contramayoritarias", *op. cit.*, p. 104.

críticos⁴⁴⁶. De esta forma, las pretensiones de verdad de los jueces o de cualquier otro actor constitucional habrán de poder defenderse con razones frente a las objeciones de posibles oponentes y al cabo habrá de poder contarse con un acuerdo racionalmente motivado de la comunidad de interpretación en conjunto⁴⁴⁷.

Para el logro de este objetivo lo primero que hay que conocer es el tipo de discurso ante el que nos encontramos, pues a través de la deliberación constitucional definimos lo que queremos ser como sociedad, fijamos nuestra identidad y los bienes que queremos alcanzar a través de nuestros representantes⁴⁴⁸. Es decir, se trata de una discusión en la que se involucran cuestiones pragmáticas, éticas y morales que requieren de la precisión y ponderación de fines colectivos, de la construcción y selección de estrategias aptas para la consecución de esos fines, así como de la configuración de valores y de programas que sean buenos para todos por igual⁴⁴⁹.

Asimismo, hay que distinguir entre fundamentación de normas, para lo cual se examina si los intereses son susceptibles de universalización, y aplicación de normas, para lo cual se analiza si se han tenido en cuenta de forma adecuada y completa todos los aspectos relevantes de una situación dada a la luz de reglas que pueden colisionar entre sí. Esta distinción suele utilizarse para diferenciar entre el discurso en sede legislativa y en sede judicial.⁴⁵⁰ Sin embargo, considero que en incluso en sede judicial pueden presentarse estos dos tipos de discurso dependiendo del tipo de proceso constitucional ante el que nos encontremos. Por

⁴⁴⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 525. Más adelante me referiré a cómo se puede lograr institucionalmente.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 76.

⁴⁴⁸ Reva B. Siegel, "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The case of the de facto ERA", *California Law Review*, Vol. 94, 2006, nota 98, pp. 1341 y 1342.

⁴⁴⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 229, 246, 302, 650. Habermas explica con mayor detalle el discurso pragmático, ético y moral en "Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica", *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de José Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000, pp. 109-126. Sobre el punto Kaarlo Tuori señala que el concepto de legitimidad discursivo procedimental parece requerir, en lugar de la teoría de la ética discursiva, una teoría general del discurso práctico o, más generalmente, de la formación racional de la voluntad colectiva. Tal teoría debería también tomar en cuenta los aspectos teológicos y estratégicos de las cuestiones prácticas. Kaarlo Tuori, "Ética discursiva y legitimidad del derechos", *Doxa* núm. 5, 1988, p. 57.

⁴⁵⁰ Jürgen Habermas, "Cómo es posible la legitimidad por la vía de legalidad?", *Doxa* 5, 1988, pp. 36 y 37.

ejemplo, tratándose de un control abstracto de normas el discurso es el de fundamentación, mientras que el caso del control concreto se dan ambos tipos de discurso.

En tercer término necesitamos recordar los distintos momentos en que se da la deliberación. A efectos didácticos podemos dividirlos en los siguientes: a) tiempos de revolución en los que se abandona una Constitución y se establece una nueva; b) tiempos de creación o reforma del texto constitucional en los que se adiciona su texto; c) tiempos de construcción política en los que las partes interesadas utilizan abiertamente argumentos políticos; d) tiempos de interpretación judicial donde se expresan argumentos jurídicos; y e) tiempos de elaboración de políticas públicas en los que se determinan las acciones de gobierno⁴⁵¹. Ahora bien, entre estos momentos hay un continuum de modo que argumentos jurídicos y políticos se utilizan por igual, por lo que la distinción debe ser tomada con cautela.

Con esta precisión resulta más fácil percibir cuáles son las sedes y los actores que participan en la discusión y reconocer la brecha que existe entre la aplicación judicial de la Constitución y la Constitución misma, afirmando la corresponsabilidad de todos en su interpretación⁴⁵². Así, como sedes de deliberación tenemos el espacio público, el parlamento, las oficinas administrativas, los tribunales constitucionales, etc. En cuanto a los actores contamos con la sociedad civil conformada por sindicatos, organizaciones vecinales, iglesias, gremios profesionales, movimientos sociales; legisladores y partidos políticos⁴⁵³, el Presidente, los jueces, etc.⁴⁵⁴ Es decir, “la producción legislativa y las decisiones de

⁴⁵¹ Keith E. Whittington, *Constitutional Construction Divided Powers and Constitutional Meaning*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 4-5, 210-214.

⁴⁵² Lawrence G. Sager, *Juez y democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 109 y 110.

⁴⁵³ Sobre el papel de los partidos como entes que promueven la deliberación véase Nancy L. Rosenblum, “Glorious Traditions and Anti-Partyism and Moments of Appreciation”, *On the side of the angels An appreciation of Parties and Partisanship*, New Jersey, Princeton University Press, 2010.

⁴⁵⁴ A diferencia de las teorías que se enfocan sólo en la interpretación de los jueces, para la teoría del diálogo es importante la interpretación de todos los participantes, tenga o no efectos jurídicos. Esto porque no se idealiza a los jueces y al discurso judicial en materia de derechos.

los tribunales aparecen como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas”⁴⁵⁵.

Desafortunadamente, la pluralidad de actores y sedes en las que se interpreta la Constitución son desconocidos por aquellos que sustentan el modelo de supremacía judicial⁴⁵⁶, pues para estos la única interpretación que vale es la del Tribunal Constitucional. Por ello es que la construcción de un modelo dialógico empieza por el reconocimiento de dichos actores y espacios, pues cuándo resolvemos la pregunta de quién interpreta estamos determinando el cómo se interpreta⁴⁵⁷.

Si nos enfocamos en la justicia constitucional los tribunales pueden apreciarse como sedes, promotores, garantes o interlocutores antes, durante y después de la toma de decisión⁴⁵⁸. La visión dialógica de los tribunales requiere de un juez “Pericles”⁴⁵⁹ que no pretende tener la única respuesta correcta y estima valiosa y necesaria la colaboración entre poderes y la participación ciudadana⁴⁶⁰. O sea, un juez abierto al aprendizaje⁴⁶¹ y comprometido con el cumplimiento de los derechos a través del respeto y enriquecimiento de los espacios de deliberación democrática.

⁴⁵⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 67.

⁴⁵⁶ Dawn E. Johnsen, “Funcional departamentalism and nonjudicial interpretation: Who determines constitutional meaning?”, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁵⁷ Walter F. Murphy, “Constitutions, Constitutionalism, and Democracy”, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁵⁸ Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2013.

⁴⁵⁹ La referencia a Pericles se debe a su “discurso fúnebre” en honor a los caídos durante la Guerra del Peloponeso, en el que la reflexión y la deliberación aparecen como cualidades de la democracia ateniense. De ahí que utilice la figura de Pericles para referirme a un juez deliberante y reflexivo, en contraposición al famoso juez Hércules de Dworkin, “un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas” y al que Habermas critica como un planteamiento monológico. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 177. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 293. Como dice Günther una persona deliberativa es reflexiva y responsable, está dispuesta y es capaz de corregirse a sí misma. Citado por Erik Oddvar Eriksen, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 107.

⁴⁶⁰ Larry Kramer nos recuerda la necesidad de que las instituciones contra mayoritarias sean contradichas y revisadas. Larry Kramer, “The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We the Court”, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 403.

Esta visión amplia de la deliberación se compadece con la teoría del diálogo constitucional⁴⁶², que considera al juez parte de una práctica racional y comunicativa en la que escucha y a la vez responde⁴⁶³, cuya interpretación es parte de una empresa común que viene sostenida por la comunicación pública de los ciudadanos⁴⁶⁴. De esta forma se espera y bien viene el juicio normativo del juez⁴⁶⁵, pero se considera que no es el único intérprete y que su interpretación es discutible. Pues como dicen Kuhli y Günther, la crítica y el debate público de las decisiones judiciales es especialmente importante cuando los tribunales se involucran en un discurso de justificación como el que emplean los tribunales constitucionales, por lo que deben ser garantizados a través de acuerdo institucionales y reglas procesales⁴⁶⁶.

Conforme a esta forma de abordaje no debe suponerse que la autoridad de los jueces constitucionales sea preeminente para todos los casos y siempre con la misma intensidad. Si bien puede aceptarse que éstos tengan la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, de ahí no se sigue que deban ejercer su autoridad sobre todos los problemas constitucionales, o que puedan desechar o suplantar sin mayor consideración las visiones de otras instituciones con mayor legitimidad democrática⁴⁶⁷. En este sentido, el sólo hecho de que los legisladores sustenten

⁴⁶² La teoría del diálogo constitucional puede ser enmarcada dentro de la teoría de autores como Aarnio, quienes consideran que el discurso jurídico es un diálogo o, en general, un procedimiento discursivo. Aulis Aarnio, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa*, No 8, 1990, p. 33.

Cabe precisar que la figura del diálogo puede ser utilizada de manera prescriptiva o descriptiva. Lo primero, cuando sirve de base para sugerir una forma distinta -a la prevaleciente- de cómo llevar a cabo el control constitucional. Lo segundo, cuando se trata de describir cómo los tribunales constitucionales interactúan e intercambian razones con los demás poderes y la ciudadanía al interpretar la Constitución. Asimismo, no debemos perder de vista que no hay una sola teoría del diálogo, sino varias.

⁴⁶³ Owen M. Fiss, "The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice", *op. cit.*, p. 45.

⁴⁶⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 295.

⁴⁶⁵ Lawrence G. Sager, *Juez y democracia*, *op. cit.*, nota 125, p. 35.

⁴⁶⁶ Miland Kuhli y Klaus Günther, "Judicial Lawmaking, Discourse theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *German Law Journal*, Vol. 12, núm. 5, p. 1277.

⁴⁶⁷ Larry Kramer, "The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We the Court", *op. cit.*, p. 13. Es preciso recalcar que Kramer se refiere a dos cuestiones distintas. La primera, relativa a lo que Sager a denominado como la división constitucional del trabajo, es decir, qué corresponde decidir a cada uno de los actores constitucionales. La segunda, se refiere a cómo los jueces toman sus decisiones, esto es, considerando u omitiendo las opiniones de los demás actores. En otras palabras, si lo hacen con

una interpretación distinta a la adelantada por los jueces no la hace de por sí irrazonable⁴⁶⁸.

La teoría que planteo pretende ser una alternativa en la que ninguno de los actores constitucionales tiene la última palabra sobre la interpretación de la constitución, auspiciando un debate constitucional más igualitario e inclusivo. No es que el Tribunal pelee con sus “junior partners” sobre el sentido constitucional⁴⁶⁹, sino de un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra. Lo que esta teoría sugiere es cooperación, intercambio y, principalmente, moderación mutua⁴⁷⁰. Desde esta perspectiva, el poder que puedan tener los participantes en la deliberación es un poder comunicativo derivado del potencial de una voluntad común formada en una comunicación exenta de coerción, y no en la oportunidad de imponer dentro de una relación social la propia voluntad contra quienes se resisten a ella⁴⁷¹.

La propuesta se encuadra dentro de las teorías del constitucionalismo cooperativo, entre las que están: a) el departamentalismo, para la cual el pueblo es el árbitro final de las disputas entre las diferentes ramas del gobierno y el poder judicial se limita a la resolución de problemas concretos entre un individuo y el Estado; b) el modelo conversacional, para el que los tribunales deliberan pero no deciden, sin que puedan obligar al legislador a tomar decisiones; y c) el minimalismo judicial, teoría según la cual los razonamientos de los jueces deben ser lo más reducidos posibles y los problemas constitucionales deben ser automáticamente reenviados al poder legislativo⁴⁷². Por su parte, en el modelo dialógico los tribunales tienen la responsabilidad directa de usar sus poderes comunicativos y coercitivos

una actitud soberana o a través del diálogo. Estas dos cuestiones están íntimamente relacionadas, pero no se implican necesariamente.

⁴⁶⁸ Mark Tushnet, *Weak Courts Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2008, p. 103.

⁴⁶⁹ Miguel Schor, “Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy”, *Suffolk University Law School*, Research Paper 10-66, 2010, p. 2.

⁴⁷⁰ Carissima Mathen, “Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on “Charter Dialogue Revisited”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 45, No. 1, 2007, p. 128.

⁴⁷¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 215.

⁴⁷² Esta descripción es de Rosalind Dixon, “Creating dialogue about socio-economic Rights: Strong v. weak-form judicial review revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 23 y 24

con el fin de suplir las deficiencias del proceso democrático⁴⁷³. En este sentido, para que el control judicial signifique algo, debe tener impacto. El punto es encontrar un equilibrio en el que la sociedad civil, las instituciones representativas y los tribunales puedan dialogar entre sí⁴⁷⁴.

Para la teoría del diálogo los tribunales no tienen la última palabra sobre la interpretación de la constitución, pues se trata de un proceso circular en el que ninguno de los actores puede imponerse indefinidamente. El sentido constitucional se presenta entonces como una síntesis de doctrinas legales, prácticas institucionales y normas políticas⁴⁷⁵. Así, a través de un enfoque cooperativo del proceso de interpretación se hace frente a la complejidad de los problemas planteados a los jueces constitucionales, en el que se integran las consideraciones prácticas, filosóficas y políticas involucradas en la interpretación constitucional⁴⁷⁶, mitigando las limitantes que el discurso jurídico impone sobre la deliberación⁴⁷⁷.

Bajo esta óptica, el papel de la justicia constitucional es el de un colaborador más en la construcción del significado constitucional (de ahí la razón para incluirlo en las teorías cooperativas), que si bien hace aportaciones significativas al sistema a través de medidas coercitivas y comunicativas dictadas en la resolución de los conflictos que llegan a su mesa⁴⁷⁸, no debe pretender apropiarse del sentido de la Constitución. En otras palabras, busca cambiar las actitudes y la concepción que

⁴⁷³ *Ibid.*, pp. 27-29.

⁴⁷⁴ Barry Friedman, "Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una repuesta a Roberto Gargarella", *op. cit.*, p. 173.

⁴⁷⁵ Keith E. Whittington, *Constitutional Construction Divided Powers and Constitutional Meaning*, *op. cit.*, pp. 1-3, 208-309

⁴⁷⁶ William N. Eskridge y John Ferejohn, "Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review", *Texas Law Review*, Vol. 87, 2009, p. 1276.

⁴⁷⁷ Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 281.

⁴⁷⁸ Como explica Javier Jiménez Campo, al juez de la ley cabrá sólo pedirle en muchos casos, y así será bastante, que constate el vicio denunciado y lo declare, rompiendo así la presunción de constitucionalidad de la ley (medida comunicativa), mientras que en otros, será necesaria la anulación o eliminación de la regla legal juzgada inconstitucional (medida coercitiva). Javier Jiménez Campo, "Qué hacer con la ley inconstitucional", en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional de España, 1997, p. 24.

tienen los jueces constitucionales de su función, haciéndolos conscientes de que hay una autoridad superior -el pueblo- que puede cambiar sus decisiones⁴⁷⁹.

La idea que está en el fondo es que las interpretaciones de los jueces no tienen un valor superior en relación con las que hacen los legisladores y la administración, pues éstos pueden sustentar reflexiones constitucionales igualmente razonables a las ofrecidas por la judicatura⁴⁸⁰. Por todo ello, los jueces deben tomarse en serio el criterio constitucional sostenido por los legisladores⁴⁸¹, como los legisladores deben tomarse en serio los razonamientos de los jueces. En esta medida, las disquisiciones constitucionales de los otros participantes son tan valiosas como las del mismo Tribunal. De ahí que el proceso de interpretación deba ser compartido y que tanto jueces como legisladores puedan discutir (más que desatender completamente) la visión de los otros poderes⁴⁸², estableciendo una conexión constructiva entre derecho vigente, procedimientos legislativos y procedimiento judicial⁴⁸³.

En ese proceso de interpretación uno de los actores que suele olvidarse es la sociedad civil. Como ha puesto de manifiesto el constitucionalismo popular, las teorías tradicionales no han dado cuenta de su importancia y la han relegado a un segundo plano. Sin embargo, de acuerdo con el planteamiento aquí adelantado todos los ciudadanos están capacitados para razonar política y moralmente y, por tanto, para involucrarse en el debate colectivo sobre asuntos de interés público, sin que exista un conocimiento moral o político que autorice a algunos (juristas-jueces) a proclamar que su discurso ofrece una guía más segura hacia la prosperidad moral

⁴⁷⁹ Larry Kramer, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁸⁰ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 23 y 81.

⁴⁸¹ Una forma en que los jueces pueden prestar atención al criterio legislativo es considerando lo que los preámbulos y exposiciones de las leyes disponen.

⁴⁸² Rosalind Dixon, "The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference", *Osgoode Hall Law Journal*, No. 47, 2009, p. 256.

⁴⁸³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 555. Para Habermas la legitimación no debe buscarse unilateralmente, no debe buscarse en un solo lugar, o bien en el de la producción legislativa, o bien en el de la administración de justicia.

y política⁴⁸⁴. Desde este punto de vista, insistir en la distinción entre una lectura superficial (de la población) y una lectura técnico-jurídica (de los juristas) del texto constitucional no está a la altura de la voluntad profundamente democrática que alienta teóricamente una parte considerable de las constituciones vigentes⁴⁸⁵.

De hecho, sólo a través de la participación de los ciudadanos y ciudadanas en el debate público es que se cumple el cometido de la democracia deliberativa de que las decisiones políticas sean determinadas por todos los afectados y que más voces sean contempladas⁴⁸⁶, pero sobre todo que los destinatarios de las normas jurídicas puedan entenderse como autores racionales de esas normas⁴⁸⁷. Es así como se hace honor al valor intrínseco que tiene nuestra vida como seres que decidimos por nosotros mismos⁴⁸⁸. Además es como se hace valer la soberanía popular, “ya no concentrada en un colectivo, en la presencia físicamente aprehensible de los ciudadanos reunidos, o en la presencia físicamente aprehensible de sus representantes reunidos en asamblea, sino en la circulación de deliberaciones y decisiones estructuradas racionalmente”⁴⁸⁹.

De esta manera, la institución más importante de la sociedad civil es la esfera pública, entendida como una esfera de información, argumentación y debate constituida por varios actores como asociaciones, movimientos, medios de comunicación, etc. Esta esfera no está conformada por una sola voz, sino que se trata de un debate entre diferentes públicos que buscan influir la opinión pública y las decisiones políticas, o en otros términos, de cambiar el discurso político. Su tarea

⁴⁸⁴ Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.*, p. 210. Como explica Moreno, el ideal de la democracia deliberativa supone una valorización de las capacidades racionales y deliberativas de los ciudadanos como individuos plenamente capacitados para autor-determinar, mediante la utilización del proceso político, las cuestiones que hacen de la vida en sociedad. Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, *op. cit.*, p. 320.

⁴⁸⁵ Christoph Möllers, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁸⁶ Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, *op. cit.*, p. 330.

⁴⁸⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁸⁸ Frank I. Michelman, “Judicial Supremacy, the Concept of Law and the Sanctity of Life”, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁸⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 203.

es controlar los procedimientos parlamentarios y audiencias políticas, así como criticar sus resultados⁴⁹⁰.

En ese sentido, si bien los jueces no deben guiarse sólo por las preferencias coyunturales mayoritarias, sí deben atender a la voluntad deliberada del pueblo⁴⁹¹. Es decir, no se trata de que el tribunal “como único intérprete autorizado” refleje la opinión popular, sino de un proceso de comunicación multidireccional y horizontal de concretización de los derechos⁴⁹² en el que los individuos no sean vistos como ciegos perseguidores de sus propios intereses, sino como sujetos capaces de participar en un diálogo serio sobre principios⁴⁹³.

Finalmente, cabe señalar que si bien en cualquier sistema puede hablarse de un “diálogo” o influencia recíproca entre poderes y opinión pública, en sentido estricto, considero que solo pueden tomarse como dialógicos aquellos sistemas en los que el diálogo se lleva a cabo en un período corto de tiempo⁴⁹⁴ o en donde existen medios institucionales para que esto suceda⁴⁹⁵. Para Tushnet, por ejemplo, las descripciones del diálogo constitucional pueden distinguirse de acuerdo al momento en que las conversaciones ocurren y a quién determina que éstas han terminado. Por ejemplo, a diferencia de lo que sucede con otras descripciones dialógicas, en el constitucionalismo popular la conversación se da día a día

⁴⁹⁰ Rainer Forst, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *op. cit.*, p. 369.

⁴⁹¹ Para Barry Friedman ya sea por las sucesivas designaciones de *justices*, por la necesidad que tiene el Tribunal de no ser castigado por las otras ramas de gobierno, o por el hecho de que los *justices* quieren ser admirados, la realidad es que existe una relación simbiótica entre la opinión pública y el control judicial. Barry Friedman, “Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una repuesta a Roberto Gargarella”, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁹² Klaus Günther, “Law, the State and Discourse Theory”, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹³ Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *op. cit.*, p. 38. Como dice Zurn, relegar a los ciudadanos de los debates constitucionales presupone que los jueces saben mejor cómo estos deben vivir sus vidas libres e iguales en una comunidad política. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 124.

⁴⁹⁴ Mark Tushnet *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, *op. cit.*, pp. 36, 43, 263.

⁴⁹⁵ Para Tushnet, la diferencia entre los modelos fuertes y débiles de control judicial es que en los primeros el diálogo depende de las decisiones personales de los jueces según la forma en que conciben su función, mientras que en los segundos la posibilidad del diálogo es una característica estructural de su diseño, que permite que el diálogo se dé en un período más corto. En este punto el modelo deliberativo se asemeja a los modelos débiles, aunque no son iguales. Mark Tushnet, “Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, *Law and Philosophy*, No. 22, 2003, pp. 355 y 356.

En este punto el modelo deliberativo se asemeja a los modelos débiles.

incluyendo a todos los actores y sin que los tribunales tengan prioridad. Algunas veces la conversación terminará con la decisión de los jueces, pero en otras con la posición de la legislatura y/o del ejecutivo⁴⁹⁶.

Algunos sistemas constitucionales han implementado mecanismos para que el proceso de interpretación se haga de esta forma. En Canadá, por ejemplo, la posibilidad de que el poder legislativo pueda rechazar el fallo que declare la inconstitucionalidad de una ley obliga a los jueces constitucionales a meditar detenidamente sobre las razones del legislador⁴⁹⁷. Otro caso puede ser el de México, donde la limitada vinculatoriedad de la doctrina judicial permite al legislador responder con una ley igual a la invalidada y no con una reforma constitucional a las sentencias de la Corte, forzando a los jueces a reconsiderar su posición⁴⁹⁸.

Sin embargo, cabe precisar que si bien la previsión de incentivos puede encauzar la práctica en esta dirección, no son suficientes⁴⁹⁹. Es más, un diseño institucional orientado hacia la deliberación sin una teoría acorde con sus postulados puede ser infructuoso. Así ha sucedido en Canadá, donde a pesar de que la Cláusula 33 de la Carta de Derechos y Libertades permite al Congreso blindar su legislación frente a un examen por violación de derechos, el consenso político contrario a su ejercicio ha llevado a considerarlo como un sistema de supremacía

⁴⁹⁶ Mark Tushnet, "Popular constitutionalism as political law", *op. cit.*, pp. 999 y 1000.

⁴⁹⁷ La posibilidad de respuestas o secuelas legislativas a las sentencias del Tribunal es característico del sistema canadiense gracias a su conocida "notwithstanding clause". El trabajo pionero en esta materia es de Peter Hogg y Allison Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such a Bad Thing After All)", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 35, No.1, 1997, pp. 75-124.

⁴⁹⁸ En México suele creerse que la única posibilidad de respuesta del legislador a las decisiones de la Corte es a través de una reforma constitucional. Sin embargo, como lo veremos en el capítulo IV, el legislador ordinario puede también responder a las sentencias constitucionales con una ley idéntica o similar a la invalidada.

⁴⁹⁹ Roberto Gargarella es escéptico sobre la posibilidad de una justicia deliberativa en tanto no se establezcan reformas institucionales destinadas a motivar a los jueces a tomar decisiones más compatibles con los fines de la democracia deliberativa, o que favorezcan un diálogo genuino entre las diferentes ramas del poder y con la población. Roberto Gargarella, "Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre 2006, pp. 29-30.

judicial⁵⁰⁰. De ahí la importancia de generar una teoría que explique, justifique y promueva un cambio deliberativo en la toma de decisiones judiciales⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Mark Tushnet, “New forms of judicial review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries”, *Wake Forest L. Rev.*, Vol. 38, 2003, p. 833.

⁵⁰¹ Larry Kramer, “The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, *op. cit.*, p. 754.

Capítulo III. Teorías descriptivas y normativas del diálogo constitucional.

1. Teorías descriptivas del diálogo

1.1. La teoría canadiense y la cláusula 33 de la Carta canadiense de Derechos y Libertades⁵⁰²

El sistema constitucional canadiense es un ejemplo de lo que se ha denominado como el nuevo modelo constitucional de la Commonwealth – conformado por Nueva Zelanda, Inglaterra y Canadá-, también llamado dialógico. Este modelo pretende garantizar el respeto de las decisiones mayoritarias y la protección efectiva de los derechos fundamentales a través de un diálogo entre tribunales y parlamentos. Se trata de un sistema de responsabilidad conjunta que reinserta las cuestiones de principio en los debates populares y legislativos y reduce la objeción contra mayoritaria de la justicia constitucional⁵⁰³.

La cláusula 33 de la Constitución canadiense permite a los parlamentos blindar su legislación respecto a un examen por violación de derechos. Es decir, el legislador puede prevenir el examen judicial de una ley por violación de los derechos constitucionales o reaccionar ante una decisión judicial que declare su

⁵⁰² Canadian Charter of Rights and Freedoms

⁵⁰³ Stephen Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No. 4, 2001, pp. 2 -5. Con mayor desarrollo en su libro del mismo título publicado por Cambridge University Press, 2013.

inconstitucionalidad, haciendo triunfar su postura⁵⁰⁴. Con esta previsión, se quita a los jueces la palabra final sobre la constitucionalidad de las leyes⁵⁰⁵.

Según Hogg y Bushell, esta herramienta incentiva el diálogo entre el poder legislativo y el Tribunal Supremo en tanto que ambos están pendientes de lo que el otro tiene que decir. Así, el “control judicial de constitucionalidad no es un veto sobre la política, sino el comienzo de un diálogo sobre la mejor forma de reconciliar los valores individualistas de la Carta con el logro de las políticas sociales y económicas en beneficio de la comunidad en su conjunto”⁵⁰⁶. Desde esta perspectiva, no importa que tan amplia sea la interpretación del Tribunal siempre y cuando haya espacio para una respuesta legislativa⁵⁰⁷. Para estos autores, se puede hablar de diálogo siempre que ante una decisión judicial que declara la inconstitucionalidad de una ley se dé una reacción del órgano legislativo competente. Si una decisión judicial puede ser revertida, modificada o ignorada por el poder legislativo, la relación entre Corte y legisladores puede ser considerada como un diálogo.

Esta descripción del proceso de interpretación, según afirma no conlleva al activismo o la restricción judicial, sino que se limita a describir y proponer cómo debe llevarse a cabo el proceso de interpretación constitucional y no con qué medida o

⁵⁰⁴ Artículo 33 (traducción propia)

(1) El Parlamento o la legislatura de una provincia puede promulgar una ley donde se declare expresamente que ésta o una de sus disposiciones es aplicable no obstante alguna disposición comprendida en el artículo 2 o en los artículos 7 a 15 de la presente Carta.

(2) La ley o una disposición de la ley con respecto de la que esté en vigor una declaración bajo este artículo tendrá el efecto que tendría con excepción de la provisión de esta Carta a la que se hace referencia en la declaración.

(3) Una declaración efectuada bajo el párrafo (1) cesará de ser aplicable cinco años después de su entrada en vigor o tan pronto como se especifique en la declaración.

(4) El parlamento o la legislatura de una provincia puede renovar la declaración efectuada bajo el párrafo (1).

⁵⁰⁵ Zurn nos llama la atención sobre dos características que suelen pasarse por alto de la Cláusula 33. La primera, se refiere a los derechos sobre los que puede “triunfar” el Parlamento a través de una ley expedida con base en la Cláusula 33, estos son, los previstos en los artículos 2 o en los artículos 7 a 15. En segundo lugar, nos llama la atención sobre el límite temporal de cinco años (renovables) de dicha ley, que en opinión del autor reducen los riesgos de anarquía interpretativa. Zurn, Christopher F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 306 y 310.

⁵⁰⁶ Peter W Hogg, y Allison A. Bushell, “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn’t Such a Bad Thing After All)”, *op. cit.*, p. 82, 79, 105.

⁵⁰⁷ Grant Huscroft, “Constitutionalism from the top down”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 45, núm. 1, 2007, p. 95.

intensidad. Sostienen además que los efectos que puede tener sobre el alcance de la justicia constitucional dependen del uso que se haga de ella⁵⁰⁸. Es decir, una cosa es que la justicia constitucional dialogue o deba dialogar con los demás poderes y con los ciudadanos en el momento de interpretar la Constitución y otra es la forma en que se logre este objetivo⁵⁰⁹.

Las características que hacen de éste un modelo particular es que cuenta con: a) una carta de derechos; b) un poder judicial que verifica la consistencia de la legislación con la misma; y c) un poder legislativo que ostenta la última palabra, evitando que el control judicial se convierta en la supremacía de los jueces. Subyacen al sistema valores como el reconocimiento y efectiva protección de los derechos fundamentales y una adecuada distribución del poder entre tribunales y gobernantes, incluyendo límites para ambos⁵¹⁰.

Los beneficios que presenta -sigue explicando Gardbaum- son los siguientes: a) hace frente a la debilitación legislativa y popular que promueve el control judicial, otorgando a las legislaturas la última palabra en la interpretación de la Constitución y fortaleciendo el debate público; b) transforma el monólogo judicial de los derechos constitucionales en un rico diálogo inter-institucional; c) aumenta la legitimación de los tribunales a través de una división del trabajo en la tarea de balancear derechos e intereses políticos, dejando a los jueces el establecimiento de estándares constitucionales y a las legislaturas la aplicación de los mismos, en cuya conformación han participado ambas instancias; y d) reduce, sino es que elimina, la tensión entre la protección judicial de derechos fundamentales y las decisiones democráticas⁵¹¹. La pretensión del legislador de revertir una decisión del tribunal

⁵⁰⁸ Peter Hogg et. al, "Charter Dialogue Revisited --- Or "Much Ado About Metaphors", *op. cit.*, p. 55-56.

⁵⁰⁹ En mi opinión, esta postura no se compadece con la idea de colaboración que implica el diálogo. En la medida en que para esta teoría los jueces deben tomarse en serio la postura de los demás participantes, resulta difícil creer que el activismo judicial pueda ser una posición congruente con esa consideración recíproca. Sin embargo, creo que la postura de estos autores se debe a la práctica del Tribunal Supremo canadiense, en la que la idea del diálogo se ha utilizado para justificar tanto posiciones activistas como deferentes por parte de los jueces.

⁵¹⁰ Stephen Gardbaum, "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", *op. cit.*, pp. 3 y 5.

⁵¹¹ Stephen Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *op. cit.*, p. 52.

implica hacer público su desacuerdo con la valoración de éste y, por tanto, estar obligado a contraargumentar y justificar la conservación de la ley⁵¹².

Aunado a lo anterior, al estimular el diálogo se dice que este modelo sirve para desactivar el conflicto social⁵¹³. Este último punto es de especial interés en países en donde existe una alta polarización social y por tanto un alto grado de conflictividad. Por ejemplo, en contextos como el mexicano, si la Corte logra canalizar el descontento y acercar a las partes enfrentadas, su función estaría más que cumplida. En este sentido, un beneficio que nos puede dar un modelo dialógico de justicia constitucional es evitar que los conflictos se tornen violentos.

Volviendo al modelo canadiense, hay tres fases en las que los derechos están presentes. La primera se da en sede política, en la que ejecutivo y legislativo dan una visión no meramente legalista de los derechos. La segunda, se presenta con el control judicial de constitucionalidad, que debe tomar en serio la deliberación política, pues reconoce la existencia de un desacuerdo razonable sobre el contenido y límites de los derechos. La tercera, posterior a la decisión judicial, en la cual el legislador tiene la última palabra y se toma en serio lo que el poder judicial haya dicho⁵¹⁴.

Ahora bien, en este sistema la reversión, modificación o ignorancia de las decisiones judiciales no sólo se da a través de los poderes que otorga la Cláusula 33. Otras opciones son: a) adoptar una de las alternativas no declaradas inconstitucionales (por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley por no ser el medio menos restrictivo para el logro del fin buscado, en cuyo caso, el legislador puede reexpedir la ley implementando otro medio); b) aceptar una interpretación de la norma no excluida por el juez, por ejemplo, respecto de en qué consiste una “adecuada” protección del medio ambiente; y c) utilizar una de las

⁵¹² Mark Tushnet, “Policy distortion and democratic debilitation: Comparative illumination of the countermajoritarian difficulty”, *Michigan Law Review*, Vol. 94, 1995-1996, pp. 281-284. Para Tushnet, sin embargo, la Cláusula 33 no generó los frutos deliberativos que se esperaban, debido a que el Tribunal Supremo canadiense aligeró en *Ford v. Quebec (Attorney General)* los requisitos para implementarla, reduciendo los costos políticos para la legislatura.

⁵¹³ Miguel Schor, “Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy”, *op. cit.*, p. 9.

⁵¹⁴ Stephen Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *op. cit.*, pp. 10-12.

múltiples formas con las que se puede subsanar la inconstitucionalidad de una ley por violar el principio de igualdad, por ejemplo, integrando al grupo excluido en el goce del beneficio, eliminando el beneficio o reduciéndolo pero integrando al grupo excluido⁵¹⁵. El inconveniente de estas opciones es la distorsión política que causa la declaración de inconstitucionalidad sobre las decisiones del legislador. Es decir, el legislador opta por una política que no hubiera escogido si no fuera por la decisión del juez. O peor aún, decide no tomar ninguna medida⁵¹⁶.

De estos mecanismos dialógicos, sólo la cláusula 33 es exclusiva del sistema constitucional canadiense, siendo que las otras formas de reacción legislativa pueden presentarse en modelos en los que los jueces tienen la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. Es por ello que la teoría del diálogo también es útil para explicar diseños institucionales de este tipo y para promover un desempeño dialógico de sus cortes supremas o tribunales constitucionales. Con ello no quiere aminorarse la importancia que tiene la cláusula 33 al otorgar la última palabra al legislador, sino enfatizar que la teoría del diálogo puede servir para explicar y guiar la labor de los jueces en sistemas en los que estos conservan la decisión final sobre la constitucionalidad de la ley.

Ahora bien, también es cierto que para una perspectiva dialógica más exigente no basta con que el legislador pueda reexpedir una ley siguiendo los parámetros establecidos por los jueces o recurriendo a una de las opciones no declaradas inconstitucionales, pues en esos casos no se vuelve a debatir sobre el mismo problema interpretativo. De ahí que se requieran medios jurídicos que permitan continuar el debate planteado una vez que aquéllos hayan dictado sentencia –como las respuestas legislativas ordinarias, en tanto no haya un acuerdo entre jueces y parlamento sobre el sentido constitucional.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la falta de una “cláusula 33” u otro tipo de incentivos institucionales de esta envergadura, hace más difícil que la teoría

⁵¹⁵ Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn’t Such a Bad Thing After All)”, *op. cit.*, pp. 82-92.

⁵¹⁶ Mark Tushnet, “Policy distortion and democratic debilitation: Comparative illumination of the countermajoritarian difficulty”, *Michigan Law Review*, *op. cit.*, p. 265.

del diálogo sea una guía de la función judicial, pues ésta asunción constituye una forma de autolimitación que posiblemente la Corte no esté dispuesta a asumir. En ese supuesto, la Corte tiene el reto de tomar decisiones que inciten al diálogo sin pretender tener la última palabra interpretativa, es decir, tener la capacidad de revisar la constitucionalidad de normas sin intentar cerrar el debate constitucional.

1.1 Críticas

En el apartado anterior he relatado cómo es que se canaliza el diálogo en el sistema canadiense según la teoría dialógica. Ahora bien, ¿qué tan cierto es que los jueces dialogan al momento de interpretar la Constitución?

En efecto, no todos los estudiosos del diálogo constitucional son igualmente positivos al respecto, incluso uno de sus más importantes teóricos señala que “la idea del diálogo es en ciertos aspectos una forma implausible de describir la acción de juzgar. Los jueces, al final del día, no entran en un diálogo o conversación con nadie, pues deciden los casos de acuerdo con su visión del derecho”⁵¹⁷.

Por esta razón, es que una de las críticas más recurrentes a la teoría del diálogo es su optimismo o falta de rigor en el análisis fáctico, pues las “respuestas” de los otros poderes a las resoluciones de la Corte no son tales, sino que constituyen un simple acatamiento de las decisiones judiciales⁵¹⁸. En este sentido, se dice que “obedecer órdenes no es lo que la mayoría de nosotros consideramos como un diálogo”⁵¹⁹. La existencia de una relación jerárquica entre jueces y legisladores impide un diálogo genuino⁵²⁰. Más bien se trata de un monólogo en el que los jueces son los que hablan y los legisladores son los que escuchan⁵²¹.

⁵¹⁷ Kent Roach, “Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience”, *Texas International Law Journal*, Vol. 40:537, 2005, pp. 537-576.

⁵¹⁸ Christopher P. Manfredi y James B. Kelly, “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 37, núm. 3, 1999, pp. 513-527.

⁵¹⁹ F.L. Morton, “Dialogue or monologue?”, *Policy Options*, 1999, p. 23.

⁵²⁰ Christopher P. Manfredi y James B. Kelly, “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell”, *op. cit.*, p. 521.

⁵²¹ F.L. Morton, “Dialogue or monologue?”, *op. cit.*, p. 26.

Asimismo, se considera que las formas dialógicas llevan a la anarquía, en tanto la Constitución deja de servir como instrumento para la resolución de conflictos⁵²². Es decir, si cada quien puede actuar conforme a su propia interpretación de la Constitución ¿cómo pueden resolverse los diferendos?

Finalmente, se señala que los jueces constitucionales no incitan al diálogo sino todo lo contrario, pues el precio de revertir la decisión de la Corte puede ser tan elevado que no puede ser “pagado” por los legisladores, obligándolos a optar decisiones menos efectivas de las que tomarían si no tuvieran que preocuparse por el control constitucional⁵²³.

Entonces la primera incógnita que se planteó es qué puede considerarse como una “respuesta” a las decisiones de la Corte. Para Hogg y Bushell, cualquier reacción a una decisión judicial que invalide alguna ley satisface este requisito e incluso, en algunos casos, la falta de una acción por el legislativo puede ser vista como diálogo⁵²⁴. Esta descripción del diálogo ha sido criticada por su amplitud, pues no sirve para diferenciar al nuevo modelo del tradicional de supremacía judicial⁵²⁵. Así, una propuesta más exigente requeriría que la legislatura modifique la decisión judicial de tal manera que demuestre un desacuerdo interpretativo y que la Corte sea deferente hacia su decisión o evite su pronta reconsideración⁵²⁶.

Al respecto, estimo que cuando el poder legislativo acepta los términos en que fue invalidada una ley y no responde a las sentencias del Tribunal, no es que no exista un diálogo, pues lo que lo define es el intercambio de razones entre los distintos actores. Así, en algunos casos el legislador estimará correcta la interpretación constitucional de los jueces y decidirá no responder en atención a las razones que estos dieron en su sentencia. Para que haya diálogo con deliberación, no es necesario que prevalezca la opinión de un determinado interlocutor, sino que

⁵²² Larry Alexander y Frederick Schauer, “On extrajudicial constitutional interpretation”, *op. cit.*

⁵²³ Grant Huscroft, “Constitutionalism from the top down”, *op. cit.*, p. 99.

⁵²⁴ Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn’t Such a Bad Thing After All)”, *op. cit.* p. 100.

⁵²⁵ Stephen Gardbaum, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 2, 2010, p. 16.

⁵²⁶ Rosalind Dixon, “The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference”, *op. cit.*, p. 29.

la decisión se haya tomado a través de la dialéctica entre la mayoría de jueces y la mayoría de legisladores.

En relación con la idea de que los jueces constitucionales no están en una posición de igualdad respecto a los otros participantes del diálogo⁵²⁷, estimo que si bien la declaración de inconstitucionalidad de la ley es un poder de fuerte calado, no es una barrera absoluta a los deseos de las instituciones democráticas⁵²⁸, siempre y cuando existan medios para rebatir la interpretación judicial. De lo contrario, el diálogo es prácticamente imposible.

Por lo que toca a la crítica de que un modelo dialógico lleva a la anarquía, impidiendo resolver los diferendos, es necesario distinguir entre el *decisium* e interpretación que contienen las sentencias, pues el cumplimiento del primero no está sujeto a debate. Como veremos al analizar los sistemas español y mexicano, si bien en ambos existen medios institucionales que promueven la deliberación constitucional, la decisión última sobre si una norma es o no constitucional, ya sea que la tome el poder legislativo o el poder judicial, debe respetarse y acatarse⁵²⁹. De esta manera, al final del día la única forma de prevalecer es un buen argumento.

Por último, considero que en un sistema dialógico los costos políticos de una declaración de inconstitucionalidad son inherentes al mismo. Es más, si la inconstitucionalidad de una ley no representara un costo para el legislador, muy probablemente los argumentos del tribunal no serían tomados en cuenta. A menos que se quiera adoptar un modelo de supremacía legislativa, no puede pretenderse que una sentencia de inconstitucionalidad no tenga costos políticos para el legislador que quiera insistir en su interpretación.

⁵²⁷ Christine Bateup, "Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective", *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 2007, pp. 11-13.

⁵²⁸ Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such a Bad Thing After All)", *op. cit.*, p. 81.

⁵²⁹ La necesidad de tomar decisiones y que estas sean acatadas es un elemento indispensable en la democracia, a diferencia de lo que sucede en el proceso informal discusión moral. Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 167.

1.2. La teoría del diálogo de Barry Friedman.

Para Friedman el control judicial en EE.UU. 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 éste siempre ha reflejado la opinión de la mayoría, por lo menos, con el paso del tiempo. Por uno u otro medio, nos 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 ciudadanía⁵³⁰.

Ahora bien, aun cuando las decisiones de los tribunales deben reflejar las preferencias populares y ser respaldadas por el pueblo, la Constitución no puede significar sólo lo que la mayoría desee. La revisión judicial, dice Friedman, 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 equipararía el constitucionalismo a la política común⁵³¹.

Así, considera que la doctrina sobre el carácter contra-mayoritario del control judicial obvia el día a día del proceso de interpretación, esto es, un proceso dialógico

⁵³⁰ Barry Friedman, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 3-18, 369-385. Para los críticos del constitucionalismo popular, este hecho plantea una tensión en la tesis de Kramer, pues si el pueblo tiene la última palabra por qué no podría decidir que sea el Tribunal Supremo el que la ostente. Larry Alexander y Lawrence B. Solum, "Popular? Constitutionalism?", *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005, pp. 1601 y 1602. Para una consulta general e interesante sobre el control judicial en los Estados Unidos véanse Edouard Lambert, *El gobierno de los jueces*, trad. de Félix de la Fuente, España, Tecnos, 2010 y Lucas A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite 1789-2008*, Harvard University Press, 2011.

⁵³¹ Barry Friedman, "Mediated Popular Constitutionalism", *op. cit.*, pp. 2599 y 2601.

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 gobierno⁵³².

Los tribunales facilitan el diálogo, nos dice el autor, 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 quedado 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. Así, inspiran una discusión más abierta, vibrante y efectiva⁵³³.

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 debate⁵³⁴. Sin embargo, lo importante no es el papel que tiene el Tribunal Supremo en ese proceso, sino cómo el pueblo reacciona ante sus decisiones⁵³⁵. En efecto, la discrepancia entre la visión popular y el poder judicial es lo que hace que el diálogo funcione⁵³⁶.

Partiendo de esta descripción de la práctica norteamericana, el profesor de la Universidad de Nueva York pone en cuestión que los tribunales tengan siempre la última palabra. En algunos supuestos no tienen 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

⁵³² *Ibid.*, pp. 580-582.

⁵³³ *Ibid.*, pp. 668-671.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 654.

⁵³⁵ Barry Friedman, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 369-385

⁵³⁶ Barry Friedman, "Dialogue and judicial review", *op. cit.*, p. 679.

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 acuerdo⁵³⁷. Es más, estima que la finalidad de las interpretaciones judiciales no es deseable porque impiden el dinamismo que requiere el proceso de interpretación y restringe el desarrollo de la Constitución⁵³⁸.

De igual forma, además de negar que en EE.UU. exista supremacía judicial, Barry Friedman sostiene el carácter mayoritario del control judicial. Para nuestro 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 mayoritaria⁵³⁹.

Como hemos visto, 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 decisiones⁵⁴⁰. Y por lo que toca a los resultados, considera que si bien es inevitable que en algunos supuestos el control judicial se desvíe de lo que quiere la mayoría, esto es menos común de los que pensamos, como lo demuestran las encuestas de opinión⁵⁴¹.

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 casos los jueces son

⁵³⁷ *Ibid.*, pp. 644-649.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 652.

⁵³⁹ *Ibid.*, pp. 589 y 590.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, pp. 592 y 601.

⁵⁴¹ *Ibid.*, pp. 606-609.

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 judicatura⁵⁴². Es así que la relación entre opinión pública y revisión judicial se encuentra mediada, en tanto los jueces no son electos directamente 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 representantes⁵⁴³.

El análisis que Friedman hace de las encuestas de opinión ha sido criticado por Solimine y Walker, quienes consideran que su lectura de la práctica norteamericana es parcialmente equivocada. Para ellos, la información que utiliza el profesor de la NYU es equívoca y no dice mucho sobre el apoyo de la gente a las decisiones judiciales. Además, estiman que dichas encuestas simplifican en demasía los fallos, y la mayoría de ellos escapan el escrutinio de la gente. De ahí que, para estos autores, la metáfora del diálogo sea por lo menos incompleta. Primero, porque consideran que es irreal que la gente tenga conocimiento de las decisiones del Tribunal, o cuando lo tienen muchas veces es incorrecto. Segundo, porque no hay reconocimiento expreso de que la opinión pública sea una fuerza influyente en las decisiones del Tribunal, ni hay forma de demostrar de manera sistematizada dicha influencia⁵⁴⁴.

Comparto en alguna medida la crítica que hacen dichos autores. Por un lado, creo que efectivamente el conocimiento de los criterios de los tribunales es una cuestión que en su gran mayoría sólo interesa a los juristas, aunque esto se puede deber al mismo diseño institucional. Por otro lado, aun cuando es cierto que resulta complicado demostrar la influencia de la gente en las resoluciones judiciales, creo que esto es inevitable. Los jueces son parte de la sociedad y están influenciados por el proceso deliberativo que se da fuera de los tribunales. En este sentido,

⁵⁴² *Ibid.*, pp. 609-614.

⁵⁴³ Barry Friedman, "Mediated Popular Constitutionalism, *op. cit.*, nota 106, pp. 2597 y 2611

⁵⁴⁴ Michael E. Solimine y James L. Walker, "The Supreme Court, Judicial Review, and the Public: Leadership versus dialogue", *Constitutional Commentary*, Vol. 11, 1994,-1995, p. 2-5.

coincido con Friedman en que resulta gracioso presentar a los jueces como extraterrestres que vienen de Marte para imponer sus valores marcianos⁵⁴⁵.

Ahora bien, lo que sí me parece más difícil de determinar es que la opinión mayoritaria coincide con la del Tribunal Supremo. Es verdad que en términos generales sí se puede saber si la población aprueba o no el trabajo del Tribunal, pero de ahí a sostener que la opinión popular coincide con la interpretación de la mayoría de las decisiones judiciales hay un largo camino. Esto es así, por las razones que Solimine y Walker apuntan, pero también porque como el mismo Friedman reconoce, es muy difícil identificar “una voluntad mayoritaria”⁵⁴⁶. Detengámonos un momento sobre este punto.

En mi opinión, Friedman incurre en una contradicción cuando utiliza el argumento de la voluntad mayoritaria para justificar el control judicial y rechazar la crítica contra mayoritaria. Así, por un parte sostiene que el control judicial es mayoritario por sus resultados, es decir, que se adecua a lo que quiere la mayoría y, por el otro, afirma que quienes critican esa institución por ser contra mayoritaria asumen equivocadamente que dicha voluntad puede ser identificada⁵⁴⁷. Entonces ¿cómo puede afirmar que el control judicial es mayoritario por sus resultados? Esto es, en mi opinión no puede decirse al mismo tiempo que en algunos supuestos la voluntad mayoritaria sí puede ser identificada⁵⁴⁸ y, por el otro, negar tajantemente esta posibilidad. En otras palabras, como no puede saberse si al declarar la inconstitucionalidad de una ley la Corte está en realidad actuando contra la voluntad

⁵⁴⁵ Aunque no comparto la conclusión que desea extraer de esta premisa, que es que los tribunales no son contra mayoritarios. Barry Friedman, “Dialogue and judicial review”, *op. cit.*, p. 615.

⁵⁴⁶ Barry Friedman, “Dialogue and judicial review”, *op. cit.*, pp. 616, 640 y 641. Para Friedman, la objeción contra mayoritaria trata a la voluntad popular como si fuera un conjunto de preferencias fijas, cuando realmente son cambiantes.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, pp. 583, 616, 631, 638 y 642.

⁵⁴⁸ Para Friedman, uno de esos casos es *Roe*. Según él, las encuestas de opinión demuestran que una mayoría, o por lo menos un pluralidad considerable de la población, soportaba *Roe* desde el momento de la decisión. *Ibid.*, pp. 659 y 660.

de la mayoría del pueblo (como una voluntad distinta a la del Congreso)⁵⁴⁹, tampoco puede saberse si lo está haciendo en sintonía con ella⁵⁵⁰.

Por eso es que considero más adecuada la descripción de la práctica norteamericana que el mismo Friedman hace en otra parte de su trabajo, cuando dice que lo que hay es un debate entre diferentes grupos y los tribunales impulsan la voz de alguno de ellos en determinadas circunstancias, convirtiéndola en el foco de la discusión⁵⁵¹.

Finalmente, hay que hacer notar que si bien su descripción dialógica de la práctica judicial norteamericana puede ser acertada⁵⁵², eso no hace que la discusión sobre quién tiene la última palabra en términos institucionales, es decir, cuál es la interpretación constitucional que prevalece por ser vinculante, deba ser abortada. Y esto es así, porque no se trata sólo de saber si en la práctica es la voluntad popular la que prevalece o no, sino de valorar la legitimidad y conveniencia de que institucionalmente los jueces tengan la última palabra. En términos precisos, hay que distinguir cuándo hablamos de la supremacía judicial de hecho y cuándo de la supremacía judicial de derecho.

2. Teorías normativas del diálogo.

2.1. Teorías elitistas: El diálogo judicial

La idea del diálogo judicial tratándose de derechos fundamentales debe llamar nuestra atención no sólo por lo sugestivo que puede ser esta metáfora para describir o propiciar que los jueces constitucionales ejerzan su función de una

⁵⁴⁹ Barry Friedman, "The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy", *op. cit.*, p. 349.

⁵⁵⁰ Incluso suponiendo que los jueces actúan en sintonía con la voluntad ciudadana, no debe olvidarse que "el apoyo popular del que pueda gozar una determinada institución es independiente a la legitimidad de la que dicha institución pueda gozar de un punto de vista participativo". Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica.*, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁵¹ Barry Friedman, "Dialogue and judicial review", *op. cit.*, p. 643.

⁵⁵² En los trabajos de Friedman es común encontrar la afirmación de que su cometido es meramente descriptivo, sin embargo, creo que también tienen fuertes implicaciones normativas. *Ibid.*, p. 653.

determinada manera⁵⁵³, sino sobre todo por los problemas de legitimidad democrática que conlleva que sea un grupo tecnocrático no electo el que esté definiendo lo que significan nuestros derechos. Este apartado tiene como objetivo explorar algunas de las justificaciones que se han dado al respecto y sugerir alguna vía alternativa para democratizar el diálogo judicial. Este tema -el de la legitimidad- parece no haber preocupado mucho a la doctrina ni a los tribunales latinoamericanos, y en las ocasiones que lo ha hecho se han limitado a resaltar los beneficios que en términos generales nos brinda la deliberación sobre temas constitucionales, sin ahondar en sus eventuales insuficiencias⁵⁵⁴.

Desde mi perspectiva, la idea del diálogo judicial tiene un tinte elitista al enfocarse sólo en la interacción que se da entre los jueces nacionales e internacionales⁵⁵⁵. Por el contrario, el dialogo judicial debe analizarse como una manifestación más del diálogo constitucional que se presenta todos los días en distintas sedes y en el que participan e interactúan una pluralidad de actores. Es decir, concibo a los tribunales como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas⁵⁵⁶. Así, a diferencia de las teorías que se enfocan en el diálogo judicial propongo adoptar una perspectiva más amplia del diálogo constitucional que no pierda de vista el papel que juegan y deben jugar los otros participantes, sea que su interpretación tenga o no efectos jurídicos.

⁵⁵³ En este apartado con jueces constitucionales me referiré tanto a los jueces nacionales como internacionales que interpretan y utilizan como parámetro de control los derechos fundamentales, sea que estén previstos en una constitución nacional o en un tratado internacional.

⁵⁵⁴ Dicha justificación es insuficiente porque sólo se enfoca en el valor epistémico de la deliberación y deja de lado la pregunta sobre quién delibera, así como la importancia de la igual autonomía e igual dignidad de los ciudadanos, es decir, la igualdad formal de influencia política en la toma de decisiones colectivas. J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, op. cit., pp. 78, 79 y 209. Entre los beneficios epistémicos que la deliberación nos brinda tenemos: a) obtener información y b) llevar a cabo una reflexión crítica sobre nuestras opiniones y puntos de vista. Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", op. cit., p. 32.

⁵⁵⁵ Vergottini distingue entre influencia e interacción. La influencia es unidireccional e interacción implica una plausible reciprocidad. Por lo que solo a propósito de la interacción parece sensato recurrir al concepto de diálogo. Giuseppe de Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Civitas, 1ª Reimp. 2011, p. 43

⁵⁵⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 67.

Debo precisar que utilizaré como caso de análisis al sistema interamericano, específicamente, la relación que se produce entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante SCJN) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH). En mi opinión, el contexto americano es muy útil para reflexionar sobre el tema por dos razones. Por un lado, porque los países bajo jurisdicción de la CoIDH son democracias más o menos estables pero con un fuerte problema de desigualdad social, que en algunas ocasiones obligan a depositar fuertes esperanzas en los jueces. Por otro lado, porque con el apoyo de un sector de la doctrina la CoIDH se ha convertido en una corte sumamente activista.

A mayor abundamiento, al analizar el sistema interamericano no debemos olvidar que la CoIDH ejerce y ha ordenado a los jueces nacionales realizar ex officio una especie de control de convencionalidad de la ley⁵⁵⁷ y, en algunos casos, a los propios legisladores nacionales que reformen, anulen o modifiquen una ley⁵⁵⁸. Así, pensar sobre la legitimidad del diálogo judicial también implica hacerlo sobre las decisiones en que se plasma el intercambio de razones, en tanto involucran discursos de justificación de normas en los que resulta determinante saber quién

⁵⁵⁷ El control de convencionalidad es el contraste de la ley con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. CIDH. Caso de Almonacid-Arellano *et. al.* vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 124. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 339. Véase también la resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, párrs. 23 y ss., publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4/10/2011 y la CT 293/2011 resuelta el 3 de septiembre de 2013.

⁵⁵⁸ Manuel Eduardo Góngora Mera, "Diálogos jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune en América Latina?**, UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Constitucional, T. II, México, 2010, p. 404. Cuando no es que las ha declarado "sin efectos" desde un inicio como si se tratara de un tribunal constitucional. Lo que según Cassese es la primera vez que lo hace un tribunal internacional. Cassese, Antonio, "Y-a-t-il un conflict insurmountable entre souveraineté des États et justice pénale international?", en Antonio Cassese y Mireille Delmas-Marty (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, 2002, citado por Christian Binder, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, 2012, pp. 307.

tiene el poder definitivo sobre la decisión⁵⁵⁹. Con este paso -establecimiento del control de convencionalidad- la CoIDH ha superado aquella descripción tradicional de su función como órgano encargado de garantizar el goce del derecho o libertad conculcado, disponer la reparación de las consecuencias y el pago de una justa indemnización⁵⁶⁰. La CoIDH ha pasado a ser una corte supranacional que actúa como un tribunal constitucional que ejerce un control judicial fuerte⁵⁶¹. Este control de convencionalidad se ha justificado en la muy trillada idea de que los derechos son triunfos frente a la mayoría⁵⁶², que como veremos no se compadece con el desacuerdo que existe en nuestras sociedades plurales sobre lo que los derechos implican y, por tanto, sobre si una determinada ley los violenta o no⁵⁶³.

Podría decirse incluso que el control que ejerce la CoIDH es aún más fuerte que el de los tribunales nacionales, pues las posibilidades de respuesta o desafío por parte del legislador nacional son más limitadas, hay una brecha mayor entre quienes deciden y quienes se benefician o perjudican de esas decisiones⁵⁶⁴, el retiro

⁵⁵⁹ Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, T. II, Ashgate, 2011, p. 314.

⁵⁶⁰ Véase el art. 63 CADH y Hernán Salgado Pesantes, "Justicia constitucional transnacional: El modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad", en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Lus Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, p. 479.

⁵⁶¹ Lo que caracteriza al control judicial fuerte es, según Waldron, que los tribunales tienen la autoridad para negarse a aplicar una ley en un caso particular (a pesar de que la ley en sus términos sea claramente aplicable al caso) o para modificar los efectos de esa ley para que su aplicación sea conforme con los derechos individuales (en un modo en que la ley misma no prevé). Además, los tribunales en estos sistemas tienen la autoridad de establecer que una ley o disposición legislativa dada no sea aplicada, lo que gracias al *stare decisis* se convierte en letra muerta. Una forma aún más fuerte de control judicial otorga poder a los tribunales para expulsar una ley del ordenamiento. Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.*, p. 1354.

⁵⁶² Ronald Dworkin, "Rights as Trumps", en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of Rights*, *op. cit.*, pp. 153-167.

⁵⁶³ Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.*, p. 1371. Así, como señala Martí la formulación generalmente abstracta de los derechos hace que necesitemos de algún intérprete constitucional que determine el concreto significado y alcance de cada principio y que resuelve los potenciales conflictos entre los mismos. De ahí que no pueda hablarse de "cartas de triunfo" frente a las decisiones de las mayorías democráticas. J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.*, pp. 287 y 291.

⁵⁶⁴ Siguiendo a Gargarella, esta brecha se traduce en que la ciudadanía no participa en los debates sobre derechos, se desconoce la existencia, la misión, las funciones o la composición de la CoIDH; sus miembros no son electos popularmente y tampoco son removibles por la ciudadanía; no hay forma de desafiar sus decisiones, y las decisiones del tribunal suelen ser objeto de interpretaciones

del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte es sumamente complicado⁵⁶⁵ y tiene costos políticos muy altos⁵⁶⁶, así como el incumplimiento de sus sentencias conlleva la responsabilidad internacional del Estado y una merma en su reputación⁵⁶⁷.

Como se ha dicho en varias ocasiones, este tipo de control tiene el problema de privilegiar el voto de una mayoría de jueces sobre una mayoría de representantes, mientras que los primeros no son electos y no tienen que responder ante la ciudadanía por sus decisiones. De tal manera, se resta sentido a la representación e igualdad política en la toma de decisiones finales sobre los conflictos que presentan los derechos⁵⁶⁸. En efecto, un sistema en el que los tribunales tienen la decisión final sobre la constitucionalidad (léase también convencionalidad) de la ley y la supremacía sobre la interpretación de la Constitución, en tanto sus decisiones sólo pueden ser revertidas a través de una reforma constitucional con un proceso agravado, vulnera la igual autonomía e igual dignidad de los ciudadanos. Esto, en tanto privilegia un procedimiento de toma de decisiones que no reconoce la igualdad efectiva de influencia política, lo que implica

que quedan en manos de órganos que también tienen problemas de legitimidad democrática, como los tribunales constitucionales nacionales. “Justicia Penal Internacional y deliberación democrática: Algunas notas sobre el caso Gelman”, Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, pp. 11 y 12. Disponible en línea: <http://www.scribd.com/doc/102274883/Justicia-Penal-Internacional-y-Deliberacion-Democratica-Gargarella>

⁵⁶⁵ Así, por ejemplo, para Von Bogdandy y Venzke los acuerdos alcanzados a escala internacional se sustraen del alcance de sus autores. Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, 2012, pp. 20 y 22. En este sentido, es muy llamativa la opinión de uno de los ex presidentes de la CoIDH cuando señala que: “la aceptación de su competencia (de la Corte) constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en la Convención”. Salgado Pesantes, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: El modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 481.

⁵⁶⁶ Como dicen Von Bogdandy y Venzke justificar la legitimidad de los tribunales internacionales basados en que siempre se puede salir de un tratado internacional es un argumento tan insatisfactorio como aquél que se utiliza para justificar la autoridad de la autoridad nacional, en el sentido de que siempre se puede emigrar a otro lugar. *Ibid.*, p. 23.

⁵⁶⁷ Eyal Benvenisti y George W. Downs, “Prospects for the Increased Independence of International Tribunals”, en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, 2012, p. 120.

⁵⁶⁸ Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1353.

dominación de una parte de la población sobre otra⁵⁶⁹. En este caso, de un muy reducido grupo de jueces sobre la población en general. De una minoría sobre una mayoría social.

Las características antes dichas, esto es, la supremacía de la CoIDH y el control de convencionalidad, le dan a sus decisiones un impacto similar o superior a las de los jueces nacionales. Con la agravante de que en la esfera internacional no existe y es muy difícil concebir una institución que incluya a todos los afectados en la formación colectiva de la voluntad⁵⁷⁰ -como son los parlamentos nacionales- que sirva como su contrapunto⁵⁷¹. Esta asimetría de los poderes a escala internacional y la ausencia de un sistema político⁵⁷² y de una esfera pública⁵⁷³, convierte a ese derecho transnacional de juristas, que trabajan con conceptos indefinidos y disputados, en un producto ilegítimo⁵⁷⁴, por lo menos bajo las condiciones descritas.

2.1.1 ¿Qué entiende por diálogo la teoría del diálogo judicial? y ¿sobre qué se dialoga?

De una revisión de la doctrina sobre el diálogo judicial es fácil advertir que existen muy diversas formas de describirlo, ya sea que nos refiramos a su forma,

⁵⁶⁹ J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.*, pp. 209, 210, 262, 292, 294.

⁵⁷⁰ Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", *op. cit.*, pp. 319 y 320.

⁵⁷¹ De hecho la disputa entre Estados hace que la posibilidad de respuesta a través de una declaración interpretativa o de la modificación de un tratado sean muy bajas. Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.*, pp. 9 y 24.

⁵⁷² *Ibid.*, pp. 5, 20, 22 y 23. De los mismos autores "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.*, p. 476.

⁵⁷³ Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", *op. cit.*, pp. 316. Sobre la necesidad de una esfera pública en una democracia deliberativa véase Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit.*, pp. 26, 27, 35 y 39.

⁵⁷⁴ Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", *op. cit.*, pp. 307, 319 y 320. En este sentido, Von Bogdandy y Venzke señalan que uno de los aspectos de la gobernanza global es su aislamiento frente al proceso político legislativo y a la crítica de la opinión pública. Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.*, p. 5.

intensidad, estructura o perspectiva⁵⁷⁵. Por ello, es que una de las primeras tareas a las que debe afrontarse es definir qué se entiende por diálogo. Para los efectos de este apartado la distinción que más me interesa resaltar es la que se da entre definiciones que describen una práctica determinada, por ejemplo, la cita recíproca de sentencias por parte de la CoIDH y la SCJN⁵⁷⁶, y aquellas que pretenden establecer un ideal regulativo para el proceso de interpretación en el que participan jueces nacionales e internacionales.

Mis esfuerzos se centrarían en esta última cuestión, sin que por ello las definiciones descriptivas del diálogo dejen de ser útiles para otros efectos. En línea con lo dicho en apartados anteriores, propongo entender al diálogo constitucional como un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra, es decir, como una práctica racional y comunicativa en la que los jueces (pero no sólo ellos) escuchan y a la vez responden. Esta práctica implica considerar atenta y detenidamente los pros y contras de los motivos de una decisión, así como las razones para adoptarla. Es decir, se trata de un intercambio y valoración de razones sobre un curso de acción. En esa tesitura, el diálogo no sólo está enfocado en promover alternativamente la manifestación de ideas o afectos, sino en una deliberación políticamente relevante y efectiva.

Varios son los elementos que se desprenden de esta definición y que más adelante nos servirán para analizar el <diálogo> que existe entre la CoIDH y la SCJN. En primer lugar, según esta propuesta, la mera cita de decisiones extranjeras no puede considerarse como un diálogo, ya que para que este exista deben valorarse y criticarse las razones que sustentan los fallos. Y en segundo lugar, los

⁵⁷⁵ Para estas distinciones véase Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto 2012, pp. 19-21. También puede ser de interés Allan Rosas, "The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue", *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, núm. 2, 2007. Anne-Marie Slaughter, "A typology of transjudicial communication", *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, 1994-1995.

⁵⁷⁶ Vergottini sería escéptico de describir el diálogo en estos términos, pues el recurso a precedentes es distinta a la comparación, además de que para que haya diálogo debe haber interacción. Giuseppe de Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, op. cit., p. 43, 44, 63, 225, 248, 250, 259, 326

participantes del diálogo deben estar en pie de igualdad, de ahí que la referencia al diálogo vertical (utilizado normativamente) genera escepticismo. Esta verticalidad se traduce en que algunas de las partes del diálogo tienen la última palabra interpretativa, pudiendo cerrar la discusión con su sentencia. En mi opinión, la verticalidad u horizontalidad del diálogo es determinante del involucramiento recíproco entre tribunales⁵⁷⁷, pues cuando una de las partes tiene atribuida la última palabra interpretativa, el hecho de que el diálogo se convierta o no en un monólogo es una decisión unilateral; 3) El diálogo está enfocado a la toma de decisiones⁵⁷⁸, y 4) Cualquier proposición es susceptible de crítica, por lo que la única coerción posible es la del mejor argumento⁵⁷⁹.

Otra pregunta tiene que ver con el objeto del diálogo. La mayoría de la doctrina ha enfocado su atención en el diálogo sustantivo, es decir, en el contenido de los derechos. De hecho que sean los derechos fundamentales el objeto del diálogo -y de las decisiones- judicial(es) es lo que hace surgir nuestra preocupación democrática. Sin embargo, el diálogo versa también sobre las competencias de cada órgano involucrado. Así, por ejemplo, la CoIDH ha establecido un diálogo con cada uno de los tribunales nacionales sobre dos ámbitos distintos aunque interrelacionados: a) su competencia interpretativa y b) su competencia para

⁵⁷⁷ Anne-Marie Slaughter, "A typology of transjudicial communication", *op. cit.*, p. 112. Según Clérico la CoIDH no se muestra receptiva a las interpretaciones producidas por los tribunales locales. Hasta ahora, señala la profesora argentina, la CoIDH no ha hecho gala de una interacción interpretativa fluida, aunque considera que algo parece estar cambiando a partir del caso "Gelman c. República del Uruguay" del año 2011. Laura, Clérico, "Tendencias argumentativas jurisprudenciales en materia de igualdad en América Latina y el Caribe: más del principio antidiscriminatorio, la igualdad como no-dominación desde la perspectiva de la redistribución y el reconocimiento", ponencia presentada en el Instituto Max Planck para Derecho Internacional Público y Derecho Público Comparado en el Seminario Justicia Constitucional y diálogo jurisdiccional, Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, celebrado el 24 y 25 de noviembre de 2011.

⁵⁷⁸ De hecho en el diálogo judicial se entabla a través de sentencias.

⁵⁷⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 86, 91, 101, 136, 137, 168, 202 y 224. McCarthy ha propuesto modular la idea de acuerdos racionalmente alcanzados que está detrás de su distinción entre compromisos estratégicos de intereses y consensos alcanzados argumentativamente. Para el autor, los consensos alcanzados racionalmente pueden involucrar elementos de conciliación, compromiso, consentimiento, acomodación, etc. Thomas McCarthy, "Practical Discourse: On the Relation of Morality to Politics", en Craig Calhoun, *Habermas and the Public Sphere*, MIT University Press, 1992, p. 67.

controlar las leyes internas con base en la CADH⁵⁸⁰. La importancia de la respuesta que se dé a estas dos cuestiones radica en las implicaciones que tiene para la forma en que se desarrolla el diálogo judicial.

2.1.2. Sobre la legitimidad del <diálogo> entre la CoIDH y la SCJN ¿un monólogo anunciado?

Si seguimos con el caso de la relación entre la CoIDH y la SCJN tenemos que la CADH y la Constitución Mexicana han establecido algún tipo de comunicación <<ex lege>>, pues han sido los propios ordenamientos los que obligan a tener en cuenta la jurisprudencia ajena y a reconocerse como interlocutoras⁵⁸¹. Por un lado, la Suprema Corte tiene la facultad de interpretar la Constitución y la CADH en el curso de los asuntos que le corresponde resolver, siendo que los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas⁵⁸². Por el otro lado, la CADH otorga a la CoIDH la facultad para interpretar la Convención⁵⁸³, que en tanto prevé derechos en términos similares o iguales a la Constitución provoca una superposición interpretativa⁵⁸⁴. Así, la Constitución y la CADH no establecen una jerarquía en materia interpretativa entre ambas Cortes, más bien reconocen que ambas tienen algo que decir sobre los derechos fundamentales.

⁵⁸⁰ Esta distinción está inspirada en Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit.*, pp. 26 y 27.

⁵⁸¹ *Ibid.*, pp. 19 y 32. Estas conexiones pueden implicar para los tribunales involucrados considerar a sus constituciones como parte de un cuerpo más amplio de documentos internacionales, lo que a su vez puede repercutir en el deseo o no de mirar hacia o entablar un diálogo con la jurisprudencia de otros tribunales. Tara Leigh Grove, "The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation", *Harvard Law Review*, Vol. 114, 2000-2001, p. 2063 y 2072.

⁵⁸² Arts. 1º, 103, f. I, 105, f. II, incisos b), c) y g) y 133.

⁵⁸³ Arts. 62 y 64.

⁵⁸⁴ Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit.*, pp., p. 26. Bustos se refiere a la superposición entre las regulaciones de distintos ordenamientos sobre un mismo objeto.

En mi opinión hay dos resoluciones fundamentales para analizar la relación entre la Suprema Corte mexicana y la Corte Interamericana a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011. La primera es la resolución dictada en el expediente varios 912/2010 en la que la SCJN aceptó la vinculatoriedad para todos los jueces nacionales y para sí misma -cuando el Estado mexicano ha sido parte en un litigio- de la doctrina contenida en los fallos de la CoIDH⁵⁸⁵. La segunda resolución es la dictada en la contradicción de tesis 293/2011 en la que la Suprema Corte amplió la doctrina vinculante para los jueces nacionales al establecer que la fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquéllas dictadas en casos en los que el Estado mexicano no haya sido parte.

Ahora bien, en esta CT 293/2011 la Suprema Corte atemperó la fuerza de la vinculación de la doctrina de la CoIDH de cuatro formas. En primer lugar dijo que “la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el resto de las cortes supremas de los Estados de las Américas que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben mantener un diálogo jurisprudencial constante con el tribunal internacional, puesto que ambos tienen la misma finalidad: la protección de los derechos humanos. Es en este sentido que las relaciones entre esta Suprema Corte y la Corte Interamericana deben entenderse en términos de cooperación y colaboración.”⁵⁸⁶

En segundo término señaló que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun entendida como vinculante para los operadores jurídicos mexicanos, no pretende ni puede sustituir a la jurisprudencia nacional ni debe ser aplicada en forma acrítica. Por el contrario, la aplicación de la jurisprudencia del tribunal interamericano debe hacerse en clave de colaboración y

⁵⁸⁵ Véase Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 339. Y la Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, párrs. 15 y ss., publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4/10/2011. En esta Resolución la Suprema Corte distingue entre la doctrina sostenida en los litigios en que el Estado Mexicano es parte, en cuyo caso es obligatoria para todos los poderes, mientras que en los casos en que no ha sido parte sólo tendrá el carácter de criterio orientador.

⁵⁸⁶ Fojas 57 y 58.

no de contradicción con la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente impliquen una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho en específico deberán ser resueltos, en términos de lo apuntado en el apartado anterior, con base en el principio pro persona⁵⁸⁷, es decir, la jurisprudencia interamericana es vinculante para los jueces nacionales cuando se justifique que resulta más favorable.

En tercer lugar, tratándose de la doctrina derivada de los casos en que México no ha sido parte, debe verificarse que el marco normativo analizado, el contexto fáctico y las particularidades del caso sean análogas y, por tanto, idóneas para la aplicación del precedente interamericano.

Finalmente, y este es el punto que más ha llamado la atención de la CT 293/2011, la Suprema Corte se guardó un carta de triunfo, pues “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.”⁵⁸⁸

En mi opinión, el giro que dio la Corte en la CT 293/2011 puede analizarse positivamente y negativamente desde la teoría del diálogo. Por un lado, son correctas las ideas del diálogo y colaboración entre tribunales, la aplicación basada en razones de la jurisprudencia más favorable, y la necesidad de atender al marco normativo y al contexto analizado tratándose de los casos en que México no ha sido parte. Sin embargo, es lamentable que la Suprema Corte se haya quedado con una carta de triunfo consistente en que cuando haya una restricción expresa al ejercicio de derechos humanos se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, pues es una manera de prevalecer en el diálogo sin necesidad de dar razones por las que se tiene una mejor interpretación.

En efecto, por lo que toca a los cambios positivos de la CT 293/2011 cabe recordar que si bien la CADH prevé la facultad de la CoIDH para interpretarla, ésta no le otorga una posición privilegiada ni determina la fuerza vinculante de su

⁵⁸⁷ Foja 58.

⁵⁸⁸ Foja 37.

jurisprudencia. Así, la sujeción de los tribunales nacionales a la interpretación de la CoIDH no viene impuesta por la CADH, sino que atiende a la idea de que se trata de una jurisdicción supranacional de mayor imparcialidad y calidad⁵⁸⁹, lo que convierte al otro participante del diálogo en un sujeto dispensable⁵⁹⁰.

De ahí que no basta con hacer referencia al texto de la CADH para sustentar dicha posición, pues en realidad se trata de una decisión que atiende más a la concepción que se tenga de la CoIDH y del papel que ésta debe jugar en el sistema interamericano⁵⁹¹. Pues incluso aquellos que reconocen que ninguna norma del Pacto de San José de Costa Rica le da a la doctrina de la CoIDH carácter vinculante -salvo para el caso concreto- se esmeran en encontrar la respuesta en los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A cuyo tenor, según estos autores, se impone la vinculatoriedad moral y jurídica de la doctrina, en tanto el incumplimiento de los tratados y directivas de la CoIDH genera la responsabilidad internacional del Estado (art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante CVDT)⁵⁹².

⁵⁸⁹ Gabriela Rodríguez Huerta, "Derechos humanos: Jurisprudencia internacional y jueces internos", en Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (Coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Secretaría de Relaciones Exteriores, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pp. 213 y 214. El problema de esta postura es que no hace explícito qué entiende o cómo es que se logra esa mayor imparcialidad y calidad de las decisiones, más allá de que desconoce el hecho de que algunas cortes internacionales son agentes de Estados poderosos. Bevenisti, Eyal y Downs, George W., "Prospects for the Increased Independence of International Tribunals", *op. cit.*, p. 101. Con ello no quiero decir que ese sea el caso de la CoIDH, sino que la conclusión a la que llega Rodríguez no puede alcanzarse tan rápidamente.

⁵⁹⁰ Como señala Bustos, en el diálogo judicial las razones esgrimidas por el resto de los tribunales involucrados en él son determinantes para la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables. Por tanto, requiere como paso previo que se reconozca al otro (u otros) sujeto dialogante como digno de participar en el mismo. De esta manera, ningún tribunal puede tener el monopolio y compite a menudo con otras instituciones en su interpretación. Rafael Bustos Gisbert, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", *op. cit.*, p. 31.

⁵⁹¹ Como dice Prieto Sanchís, no debemos perder de vista que en el debate sobre la última palabra lo que se discute son problemas ideológicos y de poder, sobre el presupuesto de que el común sometimiento a la Constitución que se predica, no promueve necesariamente una única respuesta, ni jurídica ni moral. Esto, porque junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

⁵⁹² Juan Carlos Hitters, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 147, 148, 154 y 155.

El problema con esta postura es que utiliza como fundamento el art. 27 CVDT que se refiere a la imposibilidad de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados, en cuyo caso habrá responsabilidad del Estado, pero que no dice nada sobre la fuerza vinculante de la doctrina. Es decir, para que haya incumplimiento de una obligación lo primero que tenemos que definir es qué implica esa obligación. Así, lo que nos estamos preguntando es si existe la obligación o no de seguir la doctrina de la CoIDH más allá del caso concreto y quién está obligado a hacerlo. Sólo en caso de responderse afirmativamente a esta pregunta, es que no podría alegarse el derecho interno para no seguir la doctrina de la CoIDH (conforme al art. 27 CVDT). De ahí que para establecer si el seguimiento de la doctrina de la CoIDH es una de las obligaciones asumidas por los Estados en la CADH no basta con citar el art. 27 CVDT, sino que se necesita de otra disposición. Lo que en mi opinión tampoco se contesta con los arts. 1.1 y 2 de la CADH⁵⁹³.

Veamos ahora lo que dispone el art. 62.3 de la CADH. Este artículo prevé que la CoIDH tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia. Como se puede apreciar, del texto de dicha disposición tampoco se desprende que la CoIDH tenga la última palabra interpretativa⁵⁹⁴, pues perfectamente podría entenderse que su facultad de interpretar la CADH no le permite cerrar el debate a través de sus sentencias. De ahí que, de nueva cuenta, la lectura que adoptemos depende más del papel que le queramos otorgar a la CoIDH en el entramado del sistema interamericano.

Ahora bien, que la CoIDH tenga la última palabra tiene importantes implicaciones. En primer lugar agrava la objeción democrática del control judicial de la ley, en la medida en que no existe contrapeso legislativo a nivel internacional y que en el nombramiento de los jueces que la integran, no participa el poder

⁵⁹³ Como lo señala Hitters, sin desarrollar argumento alguno. *Idem*.

⁵⁹⁴ En esta apartado con "última palabra" me estoy refiriendo a la última palabra interpretativa.

legislativo nacional, lo que priva a dichos jueces de la muy discutida legitimidad indirecta que tienen los jueces nacionales⁵⁹⁵. Con ello no quiero decir que si estos últimos tuvieran la última palabra la objeción democrática desaparecería, sino que en términos comparativos, por el contexto en el que se desenvuelven los jueces internacionales, la objeción es mucho más intensa cuando son éstos los que ostentan la última palabra.

En segundo lugar, la primacía de la CoIDH rompe con la posición de igualdad que requiere un diálogo genuino, en el que la continuidad de la discusión no puede quedar al arbitrio de una de las partes. De hecho, no era difícil esperar que conforme al criterio del expediente varios 912/2010 el diálogo se convirtiera en un monólogo en el que la CoIDH hablara y la SCJN escuchara, pues para que un diálogo pueda desarrollarse ninguno de los participantes debe tener una autoridad completa sobre el otro y deben tener la misma oportunidad de participar⁵⁹⁶. Lo primero significa que cada tribunal debe tener la capacidad de ejercer presión sobre el sistema del otro tribunal, pero sin que pueda imponer su voluntad. Esto es, hay un grado de autonomía en la interpretación de los derechos. Lo segundo se traduce en que todos los participantes deben poder presentar una interpretación y contradecir (desafiar) la interpretación de los otros⁵⁹⁷. Como hemos visto, ninguno de estos requisitos se cumple cuando es la CoIDH la que tiene la última palabra.

Para algunos, la última palabra de la CoIDH podría estar justificada con el fin de asegurar la eficacia de la CADH y del emergente proceso de integración. Sin embargo, lo cierto es que también podría darse el resultado contrario, esto es, desincentivar a los tribunales nacionales a cooperar e involucrarse en el diálogo,

⁵⁹⁵ Como nos explica Gargarella, la objeción a la legitimidad indirecta no dice que el Poder Judicial esté en contradicción con, o sea enemigo de la democracia, sino que dado su menor grado de legitimidad democrática, debe mantenerse alejado de algunas tareas que reservamos para los órganos que cuentan con mayor legitimidad democrática. Roberto Gargarella, "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución", *op. cit.*, p.154. En el mismo sentido Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *op. cit.*, pp. 1391 y 1394. Sobre los distintos métodos de elección de los jueces internacionales véase Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.*, p. 496.

⁵⁹⁶ Aida Torres Pérez, "Conflict of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication", *op. cit.*, p. 118.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, pp. 124 y 126.

generando resistencias y reafirmación nacional⁵⁹⁸. Por eso es que, en mi opinión, lo que en el fondo reflejan estas posturas es una valoración distinta del desacuerdo; mientras que la primera lo ve como un problema y busca una interpretación totalmente coincidente, la segunda lo considera una fuerza creativa y le basta con que no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta⁵⁹⁹.

De esta forma, la posición jerárquica de la ColDH que se establecía en el expediente varios 912/2012 hacía caer por los suelos a las teorías que intentan legitimar al diálogo judicial basadas en la posibilidad de que todos los que están sujetos a una decisión colectiva puedan participar en una deliberación auténtica a través de la cual se tome esa decisión⁶⁰⁰. En efecto, partiendo de una aproximación constructivista de los derechos, estas teorías consideran que para su interpretación los tribunales supranacionales deben involucrarse en un diálogo horizontal con los tribunales nacionales intentando arribar a una interpretación en la que todos puedan coincidir, aunque de momento no suceda así⁶⁰¹. De esta manera, se demuestra la igual consideración que se tiene respecto a la identidad constitucional de cada uno de los miembros de la comunidad⁶⁰².

Dicho diálogo, que se desarrolla en el tiempo y cuyo resultado interpretativo no debe considerarse como fijo, puede arrojar los siguientes beneficios: a) la obtención de resultados más racionales para la comunidad en su conjunto, en tanto promueve el conocimiento y el entendimiento de los intereses y valores en conflicto, integrando diferentes voces y perspectivas; b) la promoción de la participación de los miembros, lo que permite considerar a la interpretación como un resultado compartido; c) ayudar a la construcción de una identidad común y facilitación de la interacción en un contexto de pluralidad; y d) considerar el tomar el conflicto como

⁵⁹⁸ *Ibid.*, pp. 116 ,117 y 125.

⁵⁹⁹ En términos semejantes habla del pluralismo Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *op. cit.*, pp. 22 y 39.

⁶⁰⁰ Aida Torres Pérez, “Conflict of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication”, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁰¹ *Ibid.*, pp. 109 y 110. Como veremos más adelante, el problema de estas teorías es que sólo se enfocan y les es suficiente el diálogo entre tribunales, cuando el diálogo para ser legítimo requiere de la participación del pueblo y de sus representantes.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 111.

una oportunidad para alcanzar interpretaciones a nivel supranacional que puedan acomodar de mejor manera los valores y sensibilidades de todas las partes⁶⁰³.

Desde este punto de mira, el problema de la relación jerárquica es que no se toma en serio la pluralidad de voces, desincentiva la participación de los demás implicados y puede generar que la CoIDH desatienda las identidades de cada uno de los Estados miembros. Todo ello repercute en la calidad del proceso deliberativo, en tanto la pluralidad de voces incentiva el debate y la crítica de “verdades” hegemónicas⁶⁰⁴. Así, con el predominio de una de las dos jurisdicciones se desconoce el pluralismo y se vuelve a un monismo clásico⁶⁰⁵, que hace fútil el diálogo judicial⁶⁰⁶; pues una cosa es que la CADH y la Constitución prevean el reconocimiento de la CoIDH como un interlocutor cuya doctrina será atendida según la auctoritas reconocida por los tribunales nacionales y otra es que ésta deba obedecerse como un argumento de autoridad⁶⁰⁷.

Ahora bien, cuando la SCJN estableció en la CT 293/2011 que tratándose de una restricción a un derecho fundamental previsto en la Constitución debería

⁶⁰³ *Ibid.*, pp. 112-117. No debe perderse de vista que las consideraciones de Torres Pérez se hacen con vista en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, considero que sus reflexiones también son de utilidad para el sistema interamericano en el que se propugna por una integración a través del derecho. En un sentido similar a Torres Pérez véase Anne-Marie Slaughter, “A typology of transjudicial communication”, *op. cit.*, pp. 133-135. Esta última autora agrega que el diálogo judicial sirve para difundir y elevar la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, este argumento no toma en cuenta el desacuerdo que tenemos sobre el contenido concreto de los derechos y no nos dice a qué se refiere con “elevar” la protección, pues eso depende de quién haga dicha valoración. Pero además, da por sentado –sin aportar mayor prueba– que los jueces hacen un mejor trabajo al interpretar los derechos Kramer, Larry, Undercover Anti-Populism”, *op. cit.*, p. 1352 y asume que los tribunales están libres de los grupos de presión, de ideología y de prejuicios. Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.*, p. 115.

⁶⁰⁴ Erik Oddvar Eriksen, “An Emerging European Public Sphere”, *op. cit.*, p. 358.

⁶⁰⁵ Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *op. cit.*, p. 25. Para Bustos el predominio de alguna jurisdicción hace que no estemos ante una situación de pluralismo. Sin embargo, en mi opinión, más bien se desconoce sin que por ello deje de existir.

⁶⁰⁶ Así, me separo de la idea de MacCormick en el sentido de que en un contexto de pluralismo la máxima autoridad dentro de cada sistema debe tener el poder de decir la última palabra interpretativa, pues en mi opinión, el pluralismo se congenia mejor con un diálogo fluido en el que nadie tiene la última palabra, en el que los interlocutores deben prestar atención y tener consideración respecto a lo que dicen los otros. Pues sólo así, es que se logra que la pluralidad no se convierta por la fuerza en unidad. Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, p. 118.

⁶⁰⁷ Bustos Gisbert distingue entre el reconocimiento del interlocutor, por un lado, y la intensidad de ese reconocimiento que depende de la *auctoritas*, por el otro. Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *op. cit.*, p. 32.

estarse a lo dispuesto por la misma, conservó un arma muy poderosa para prevalecer sobre la interpretación de la CoIDH sin necesidad de dar razones y sin posibilidad de una objeción recíproca, lo que resulta muy criticable.

En cualquier caso, suponiendo que la CoIDH y la SCJN estuvieran en una posición horizontal y hubiera un diálogo fluido en pie de igualdad, ¿eso legitima al diálogo judicial? No, pues este argumento no hace frente a la necesidad democrática de que las decisiones sean tomadas en un proceso deliberativo que incluya a todos los afectados⁶⁰⁸. En este sentido, el error más grave que cometen las teorías del diálogo judicial y su pretensión de legitimidad es concentrarse en el supuesto valor epistémico de la deliberación judicial, olvidando la importancia que tiene la igual autonomía política e igual dignidad⁶⁰⁹. Esto es así, pues no integran en posición de igualdad al proceso de interpretación a los otros actores constitucionales, en particular, al pueblo y a sus representantes.

2.1.3. El control de convencionalidad ejercido por la CoIDH. Fuente y contenido de la decisión.

Como ya he apuntado anteriormente, reflexionar sobre la legitimidad del diálogo judicial implica también hacerlo sobre el alcance de las sentencias en las cuales se plasma. De ahí que haya que plantearse cuál es la legitimidad

⁶⁰⁸ Este punto lo hace Erik Oddvar en relación con la gobernanza europea, criticando las posturas a las que les basta la deliberación. Erik Oddvar Eriksen, "An Emerging European Public Sphere", *op. cit.*, pp. 296-298.

⁶⁰⁹ El valor epistémico se refiere a que a través de la deliberación hay mayores probabilidades de obtener o hace presumir que los resultados son correctos (Martí) o racionales (Habermas); mientras que la igual autonomía y dignidad se traduce en la igualdad formal de influencia política. J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.*, pp. 193-201, 206-210. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 214.

Aunque también el valor epistémico del diálogo judicial puede ponerse en duda, pues el aumento de la información disponible -una de las condiciones necesarias para que una decisión tenga valor epistémico- depende de la participación de los potencialmente afectados por la decisión (en este caso, la interpretación constitucional). Asimismo, resulta casi imposible establecer mecanismos fiables de selección de las personas que cuenta con una mayor competencia epistémica. Más allá, de que no tenemos forma ni siquiera aproximada de seleccionar a personas que sean suficientemente honestas como para asegurar que no se aprovecharán de su mayor capacidad de influencia política en su propio beneficio. J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.* pp. 194, 196 y 263.

democrática del control de convencionalidad ejercido por la CoIDH y sus alcances, que es el arma más fuerte que tiene la CoIDH para “hablar” con los jueces y legisladores nacionales⁶¹⁰. Además, porque ha sido a través de las decisiones relacionadas con el control de convencionalidad que la CoIDH ha reclamado para sí la última palabra interpretativa sobre los derechos fundamentales previstos en la CADH y, por superposición, de los derechos previstos en las constituciones nacionales. Finalmente, porque si dicha superioridad alcanza a los legisladores nacionales, es decir, si también se encuentran vinculados a la doctrina establecida en la sentencias de la CoIDH y, por tanto, no pueden responder a las sentencias en las que declara la inconvencionalidad de una ley, el control de convencionalidad de la CoIDH se vuelve ilegítimo.

Al pensar en la legitimidad del control de convencionalidad hay que empezar por distinguir entre su fuente y contenido, pues como dice Bayón no debemos confundir la naturaleza del contenido de una decisión con la de su fuente: que un diseño institucional que limita el autogobierno haya sido adoptado a través de un acto democrático no cambia el carácter de aquél⁶¹¹. En este sentido, la primera pregunta que debemos plantearnos es la de la legitimidad de la fuente del control de convencionalidad, es decir, quién otorgó a la CoIDH, y conforme a qué método, la facultad para declarar la contradicción entre los derechos humanos previstos en la CADH y una ley nacional, teniendo como consecuencia su eventual inaplicación por parte de los jueces nacionales⁶¹². Como veremos en seguida, esta primera pregunta suele dirigirse al fundamento legal de esa decisión, por ejemplo, señalando que es la Convención la que le otorga esa facultad. Pero es que cuando decimos que la CADH es su fundamento, implícitamente estamos afirmando que quien aprobó el tratado a través de un determinado método le dotó de legitimidad a la

⁶¹⁰ Más allá de que como veremos se trata de una expansión competencial con dudosa base legal. Christian Binder, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 297, 298 y 302.

⁶¹¹ Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 336 y 337. He utilizado los términos que Bayón emplea porque me parece que son muy ilustrativos, sin embargo, no hay que olvidar que esta distinción está basada en Waldron quien distingue entre el método democrático de una decisión y su carácter democrático. *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, pp. 305 y 306.

⁶¹² Cuando no es que la propia CoIDH la declara “sin efectos” como si se tratara de una invalidez.

decisión. La segunda pregunta, por su parte, está enfocada a valorar la naturaleza (entiéndase democrática o no) del contenido de esa decisión, es decir, en los efectos de ese control de convencionalidad llevado a cabo por la CoIDH. En efecto, que la consecuencia del control sea la inaplicación de una ley nacional hace mucho más complicado justificarlo desde una perspectiva democrática⁶¹³.

Empecemos por la fuente de la decisión. El argumento más común es que si la CoIDH ha establecido y algunos tribunales nacionales han aceptado el control de convencionalidad junto con la vinculatoriedad de su interpretación, es porque el propio Estado en ejercicio de su soberanía firmó la CADH y aceptó la competencia contenciosa de la CoIDH⁶¹⁴, por lo que en caso de no estar de acuerdo deben denunciar el Pacto de San José de Costa Rica. Es decir, la decisión no ha sido de los tribunales sino de los propios Estados que firmaron la Convención, que la CoIDH y los tribunales sólo ejecutan⁶¹⁵. En este sentido, la CoIDH considera que la fuente de su facultad está en el efecto útil de la Convención y al art. 27 CVDT.

El argumento del efecto útil, es decir, que “las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que

⁶¹³ En el ámbito interno hay distintas experiencias que nos pueden ayudar a pensar sobre un control judicial que no sufra de la objeción democrática que a su vez nos sirva como instancia de enfriamiento. Así, por ejemplo, en determinados casos y por un tiempo determinado en Canadá las declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Supremo pueden revertirse por el parlamento; o en Nueva Zelanda donde el Tribunal sólo puede interpretar las leyes de conformidad con la Carta de derechos sin declarar su nulidad; o en Inglaterra donde los tribunales pueden hacer interpretaciones conformes de las leyes nacionales con la Convenio Europeo de Derechos Humanos o a lo sumo declarar su incompatibilidad -sin nulidad. Stephen Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *op. cit.*, pp. 722, 728, 729 y 733. De estos tres casos el de Canadá es el que más dudas ha generado a la doctrina al no ejercerse en la práctica. *Ibid.*, pp. 724 a 727. En este mismo sentido Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *op. cit.*, pp. 1356.

⁶¹⁴ En este sentido, Gabriela Rodríguez señala que los Estados han adquirido soberanamente obligaciones en materia de derechos humanos, las cuales son interpretadas por órganos internacionales que han sido facultados por los tratados como legítimos intérpretes de dicho *corpus* normativo internacional. Los Estados son quienes confiaron a dichos órganos la vigilancia e interpretación de las obligaciones adquiridas por ellos de manera soberana; son ellos quienes crearon los sistemas de protección, y son ellos los responsables de la vigencia y protección de los derechos contemplados y protegidos por dichos sistemas. Rodríguez Huerta, Gabriela, “Derechos humanos: Jurisprudencia internacional y jueces internos”, *op. cit.*, p. 215.

⁶¹⁵ Néstor Pedro Sagüés, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, *op. cit.*, pp. 452, 457 y 458.

desde un principio carecen de efectos jurídicos⁶¹⁶ es parecido a aquél que en su día haría el juez Marshall en el caso *Marbury v. Madison*, en el sentido de que si la constitución es norma suprema cualquier norma inferior que se le opusiera debía ser declarada inválida, pues de lo contrario perdería sentido. Lo cierto es, como dice Prieto Sanchís, que el establecimiento del control judicial de la ley no puede verse como una necesidad lógica e inexorable de la mera existencia de una constitución⁶¹⁷, como tampoco la necesidad de implementación de la CADH implica necesariamente que debe hacerse a través de la inaplicación judicial de las normas nacionales. Es más, como analizaremos en seguida, la CADH estableció otros medios para tal efecto.

¿Pero qué hay del art. 27 CVDT? En mi opinión, tampoco es fundamento suficiente, pues como ya he dicho, este artículo sólo prohíbe alegar derecho interno para incumplir con las obligaciones previstas en el derecho internacional, pero nada dice sobre las consecuencias respecto a la validez de normas internas cuando contravengan una obligación internacional⁶¹⁸. Así, de nueva cuenta, el fundamento del control de convencionalidad lo tendríamos que encontrar en otra fuente. Sin embargo, dicha consecuencia tampoco parece desprenderse de la CADH⁶¹⁹. Por un lado, porque el art. 63, inciso 1, sólo establece que la CoIDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Por otro lado, porque el art. 64, inciso 2 sólo se refiere a la facultad de la CoIDH para dar, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos

⁶¹⁶ CIDH. Caso de *Almonacid-Arellano et. al. vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 124. *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 339.

⁶¹⁷ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 155.

⁶¹⁸ Christian Binder, "The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights", *op. cit.*, pp. 311.

⁶¹⁹ *Ibid.*, pp. 297, 298, 302, 311, 312 y 313.

en los Estados americanos. Es decir, la propia CADH quiso limitar el alcance de las facultades de la CoIDH frente a los legisladores nacionales, muy lejos de declarar la invalidez de una ley y/o ordenar su inaplicación. Dicha interpretación se ve corroborada por el art. 2 CADH, pues como bien ha señalado Binder dicha disposición requiere la acción doméstica –y no la internacional- para ajustar su legislación a la Convención⁶²⁰.

Recapitulando. El control de convencionalidad no tiene como fuente a la CVDT ni a la CADH sino a los propios jueces de la CoIDH. Así, resulta imposible hablar de una fuente democrática del control de convencionalidad. Ahora bien, aun suponiendo que la fuente de dicha facultad fuera la CADH eso no bastaría para legitimar dicho control, pues para ello es necesario preguntarnos sobre la naturaleza (democrática o no) del contenido del control de convencionalidad, o más específicamente, sobre la inaplicación de las leyes nacionales.

Supongamos por un momento que la inaplicación de las leyes nacionales fuera una de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones asumidas al firmar la CADH. Si esto fuera así, la pregunta subsecuente que tendríamos que plantearnos es ¿cuándo se incumplen las obligaciones impuestas por los derechos humanos en la CADH?, por ejemplo, ¿Exactamente a qué nos obliga el derecho que tienen los individuos a que el Estado respete su integridad física, psíquica y moral (art. 5.1 CADH)? ¿Este deber conlleva la responsabilidad del Estado en caso de que no garantice la seguridad de la población? ¿Esa responsabilidad también se generaría en caso de que el Estado haya actuado lícitamente y conforme a sus posibilidades? ¿Quiénes deberían ser consideradas como víctimas de una situación general de inseguridad? ¿Qué tipo de reparación debería haber? ¿En qué casos y bajo qué condiciones?, etc⁶²¹. Con estas preguntas lo que quiero dejar en claro es que a fin de cuentas, con el control de convencionalidad no asumimos la obligación de cumplir con los derechos básicos (previstos en la CADH), sino con lo que

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 311.

⁶²¹ Con este argumento no quiero decir que la CoIDH no pueda jugar un papel importante en la consolidación de una democracia basada en la participación y deliberación, sino que ese papel no consiste como suele argüirse -sin mayor calificación- en la “protección de derechos fundamentales” cuyo contenido es permanentemente disputado.

entienda la mayoría de los jueces supranacionales que constituye el contenido de esos derechos⁶²².

Sólo con esta idea en mente es que podremos analizar en sus justos términos las implicaciones democráticas que tiene una declaración de inconvencionalidad en el sistema interamericano. En efecto, de acuerdo a como ha sido establecido el control de convencionalidad, esto es, un control judicial fuerte que obliga a los jueces nacionales a inaplicar una ley cuando sea contraria a la interpretación de la CoIDH o a su propia interpretación –de los jueces nacionales- de la CADH, sin posibilidad de que el legislador nacional pueda objetar esa decisión⁶²³, se puede decir que la objeción democrática se presenta con toda su fuerza. Esto es así pues: a) el proceso judicial no trata igualmente la perspectiva de cada individuo, en tanto no contamos como uno y sólo uno, sino que se impone la visión de los miembros del tribunal por su status⁶²⁴; b) al contrario de lo que sucede con los políticos elegidos, los jueces no tienen los incentivos suficientes para atender las opiniones de los ciudadanos, ni se desenvuelven en un procedimiento equivalente al legislativo en el que no hay diferencia de status⁶²⁵; c) no existe una fuente objetiva de sabiduría moral y política y, por tanto, la probabilidad de un desacuerdo razonable sobre el contenido de la constitución reduce seriamente las posibilidades de que algún tipo de uso público de la razón produzca convergencias hacia la solución correcta⁶²⁶; y d) las ideas judiciales de la moralidad son tan diversas y falibles como las de los legisladores⁶²⁷.

En efecto, ante el hecho del pluralismo y el desacuerdo y la necesidad de tomar una decisión sobre el contenido de nuestros derechos, que sean los jueces

⁶²² Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, *op. cit.*, p. 215.

⁶²³ La CoIDH ha señalado que los legisladores se encuentran obligados a seguir su jurisprudencia, por lo que en principio no habría espacio para una respuesta legislativa ordinaria. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 340.

⁶²⁴ Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.*, pp. 178, 179 y 182.

⁶²⁵ *Ibid.*, pp. 180 y 181.

⁶²⁶ *Ibid.*, pp. 182 y 195.

⁶²⁷ *Ibid.*, pp. 200 y 201.

los que tengan la decisión final sobre su interpretación parece un insulto⁶²⁸, pues no es verdad que se trate de una oposición entre quienes quieren proteger los derechos (léase los que están a favor del control judicial de la ley) y los que no. Sino de quién debe decidir qué interpretación debe prevalecer -a la luz de los valores de igualdad y autonomía- cuando se enfrentan dos visiones razonables sobre los derechos⁶²⁹.

Para terminar este apartado quiero referirme a otra pregunta que se nos plantea respecto a los efectos del control de convencionalidad, a saber: ¿quién debe determinar el alcance de dicho control en el orden jurídico interno?, pues a través de esta estrategia se ha querido legitimar el control de convencionalidad. Un posible punto de partida es que la decisión sobre el rango y los efectos de la norma internacional dentro del territorio del Estado, en este caso las declaraciones de invalidez o de inconvencionalidad y la obligación de seguir la interpretación de la CoIDH, corresponde al orden jurídico interno⁶³⁰. Así, por ejemplo, para Von Bogdandy es la constitución de cada país, por su mayor legitimidad, la que debe determinar el alcance del efecto directo de las normas internacionales (incluyendo la jurisprudencia)⁶³¹. De este modo, por ejemplo, si las constituciones de Venezuela, Ecuador, Bolivia o Argentina otorgan rango constitucional a los tratados de derechos humanos, el control de convencionalidad y el efecto directo de la jurisprudencia es legítimo⁶³².

Comparto con Von Bogdandy la idea de que sea el derecho interno el que determine el alcance de las declaraciones de invalidez o inconvencionalidad de la CoIDH, pues considero que es la única forma de mantener el vínculo entre las

⁶²⁸ Como afirma Waldron, en una sociedad marcada por la existencia de desacuerdos profundos, y a la vez fundada sobre el principio de igualdad (entendido como igual status moral e igual capacidad de cada uno) la idea de que la reflexión sobre las cuestiones más importantes que dividen a la sociedad deba ser trasladada a los tribunales (cuyos miembros también está divididos por desacuerdos profundos y que también deciden a través de la regla mayoritaria) “parece un insulto”. Jeremy Waldron, *Derecho y desacuerdos*, *op. cit.*, p. 23.

⁶²⁹ Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1366.

⁶³⁰ Armin Von Bogdandy, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, *op. cit.*, pp. 562, 568. De nueva cuenta, no perdamos de vista que este argumento está relacionado con la fuente.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 568.

⁶³² *Ibid.*, p. 569. Sino interpreto mal al profesor Von Bogdandy su posición sobre el efecto directo de los tratados en el sistema interamericano incluye los pronunciamientos de la CoIDH. *Ibid.*, p. 567.

competencias de la CoIDH y el proceso político democrático, que no existe a nivel internacional⁶³³. Sin embargo, no coincide en que sea necesariamente la constitución (legislador reforzado) y no la ley ordinaria (legislador ordinario) la que establezca dicho alcance, pues presupone de modo arbitrario que los momentos en que se aprueban o reforman las constituciones son siempre de mayor calidad (en términos de deliberación y participación y, por ende, más legítimos) que los de legislación ordinaria⁶³⁴. En efecto, si reconocemos que los <momentos constituyentes> no son necesariamente un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general⁶³⁵ y que la adopción o reforma de una constitución puede darse a través de procesos poco deliberativos y participativos, el argumento de que una decisión adoptada por una mayoría reforzada es más legítima presupone lo que habría que probar⁶³⁶. En ese sentido, sea la constitución o una ley ordinaria la que determine el alcance de los efectos del control de convencionalidad y de la jurisprudencia de la CoIDH, dicha fuente -no la decisión en sí misma- será más o menos legítima según la deliberación y la participación que haya habido en su adopción⁶³⁷.

Para justificar el efecto directo de la jurisprudencia de la CoIDH no basta con señalar que algunas constituciones otorgan jerarquía constitucional a los tratados, pues de este modo se estaría equiparando a éstos con la interpretación que los jueces internacionales hacen de los mismos. Alguien podría contraargumentar diciendo que cuando la CADH establece que la CoIDH tiene competencia para interpretarla, también se le está dando jerarquía constitucional a su propia interpretación. Sin embargo, este argumento confunde el qué (los tratados) con el quién (jueces, legisladores, movimientos sociales, etc.) del proceso de interpretación. Y como se ha señalado, esta distinción conceptual entre tratado o constitución (el qué) e interpretación judicial (el quién) no es irrelevante para el

⁶³³ Incluso Von Bogdandy señala que es poco probable que un mecanismo eficiente y legítimo de producción normativa pueda ser creado a nivel global, además de que supondría un riesgo para el autogobierno democrático. *Ibid.*, p. 573.

⁶³⁴ Juan Carlos Bayón, "Derechos, democracia y constitución", *op. cit.*, p. 224.

⁶³⁵ Francisco J. Laporta, "El ámbito de la Constitución", *op. cit.*, p. 463.

⁶³⁶ Juan Carlos Bayón, "Derechos, democracia y constitución", *op. cit.*, p. 225.

⁶³⁷ J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, *op. cit.*, p. 286.

estudio de su legitimidad. Si esto es así, ¿quién entonces ha determinado el efecto directo de la jurisprudencia de la CoIDH? En el caso de México la respuesta es muy sencilla: la Suprema Corte.

2.1.4 ¿Cómo institucionalizar un diálogo y un control judicial democrático?

Al llegar a este punto algunos estarán pensando que la conclusión de este apartado es deshacernos de una vez por todas de los jueces constitucionales. No es ésta, sin embargo, la finalidad. En mi opinión, la participación de los jueces en el proceso de interpretación de los derechos, incluso a través de decisiones que invaliden una ley, es compatible con una democracia deliberativa. Sin embargo, para ello se requiere de un diseño institucional en el que ningún actor tenga la última palabra interpretativa, que el proceso de interpretación y la toma de decisiones se hagan a través de medios dialógicos (en posición de igualdad) e inclusivos, se reconozca el papel predominante del legislador y sirva para promover, garantizar y enriquecer el proceso de deliberación⁶³⁸.

La pregunta es ¿cómo institucionalizar un diálogo constitucional y un control judicial que cumpla con dichos requisitos? El reto es acuciante. Así, por ejemplo, si bien Habermas nos recuerda que nuestra comprensión discursiva del derecho no puede dejar de lado esa materia clave que son las instituciones y los sistemas de acción, es decir, dejar de concebir al derecho como un sistema empírico de acción⁶³⁹, en sus disquisiciones no se preocupó por la forma de institucionalizar el control judicial y más bien presupuso el arreglo actualmente existente⁶⁴⁰.

Para el cometido de esta tarea, como vimos, la teoría deliberativa nos proporciona algunos parámetros. Así, además de las pautas generales que se

⁶³⁸ Roberto Gargarella, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución”, *op. cit.*, p. 168.

⁶³⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 129 y 130. La importancia de las instituciones para la teoría de Habermas es de tal magnitud que sostiene que el éxito de la política deliberativa no depende de una ciudadanía que actúa colectivamente –sin que por ello deje de ser importante–, sino en la institucionalización de procedimientos y condiciones para la comunicación. Jürgen Habermas, “Three Normative Models of Democracy”, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁰ Christopher F. Zurn, “Deliberative democracy and constitutional review”, *op. cit.*, pp. 516, 521, 522, 524 y 529.

señaló en el segundo apartado, las instituciones deben garantizar que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles, es decir, aseguren el tratamiento racional de las cuestiones políticas⁶⁴¹. Para ello deben asegurarse a todos los interesados iguales oportunidades de participar en las deliberaciones y que durante su transcurso disfruten de iguales oportunidades de ejercer mutuamente influencia, de modo que se hagan valer todos los intereses afectados⁶⁴². Asimismo, se deben institucionalizar deliberaciones en las que se neutralice la desigualdad de poder, se prevea una amplia participación que incluya a terceros indirectamente afectados, que los intereses de éstos se vean representados y que las competencias y responsabilidades estén claramente definidas⁶⁴³. Finalmente, se busca que los procedimientos de decisión estén abiertos a diversas perspectivas y sin una solución predeterminada, que excluya cualquier aspecto relevante para la decisión⁶⁴⁴.

Con estas herramientas, una de las posibilidades que tenemos y que ha sido ampliamente explorada tanto a nivel interno como internacional es el diseño de procesos constitucionales públicos, abiertos, incluyentes y transparentes⁶⁴⁵. Así, con el fin de institucionalizar un debate público⁶⁴⁶ se promueven las audiencias públicas, la apertura de los procesos a la participación e intervención de terceros, ONG´s y la procedencia de *amicus curiae*⁶⁴⁷. A través de esta estrategia se busca,

⁶⁴¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 238.

⁶⁴² *Ibid.*, pp. 234 y 235.

⁶⁴³ Klaus Günther, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", *op. cit.*, p. 320.

⁶⁴⁴ Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.*, p. 25.

⁶⁴⁵ Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.*, pp. 483, 491 y 499. Véase también Mitchel Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, New York, Oxford University Press, 2004.

⁶⁴⁶ Milan Kuhli y Klaus Günther, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *op. cit.*, p. 384. En el mismo sentido Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.*, p. 498.

⁶⁴⁷ Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.*, pp. 500-507. Sobre este tema son interesantes los acuerdos generales de la Suprema Corte de México 7/2010 y 2/2008 que regulan la comparecencia de especialistas y la

por ejemplo, que la justicia constitucional atienda razones que no fueron escuchadas en sede política, que todos los intereses en juego sean tomados en cuenta o se propicien procesos de argumentación⁶⁴⁸.

Por otro lado, se dice que la participación en los procesos judiciales es un medio de participación política, en tanto puede servir para colocar un tema en el debate político y llamar la atención del público sobre la violación de derechos, aun cuando no se convenza a los jueces de la Corte⁶⁴⁹. Esta forma de participación suele justificarse en la idea de que la participación en el proceso democrático no es sustancialmente igual para todos, pues depende de recursos políticos, financieros y organizacionales, lo que hace que la influencia política de los ciudadanos sea dispar. Así, lo que se pretende es que aquellos que no pudieron lograr el apoyo o reconocimiento suficiente ante la legislatura tengan mayores chances ante la Corte⁶⁵⁰.

En mi opinión, si bien estos intentos por legitimar las decisiones judiciales son loables, no son suficientes. En primer lugar, porque los procesos constitucionales siguen siendo un foro en el que deciden un pequeño número de jueces extraídos de segmentos sociales muy reducidos que no suelen reflejar el pluralismo social⁶⁵¹. En segundo término, porque nadie nos asegura que esos medios participativos vayan a ser utilizados sólo por los más desaventajados o por los que fueron excluidos del debate político y, por tanto, que nos aporten información distinta que no había sido tomada en cuenta. Así, estas vías de participación en sede judicial tienen un riesgo importante, pues pueden convertirse en medios para obtener una ventaja que no se ha podido adquirir por medio del proceso político ordinario, aun cuando éste haya funcionado de manera relativamente aceptable⁶⁵², en cuyo caso el proceso judicial

celebración de audiencias públicas en asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional, respectivamente.

⁶⁴⁸ Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.*, p. 485.

⁶⁴⁹ Aileen Kavanagh, "Participation and judicial review: A reply to Jeremy Waldron", *Law and Philosophy*, núm. 22, 2003, pp. 478-484.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, pp. 480 y 484.

⁶⁵¹ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 110.

⁶⁵² *Ibid.*, p. 134.

dejaría de ser un elemento corrector que sirve para dar el mismo peso a todas las opiniones y para proteger a las minorías enquistadas⁶⁵³. En tercer lugar, porque la adopción o no de los inputs ciudadanos no depende de la participación en sí misma en términos de igualdad, sino de la actitud que asuma el tribunal ante la pretensión del litigante⁶⁵⁴. En otros términos, nadie nos asegura que los jueces vayan a utilizar su poder en aras de beneficiar el proceso deliberativo, sino en el suyo propio, como por ejemplo, haciendo prevalecer su visión -sobre otras igualmente razonables- sobre los derechos fundamentales. Por ello, es que “no importa cuántos esquemas concibamos en aras de incrementar el número de intereses y argumentos a los que los jueces están expuestos, el hecho de que son éstos y no las partes quienes tienen la última palabra precluye cualquier referencia directa a la participación como una fuente de legitimación”⁶⁵⁵.

Por estas razones es que la participación en los procesos constitucionales es sólo una condición institucional necesaria, pero no suficiente, para legitimar la función de los jueces en el proceso de interpretación de los derechos fundamentales⁶⁵⁶. En suma, la legitimidad del órgano jurisdiccional no se reduce a la acomodación que se haga de la dimensión participativa o representativa⁶⁵⁷.

Ahora bien, si hemos dicho que una participación amplia e incluyente no basta para legitimar las decisiones de los jueces constitucionales, ¿qué se necesita entonces? La segunda estrategia está en revisar los efectos que se dan a las

⁶⁵³ Para Bayón el control judicial sería conveniente para proteger “minorías enquistadas”. Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 352 y 353. Sin embargo, este mismo autor nos advierte de las falacias que suele implicar la justificación de la justicia constitucional como medio protector de las minorías. *Ibid.*, pp. 325 y 326. Sobre cuándo las minorías realmente son tiranizadas y dignas de protección véase Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *op. cit.*, pp. 1395 a 1405. También sobre las falacias que en algunas ocasiones conlleva el argumento de las minorías véase Michael J. Klarman, “What’s So Great About Constitutionalism?”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 93, 1998, pp. 160-163; Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica, op. cit.*, pp. 305-325.

⁶⁵⁴ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica, op. cit.*, p. 133.

⁶⁵⁵ Agustín José Menéndez, *Justifying Taxes*. Dordrecht, Kluwer, 2001, p. 240.

⁶⁵⁶ Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, “On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking”, *op. cit.*, p. 507.

⁶⁵⁷ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica, op. cit.*, p. 110.

decisiones de los jueces, en particular, frente al legislador nacional⁶⁵⁸. Con esto no estoy pensando en erradicar el control judicial de la ley, pues dicha facultad es una medida coercitiva que pueden utilizar los jueces si no hay otra medida comunicativa efectiva o éstas ya han sido agotadas⁶⁵⁹ para llamar la atención del legislador sobre las deficiencias del procedimiento deliberativo. Dicha herramienta es acorde con una lectura deliberativa de la regla mayoritaria, según la cual la legitimidad de la decisión no reside sólo en los números sino en que haya sido adoptada por una mayoría a través de procedimientos racionales de deliberación y de toma de decisiones, cuyos resultados tienen una presunción de racionalidad en tanto no se demuestre lo contrario⁶⁶⁰.

Sin embargo, como ya he dicho antes, para que esta medida coercitiva y, más en general, la participación de los jueces en el proceso de interpretación constitucional no se convierta en una forma de dominación que impone la visión de una élite sobre todos los ciudadanos, tiene que existir una posibilidad real y sencilla de respuesta del legislador, pues es la única forma de que nuestros representantes critiquen y objeten⁶⁶¹ las decisiones e interpretaciones de los tribunales. Es decir, es el medio para que nosotros a través de los representantes que elegimos y que nos rinden cuentas, podamos desafiar la doctrina judicial y, por tanto, que los

⁶⁵⁸ No me estoy refiriendo a la idea de que sea el derecho constitucional nacional el que determine los efectos del derecho, decisiones y precedentes internacionales en el ámbito interno, pues considero que ese sólo es el punto de partida, ya que sea el derecho constitucional el que fije sus alcances no hace que dichos efectos *per se* sean democráticos. Sobre la idea de que sea el derecho constitucional el que determine los efectos véase Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking", *op. cit.*, p. 508.

⁶⁵⁹ Como explica Javier Jiménez Campo, al juez de la ley cabrá sólo pedirle en muchos casos, y así será bastante, que constate el vicio denunciado y lo declare, rompiendo así la presunción de constitucionalidad de la ley (medida comunicativa), mientras que en otros, será necesaria la anulación o eliminación de la regla legal juzgada inconstitucional (medida coercitiva). Jiménez Campo, Javier, "Qué hacer con la ley inconstitucional", en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁶⁰ Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit.*, p. 33.

⁶⁶¹ Para Forst, la posibilidad general de objetar recíprocamente las decisiones que han ignorado razones recíprocas y no rechazables es la característica esencial de un diseño institucional acorde con los postulados de la democracia deliberativa. La reciprocidad es un requisito –junto con la generalidad– que deben cumplir las razones que sirvan para justificar normas, lo que implica que nadie puede hacer valer un derecho o recurso que le denegaría a otros, siendo que la formulación del argumento debe estar abierto a debate y no puede ser determinado por una sola parte. Rainer Forst, "The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy", *op. cit.*, pp. 362 y 370.

resultados sean producto de un proceso de deliberación conducido por y entre personas libres e iguales⁶⁶². En efecto, dicho mecanismo sirve para incentivar que nos involucremos en el proceso de interpretación, pues si los representantes pueden revisar las interpretaciones constitucionales del tribunal -más no sus fallos-, los ciudadanos seremos llamados a juzgar la interpretación de los que aspiren a ser nuestros representantes⁶⁶³.

Pues bien, para que este cometido se cumpla el tribunal debe verse imbuido en un debate público en el que su interpretación pueda ser criticada por el público y eventualmente superada por los órganos legislativos⁶⁶⁴, en este caso nacionales, en tanto no existe un equivalente a nivel internacional. Esto es acorde con la visión de la democracia deliberativa, según la cual el debate es un juego de pelota en el que no hay un árbitro definitivo que interprete las reglas del juego (entre las que están los derechos) y su aplicación. Por el contrario, las reglas del juego y su interpretación, así como la posición del mismo árbitro están sujetas a debate⁶⁶⁵.

Para ello, la doctrina contenida en la sentencias no debe vincular al poder legislativo⁶⁶⁶, pues de lo contrario se impediría las respuestas legislativas ordinarias. Sobre este tema ahondaremos más adelante. Por el momento basta con señalar que sólo si la doctrina de la CoIDH no vincula al legislador, este puede responder aprobando una ley de contenido similar (o incluso idéntico) al que fue declarado

⁶⁶² Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op. cit.*, p. 31.

⁶⁶³ Frank I. Michelman, "Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life", en Austin Sarat y Thomas R. Kearns, *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 161.

⁶⁶⁴ Milan Kuhli y Klaus Günther, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *op. cit.*, p. 383.

⁶⁶⁵ Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *op.cit.*, pp. 38 y 39.

⁶⁶⁶ La CoIDH ha afirmado que su doctrina sí vincula al legislador nacional. Véase Pacheco vs. México. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 340. En el mismo sentido –como se adelantó– la Corte mexicana sostuvo que la doctrina contenida en las sentencias en que el Estado mexicano ha sido parte vincula a todos sus órganos. Resolución dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 912/2010, párrs. 19. y ss., publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4/10/2011.

inconvenional⁶⁶⁷, o que sin haberlo sido, sea contraria a la doctrina de la CoIDH⁶⁶⁸. Así, la fuerza vinculante de la doctrina dependerá de su persuasión y de la aceptación de los otros participantes, quienes podrán ponerla en entredicho a través del mismo proceso deliberativo⁶⁶⁹.

Quitarles a los jueces la última palabra interpretativa no contradice conceptualmente el carácter de norma jurídica de la CADH⁶⁷⁰. Lo que pasa en realidad, nos dice Michelman, es que nos gusta creer que cuando los jueces tienen la última palabra los límites sí existen. Esa creencia está basada en la idea de que éstos deciden nuestras disputas de buena fe y objetivamente, sin embargo, nada nos impide hacer esa misma caracterización de la gente y de sus representantes⁶⁷¹.

2.2 Teorías democráticas. El constitucionalismo popular.

2.2.1. Ideas generales

El constitucionalismo popular es una propuesta norteamericana que surgió a raíz del activismo conservador de la Corte Rehnquist⁶⁷² que, según los populares,

⁶⁶⁷ Sobre la viabilidad y conveniencia de las respuestas legislativas ordinarias frente a las declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional español véase Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 202. También en el Capítulo IV. En sentido estricto, como a través del control de convencionalidad la norma no se expulsa del ordenamiento sino que se ordena su inaplicación, no sería necesaria la expedición de una nueva ley. Sin embargo, la expedición de una nueva ley (respuesta) implica que el legislador llevó a cabo un nuevo procedimiento en el que deliberó y tuvo en cuenta las razones de la declaración de inconvenionalidad. Más allá, de que sea la manera más contundente que tiene el legislador para insistir en su propia interpretación. Ahora bien, para que dicha respuesta sea efectiva es necesario que los jueces nacionales no desapliquen esta segunda norma hasta que la CoIDH se vuelva a pronunciar al respecto.

⁶⁶⁸ A favor de la supervisión política de los tribunales internacionales véase Armin Von Bogdandy e Ingo Venzke, "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *op. cit.*, p. 26.

⁶⁶⁹ Milan Kuhli, y Klaus Günther, "Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals", *op. cit.*, p. 384.

⁶⁷⁰ Frank I. Michelman, "Judicial Supremacy, the Concept of Law and the Sanctity of Life", *op. cit.*, pp. 149 y 150.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 150.

⁶⁷² Como bien ha precisado Schauer, esto no quiere decir que el ataque a la supremacía judicial sólo haya venido desde las líneas progresistas. Frederick Schauer, "Judicial Supremacy and the Modest Constitution", *op. cit.*, pp. 1050 y 1051. Entre los trabajos de los autores conservadores más destacados tenemos: Michael Stokes Paulsen "The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is", *Georgetown Law Journal*, Vol. 83, 1994. Gary Lawson y Christopher D. Moore,

vino a romper con el acomodo que existía entre el activismo constitucional del pueblo y la revisión judicial a partir del New Deal⁶⁷³. Este reparto del trabajo había sobrevivido incluso a tribunales tan activistas como los de Warren y Burger⁶⁷⁴, pues aun cuando el primero de estos había decidido un caso tan paradigmático de la supremacía judicial como Cooper, en otras ocasiones como *Katezenbach v. Morgan*⁶⁷⁵ había incentivado la participación y el diálogo con el congreso para determinar el contenido de la Constitución⁶⁷⁶.

Aun cuando el constitucionalismo popular es una respuesta a una manifestación concreta del ejercicio jurisdiccional en los Estados Unidos, algunos de sus planteamientos son útiles para nuestra discusión, en tanto que ponen en cuestión el papel de los jueces como intérpretes constitucionales y reivindica el rol del <pueblo> en dicho carácter. Entre sus principales expositores encontramos a Mark Tushnet, Larry Kramer, Robert Post y Reva Siegel. Cabe precisar que no todos los autores suscriben las mismas tesis, e incluso las ideas de un mismo autor pueden ser confusas y ambiguas, tal como es el caso de Kramer⁶⁷⁷. Así, como bien

“The Executive Power of Constitutional Interpretation”, *Iowa Law Review*, Vol. 81, 1996. Edwin Meese III, “The Law of the Constitution”, *Tulane Law Review*, Vol. 61, 1987.

⁶⁷³ Según Kramer, en este acomodo plausible correspondía a las Cortes la protección de los derechos y el límite a las leyes estatales, y al proceso político el alcance de los poderes nacionales. Larry Kramer, “The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We The Court”, *Harvard Law Review*, Vol. 115:4, 2001, pp. 125-128. Para Siegel el problema de la Corte Rehnquist fue propugnar por la idea de que las ramas democráticas de gobierno no gozan de una autoridad independiente para interpretar la Constitución una vez que la Corte ha dado su opinión. Véase Reva B. Siegel, “Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 150, 2001-2002, p. 349. En una posición contraria, Barry Friedman estima que las críticas a la Corte Rehnquist de alejarse de las preferencias populares no son acertadas, pues sus sentencias han reflejado la opinión del pueblo. Barry Friedman, “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1299. Finalmente, para Chereminsky los populares olvidan que la Corte Rehnquist también ha protegido derechos, por ejemplo, sosteniendo la constitucionalidad de las acciones afirmativas en colleges y universidades, invalidando leyes que prohíben relaciones homosexuales, etc. Erwin Chemerinsky, “In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism”, *op. cit.*, p. 681.

⁶⁷⁴ Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁷⁵ 384 U.S. 641 (1996)

⁶⁷⁶ Robert C. Post y Reva B. Siegel, “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, *op. cit.*, pp. 35 y 36. Para estos autores, el Tribunal incentivó el diálogo gracias a la deferencia que tuvo hacia el Congreso cuando éste hacía valer los derechos civiles previstos en la Sección 1 de la XIV Enmienda. Así, el Tribunal reconoció que la interpretación legislativa podía ser distinta a su propia interpretación sin que por ello fuera inconstitucional.

⁶⁷⁷ Larry Alexander y Lawrence B. Solum, “Popular? Constitutionalism”, *op. cit.*, p. 1602. Así, mientras en algunos de sus trabajos Kramer señala que quiere combatir la supremacía judicial, en otros

han señalado los críticos de esta corriente, no hay una definición precisa de lo qué es el constitucionalismo popular, pues mientras algunos abogan por la eliminación del control judicial, otros exigen mayor deferencia hacia las otras ramas del gobierno y otros más combaten la supremacía interpretativa⁶⁷⁸. En lo que sigue trataré de reconstruir las distintas teorías que conforman esta corriente de pensamiento, considerando que su principal tesis es el combate a la supremacía judicial y la reivindicación del papel del pueblo (movimientos sociales) como intérprete constitucional.

Pozen se ha referido a tres modelos de constitucionalismo popular caracterizado por la facilidad o dificultad para que los distintos actores rechacen las interpretaciones judiciales (i) y por la identidad del principal intérprete de la Constitución (ii). De esta forma, alude a un constitucionalismo popular modesto, en el que diversos actores juegan un papel activo en la configuración del derecho constitucional, pero sin poner en cuestión el control judicial o la última palabra de los jueces. Por otro lado, está el constitucionalismo popular robusto según el cual la autoridad del pueblo para interpretar la Constitución triunfa sobre la del Tribunal, ya que no sólo promueve el involucramiento de la gente sino que le da prioridad a sus opiniones. Finalmente, se encuentra el departamentalismo de acuerdo con el cual cada rama de gobierno tiene una autoridad independiente para interpretar la Constitución, de manera que cada una tiene un poder exclusivo sobre determinadas áreas o, si son compartidas, sus interpretaciones pueden traspolarse y enfrentarse⁶⁷⁹.

afirma que no se trata de abolir la revisión o la supremacía judicial, sino de restringir al poder judicial, pues se reconoce que éste puede fortalecer a la democracia y realzar los valores constitucionales. Larry Kramer, "The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We the Court", *op. cit.*, p. 166. En mi opinión, aun cuando Kramer se refiere en algunos casos a la soberanía judicial como su objeto de crítica, lo que combate es la supremacía interpretativa, es decir la vinculación horizontal, particularmente del poder legislativo a la doctrina constitucional del Tribunal. Lo cual no debe confundirse con el acatamiento de los fallos contenidos en las sentencias, que Kramer no pone en cuestión.

⁶⁷⁸ Erwin Chemerinsky, "In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism", *op. cit.*, pp. 675-678.

⁶⁷⁹ David E. Pozen, "Judicial elections as popular constitutionalism", *Columbia Law Review*, Vol. 110, 2010, pp. 2060 a 2064.

En términos generales el constitucionalismo popular se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la posición elitista de los jueces⁶⁸⁰, aunque no todos los populares necesariamente son “anti-Corte” o “anti-control judicial”⁶⁸¹. El punto clave es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo⁶⁸². Es popular, nos dice Tushnet, porque distribuye ampliamente (entre la población) la responsabilidad sobre la Constitución y refuerza el papel de la gente en su interpretación⁶⁸³. 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. De ahí que la Suprema Corte no pueda monopolizar la interpretación de la misma”⁶⁸⁴. No basta, dice el profesor de Stanford, con que el pueblo pueda crear derecho constitucional a través del proceso de reforma constitucional, sino de reivindicar su papel como intérprete constitucional⁶⁸⁵.

La supremacía judicial no siempre ha acompañado al control judicial norteamericano. No fue así, nos dice Kramer, en los orígenes ni en la mayor parte de su historia. En un libro que recorre el camino de la judicial review y de la supremacía judicial, nos relata que los padres fundadores así como sus antecesores sustentaban una ideología que celebraba el papel central del pueblo como impulsor y director del gobierno, encargado de velar por la interpretación e implementación

⁶⁸⁰ Mark Tushnet, “Non-Judicial Review”, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 40, 2003, pp. 453-492.

⁶⁸¹ David E. Pozen, “Judicial elections as popular constitutionalism”, *op. cit.*, p. 2056.

⁶⁸² Según la descripción de Balkin, el populismo promueve y defiende los intereses y posturas de los ciudadanos comunes, lo que conlleva una preferencia por la alternancia regular de las posiciones de autoridad y poder, y una inclinación por la participación popular en las estructuras políticas y económicas que afectan la vida diaria. Además, exige que la ciudadanía tenga una voz en las decisiones que los afectan, por lo que promueve y facilita su participación. Para el populismo, las élites y su reclamo de pericia y entendimiento superior son sospechosas. Un pueblo activo no es algo a lo que haya que tenerle miedo y deba ser limitado, pues es la vida misma de la democracia. El ciudadano común no es un mero receptor de los mensajes de la televisión, la propaganda o de la cultura de masas. Jack M. Balkin, “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *op. cit.*, pp. 1944-1981.

⁶⁸³ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, pp. x, 108.

⁶⁸⁴ Larry Kramer, “Popular constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, Vol. 92, No. 4, 2004, pp. 959, 973, 980.

⁶⁸⁵ Larry Kramer “Undercover Anti-Populism”, *op. cit.*, p. 1344.

de la Constitución⁶⁸⁶. En esa época, las formas de resistencia del pueblo comprendían el derecho al voto, el derecho de petición, la emisión de panfletos, protestas, etc. La idea de “ley fundamental” era la de una ley creada por el pueblo para regular y restringir al gobierno, opuesta a la ley ordinaria, emitida por el gobierno para regular y restringir a la gente⁶⁸⁷.

Para los americanos del siglo XVIII se daba por hecho que el pueblo tenía la responsabilidad no sólo de crear, sino también de interpretar y velar por la Constitución. El control del legislador no era una tarea de la judicatura, sino de la gente a través de las elecciones e, incluso en algunos casos, por medios extralegales. Es más, la defensa esporádica del control judicial que a principios de 1780 hizo Iredell, y que Hamilton siguió en el *Federalista* 78, era compatible con el constitucionalismo popular: la interpretación judicial no era final ni vinculante para la gente o para las otras ramas del gobierno, siendo la política la principal garantía contra los abusos del poder. Los tribunales podían velar por la Constitución en tanto eran agentes del pueblo, pero no porque tuvieran una competencia especial para ello⁶⁸⁸. Esta concepción sobre el control judicial prevaleció incluso en 1790 cuando esta institución comenzó a ganar aceptación. Y así sucedió también en cada ocasión que se trató de imponer la idea de la supremacía judicial (1830, 1850, fines del siglo XIX, New Deal), hasta que en 1980 pareció convertirse en norma⁶⁸⁹.

Fue en esa etapa (en la década de 1790), con Madison y Jefferson a la cabeza, cuando surge la teoría del departamentalismo o constitucionalismo cooperativo, es decir, que cada rama del gobierno tiene derecho a decidir por sí sola

⁶⁸⁶ Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, pp. 24-29.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, pp.58-63, 78-80.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, pp. 207-221. Para Kramer hay dos razones por las que implantó la supremacía judicial en EE.UU. En primer lugar, por el escepticismo sobre el gobierno popular que caracterizó a los intelectuales de occidente a partir de la Segunda Guerra Mundial y, en segundo término, por el efecto que tuvo el Tribunal Warren sobre los liberales, con la excepción de John Hart Ely. Para Laurence Tribe, el relato que hace Kramer del constitucionalismo popular desde los inicios de la historia americana hasta mediados del Siglo XX es engañoso y reduccionista. Para el profesor de Harvard, sólo colapsando años e incluso décadas a un solo punto, es que Kramer puede decir que en alguna época la gente decidía qué sentencias quería o no obedecer. Laurence H., Tribe, “The People Themselves: Judicial Populism”, *op. cit.*

cuáles son sus deberes constitucionales, sin importar lo que otras hayan determinado al respecto. Para Kramer, esta propuesta conserva la preeminencia del control popular y considera que quienes la critican en la actualidad porque supuestamente lleva al caos y a la anarquía, lo hacen desde la concepción equivocada de que la última palabra necesariamente le corresponde a una rama del gobierno y no al pueblo en su conjunto⁶⁹⁰.

En todo caso, el principal problema que Kramer encuentra a la supremacía judicial es el desincentivo que provoca en los ciudadanos para argumentar sobre cuestiones constitucionales y en lo que éstos pueden esperar de sus líderes políticos⁶⁹¹. 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. El punto es que para poder refutar los fallos del tribunal primero tenemos que sentirnos con el derecho a hacerlo. Sin embargo, esto no suele ser así, pues se acepta que la última palabra 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 redactan sus opiniones; cambia la forma en que los políticos, la prensa y otros actores internalizan los fallos del tribunal, haciendo que sus efectos vayan más allá del caso particular. De este modo, 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 mismos⁶⁹².

Por el contrario, el constitucionalismo popular reconoce que el debate público sobre la Constitución se lleva a cabo con independencia de las interpretaciones

⁶⁹⁰ *Ibid.*, 105-110.

⁶⁹¹ Desde esta perspectiva, si el Congreso no se interesa por las cuestiones constitucionales se debe en gran medida al desincentivo que ha producido el control judicial con supremacía. De ahí que los críticos al constitucionalismo popular no atinan cuando señalan que el Congreso no se involucra en estas cuestiones y, por tanto, no deba confiarse a ellos la interpretación, pues precisamente ese desinterés –si es que existe– es lo que el constitucionalismo popular pretende cambiar. Neal Devins, “Tom Delay: Popular Constitutionalist?”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, 2006, p. 1061.

⁶⁹² Larry Kramer, *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*, *op. cit.*, pp. 228-233.

judiciales o incluso en su contra⁶⁹³. 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 les corresponda hacerlo en exclusiva, sino porque la Constitución los obliga como a cualquier otro. Según esta visión, el poder judicial es un agente más del pueblo cuya tarea es ser un líder de opinión, sin imponer una única visión⁶⁹⁴.

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 no hay evidencia de que los jueces hayan hecho mejores interpretaciones, e incluso en el caso de EE.UU. se puede decir que el debate legislativo sobre cuestiones como los derechos de los homosexuales, el aborto, discriminación por raza, etc., estuvo más enfocado en cuestiones sustantivas que el de los tribunales⁶⁹⁵. Pero también, porque los jueces son jueces y no filósofos o académicos, enfocados más en cuestiones técnicas y de legalidad. Lo que para Kramer no es necesariamente malo⁶⁹⁶.

En cualquier caso, el hecho es que los populares no quieren decir que la interpretación del pueblo sea la única, o ni siquiera la mejor⁶⁹⁷, sino recordarnos que tanto el pueblo como los jueces se pueden equivocar, de modo que la orientación por uno u otros atiende a la visión que se tenga de la función de los jueces y sobre la capacidad de la gente para interpretar la Constitución. Por un lado, se puede

⁶⁹³ Mark Tushnet, "Popular constitutionalism as political law", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, 2006, p. 991. Esta postura tiene su contrapunto en teorías como las de Robert Alexy, para quien el árbitro en la lucha por la interpretación de los derechos fundamentales no es el pueblo, sino el Tribunal Constitucional. Robert Alexy, "Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático", *op. cit.*, p. 37.

⁶⁹⁴ Larry Kramer, "The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We the Court", *op. cit.*, pp. 53, 49, 82. Esta posición de liderazgo pero sin ostentar la palabra final es compartida por Michelman. Véase Frank I. Michelman, "Judicial Supremacy, the Concept of Law and the Sanctity of Life", *op. cit.*, pp. 146.

⁶⁹⁵ Larry Kramer "Undercover Anti-Populism", *op. cit.*, p. 1352 y 1355. Aunque también reconoce que la pronunciarse definitivamente a favor del legislador requeriría de una investigación empírica casi imposible, por lo que la postura que adoptemos se basa más en corazonadas empíricas sobre el gobierno popular y la confianza que depositamos en la gente ordinaria. *Ibid.*, p. 1359.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, pp. 1355 y 1356.

⁶⁹⁷ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, p. xi.

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 constitucionales⁶⁹⁸, de manera que cuando dicen lo que es el derecho se termine la discusión. O por el contrario puede reconocerse el derecho de los jueces para interpretar la Constitución, pero sin que ello implique afectar la posibilidad de que también se haga fuera de los tribunales⁶⁹⁹.

Así, por un lado, están quienes comprometidos con el gobierno del pueblo son pesimistas y temerosos sobre lo que éste podría producir y buscan por ello establecer garantías extras y, por el otro, están aquéllos que 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 -sigue Kramer- es una decisión del pueblo. 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 debemos rendirnos sumisamente ante lo que el Tribunal Supremo decida; 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 el Tribunal Supremo está a nuestro servicio y no es nuestro maestro⁷⁰⁰.

Tushnet va más allá. Este autor pone en cuestión los argumentos que suelen asumirse en defensa del control judicial, esto es, que la Constitución se respeta y se cumple en mayor medida gracias a los tribunales, para proponer su erradicación. En efecto, para el profesor de Harvard esta es una creencia indefendible, pues los tribunales también comenten errores y, en esa medida, resulta necesario plantearse

⁶⁹⁸ Larry Kramer, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, op. cit., p. 242. En efecto, para los críticos del constitucionalismo popular al pueblo (americano) no le interesa la interpretación constitucional, el que sólo está preocupado por los resultados. En este sentido véase Neal Devins, "Tom Delay: Popular Constitutionalist?", op. cit., p. 1056.

⁶⁹⁹ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, op. cit., pp. 6 y 7. Conforme a esta última perspectiva, por ejemplo, los legisladores no estarían obligados a seguir la interpretación del Tribunal Supremo, aunque sí a sustentar la Constitución. Es más, si éstos considerarán que la interpretación del Tribunal es incorrecta, no sólo tendrían permitido sino que deberían ignorarla.

⁷⁰⁰ Larry Kramer, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, op. cit., pp. 247 y 248. En efecto, para los críticos del constitucionalismo popular, éste está basado en la idea "romántica" de que la defensa de los valores constitucionales puede confiarse a la gente. Erwin Chemerinsky, "In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism", op. cit., p. 683.

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 jueces⁷⁰¹. Para este autor, no es que el control judicial sea insignificante, sino que la diferencia que hace es bastante limitada. Si bien acepta que dicha institución sería adecuada para proteger las precondiciones de un derecho constitucional popular, a saber: el derecho al voto, la posibilidad de criticar al gobierno y la privacidad, así como la capacidad para hacer frente a 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 nos otorga el control judicial se incline por su erradicación⁷⁰².

Por contra, los críticos del constitucionalismo popular consideran que deshacerse del control judicial o de la supremacía judicial reduciría dramáticamente, sino es que eliminaría, la protección de las minorías⁷⁰³. Sin embargo, los populares no es que estén propugnando un sistema sin restricciones institucionales que hagan

⁷⁰¹ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, nota 37, p. 126. En su libro Tushnet pone varios ejemplos de cómo la Constitución norteamericana ha sido respetada gracias a los incentivos políticos, sin necesidad de intervención del Tribunal Supremo. Lo que le lleva a pensar que los legisladores no hacen tan mal trabajo al interpretar los derechos constitucionales.

⁷⁰² Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, pp. 154 a 163.

⁷⁰³ Erwin Chemerinsky, "In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism", *op. cit.*, p. 683. Como explica Gargarella, la confianza que tenían los padres fundadores en que los intereses minoritarios –de los terratenientes- serían protegidos –entre otros- por el poder judicial atendía a la conformación –por terratenientes- del poder judicial en ese entonces. Sin embargo, en tanto el sistema judicial ya no está integrado por miembros de una minoría determinada, ¿qué razón tenemos para pensar que será así'. Gargarella, Roberto, "Representación plena, deliberación e imparcialidad", en Jon Elster (comp.), *La democracia deliberativa*, *op. cit.*, pp. 3336. No puedo detenerme a analizar esta tesis muy recurrida por los defensores del control judicial, pero coincido con Bayón que esta postura parte de la idea equivocada de que los derechos son por definición *de* las minorías y *contra* la mayoría. Como tampoco es cierto que la mayoría tenga que ser hostil a las pretensiones de una minoría, pues incluso en ocasiones el proceso mayoritario puede ser la única esperanza de los grupos desaventajados pero numéricamente mayoritarios. Más allá de que en algunos casos no es necesariamente malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones de una minoría, pues no todas las pretensiones invocadas por las minorías son respetables. Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", *op. cit.*, pp. 325 y 326. Pero aun suponiendo que se tratara de una pretensión minoritaria respetable a la que la mayoría hubiera sido hostil, sería necesario tomar en cuenta los <efectos colaterales> negativos que podría generar a la larga una decisión judicial que en principio había tenido una intención favorable a la protección de los derechos, piénsese en el efecto resaca que tuvo el caso *Brown* en el Sur de los Estados Unidos; debería considerarse la motivación paternalista que a veces puede existir al tutelar derechos de determinados grupos minoritarios; sería necesario evaluar si es verdad que el tribunal ha desempeñado ese papel en la práctica, y no olvidarse de la necesaria cooperación de las instituciones mayoritarias y de la cultura política en general para promover eficazmente la tutela de los derechos e intereses de las minorías. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, pp. 305-325.

más racional la política, como puede ser la separación de poderes, el bicameralismo, el poder de veto, etc., sino que tratan de distinguir entre controles que son directamente responsables ante el pueblo y los que no, como es el control constitucional con supremacía judicial⁷⁰⁴.

Otro rasgo distintivo de esta corriente es la forma de entender la relación entre política y derecho, pues ni la primera es mera voluntad y decreto ni el segundo pura racionalidad⁷⁰⁵. 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 sólo jurídica. Tratarla de esta última forma ha hecho creer erróneamente a los jueces y abogados que su interpretación les corresponde en exclusiva⁷⁰⁶. Sin embargo, para los populares la Constitución va más allá de los confines de lo legal⁷⁰⁷. 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 principialista donde rigen las meras preferencias mayoritarias⁷⁰⁸. Al contrario buscan una política orientada por los principios de la Declaración de Independencia⁷⁰⁹, y un derecho constitucional que tome en cuenta lo legal y lo político⁷¹⁰.

⁷⁰⁴ Larry Kramer, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 245 y 246. Como dice Moreno, ningún autor serio, por mayoritario que se declare, insistirá en que el poder de la mayoría debería ser ilimitado y omnipotente. Más bien la discrepancia está en cómo deberían operar los límites al poder mayoritario. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, "Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica", *op. cit.*, p. 301.

⁷⁰⁵ Como sí lo sostiene Ferrajoli, para quien las funciones de gobierno y las funciones de garantía, entre ellas la jurisdiccional, son reconducibles *grosso modo* a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión, consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, *legis-latio* y *iuris-dictio*. Luigi Ferrajoli, "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", *op. cit.*, p. 5.

⁷⁰⁶ Robert Post, "Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics", *California Law Review*, Vol. 98, No. 4, 2010, pp. 1319-1350.

⁷⁰⁷ Robert C. Post y Neil S. Siegel, "Theorizing Law/ Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin", *op. cit.*, p. 29.

⁷⁰⁸ Aunada a esta creencia, quienes defienden el control judicial en general, y en particular la supremacía judicial, sostienen que los congresistas les importa cada vez menos las cuestiones constitucionales, que el Congreso no habla por el pueblo y que incluso es más probable que el Tribunal Supremo tomé en cuenta las preferencias mayoritarias. Neal Devins, "Tom Delay: Popular Constitutionalist?", *op. cit.*, p. 1056.

⁷⁰⁹ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, nota 37, p. 187.

⁷¹⁰ Mark Tushnet, "Popular constitutionalism as political law", *op. cit.*, p. 992.

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 comunidad en general también pueden interpretarla⁷¹¹. 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 de la Suprema Corte⁷¹². Esto no es una tarea fácil, pues ambos principios -política y revisión judicial- podrían abarcar por si mismos todo el espectro deliberativo⁷¹³.

En suma, el constitucionalismo popular está basado en la idea de que todos debemos participar en la configuración del derecho constitucional a través de nuestras acciones políticas⁷¹⁴; otorga un papel central a la ciudadanía en la interpretación de la Constitución y 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 económicas⁷¹⁵, y defiende una

⁷¹¹ Larry Kramer, "The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy", *op. cit.*, pp. 699-700.

⁷¹² En este sentido, Friedman considera que es imposible mantener enteramente separada la política de las decisiones del Tribunal Supremo. Barry Friedman, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, *op. cit.*, p. 380. En una posición contraria encontramos autores como Ferrajoli, quien afirma que la jurisdicción carece de guías o condicionamientos políticos ya que está vinculada solamente a la ley. Luigi Ferrajoli, "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", *op. cit.*, nota 26, p. 10.

⁷¹³ Larry Kramer, "The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We The Court", *op. cit.*, nota 74, pp. 113-114 y 124.

⁷¹⁴ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, nota 37, p. 157. En este sentido, es que resulta incomprensible que los críticos del constitucionalismo popular sostengan que la gente no está interesada en la interpretación constitucional en tanto "no les interesa lo que dice el Tribunal Supremo", pues más allá de que esto sea cierto, ese es precisamente el punto que el constitucionalismo popular desea superar. Es decir, que se equipare el derecho constitucional con la doctrina judicial y, por tanto, que el desconocimiento de sus sentencias equivalga a un desinterés por la interpretación de la Constitución. Devins, Neal, "Tom Delay: Popular Constitutionalist?", *op. cit.*, pp. 1056-1058.

⁷¹⁵ Roberto Gargarella, "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El constitucionalismo popular frente a la teoría de Nino", en Miguel Carbonell y Leonardo García

mirada departamentalista del control de la Constitución, según la cual ninguna rama del poder tiene el derecho de arrogarse la supremacía sobre las otras⁷¹⁶.

2.2.2. El constitucionalismo democrático

Como se ha indicado, la escuela del constitucionalismo popular no es homogénea, de hecho entre sus seguidores existen importantes diferencias. Mientras que algunos están en contra de la supremacía judicial (que los jueces tengan la última palabra), otros sólo desafían la soberanía judicial (que los jueces tengan la única palabra), habiendo incluso quienes consideran que los jueces pueden ser un medio para canalizar la expresión popular.

A esta última vertiente representada por Post y Siegel se le conoce como constitucionalismo democrático y considera que 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 constitucionalmente⁷¹⁷.

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

Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 407-420.

⁷¹⁶ Roberto Gargarella, "Diálogo con Roberto Gargarella sobre Constitucionalismo popular", *Jura Gentium Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, disponible en línea www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freeoter.pdf

Es importante hacer algún matiz en lo relativo al departamentalismo, pues como hemos visto, Kramer acepta la supremacía judicial para algunos supuestos, tal y como sucedía con el acomodo entre decisiones populares y revisión judicial que surge a partir del *New Deal*. Asimismo, como se verá más adelante, Tushnet considera que el constitucionalismo popular es una especie de teoría dialógica, que en algunos casos –cuando hay un acuerdo sobre el sentido constitucional- acepta un control judicial fuerte.

⁷¹⁷ Robert C. Post y Reva B. Siegel, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, 2007, pp. 373-433.

constitucionales y democracia no es de suma cero, pues los primeros pueden fortalecer a la segunda⁷¹⁸. 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 compromisos⁷¹⁹.

En este sentido, se separan de Kramer 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 supremacía judicial y el constitucionalismo popular, la democracia requiere que ciertas 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 ambos⁷²⁰.

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 serían desarrollados si la ciudadanía fuera pasiva ante las decisiones judiciales⁷²¹. Y es que se concibe al constitucionalismo popular como un mecanismo mediador entre el derecho constitucional y la cultura⁷²².

Los ciudadanos son autores del derecho y así deben sentirse. Las creencias democráticas sobre la Constitución autorizan y empoderan 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 constitucionales⁷²³. 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,

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 404.

⁷¹⁹ Robert C. Post y Reva B. Siegel, "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *California Law Review*, Vol. 92, 2004, p. 1038.

⁷²⁰ *Ibid.*, pp. 1029, 1036, 1037.

⁷²¹ Robert C. Post y Reva B. Siegel, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *op. cit.*, pp. 390 y 391.

⁷²² Kramer, Larry, "Popular constitutionalism, circa 2004", *op. cit.*, p. 983.

⁷²³ Reva B. Siegel, "Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective", *op. cit.*, pp. 320-322.

son ignorados o infravalorados por la teoría tradicional, que al desconocer el papel activo de la gente apoya tácitamente la supremacía judicial⁷²⁴.

Con ello no quieren decir que la gente o los otros poderes puedan desconocer las sentencias de los tribunales, algo que únicamente pueden hacer en circunstancias excepcionales. Para ellos, la última palabra judicial en la protección de los derechos constitucionales refleja la necesidad de que los ciudadanos tengan certeza sobre sus derechos frente al gobierno⁷²⁵. 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 éste 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. Sin embargo, también reconocen que la vinculación horizontal a la doctrina judicial haría del desacuerdo un acto de desobediencia a la ley. A 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 las opiniones judiciales, lo que consideran es la puesta en práctica del diálogo constitucional⁷²⁶.

De esta forma, 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 democracia⁷²⁷. 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 crisis⁷²⁸. La deliberación colectiva

⁷²⁴ *Ibid.*, pp. 324-326.

⁷²⁵ Robert C. Post y Reva B. Siegel, "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *op. cit.*, pp. 1031 a 1034.

⁷²⁶ *Ibid.*, pp. 1040 y 1041.

⁷²⁷ Reva B. Siegel, "Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective", *op. cit.*, p. 315. Para Tushnet, el carácter distintivo de esta teoría dialógica es el énfasis que pone en cómo los movimientos sociales influyen en los jueces y cómo estos cambian su interpretación constitucional. Mark Tushnet, "Popular constitutionalism as political law", *op. cit.* pp. 998 y 999.

⁷²⁸ Robert C. Post, y Reva B Siegel, "Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", *op. cit.*, p. 26. Para Tushnet, el carácter distintivo de esta teoría dialógica es el énfasis que pone en cómo los movimientos sociales influyen en los jueces y cómo

es, en este sentido, la fuente última de legitimidad del derecho constitucional, que requiere de instituciones que permitan al pueblo involucrarse en la creación del derecho. Por tanto, la participación popular es la base democrática de la Constitución, la que no debe ser vista con sospecha; sino al contrario, considerarse como una forma de mediar el conflicto⁷²⁹.

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 corte-centristas de la tradición constitucional norteamericana, pues, en su opinión, dejan de lado los canales de comunicación existentes entre el razonamiento judicial y los reclamos hechos fuera de los tribunales⁷³⁰.

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 del derecho reconocidos por el sistema jurídico⁷³¹. 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 desafiado⁷³².

De esta forma, la Constitución y con ella la comunidad común a la que pertenecen los debatientes, se expresan 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,

estos cambian su interpretación constitucional. Mark Tushnet, "Popular constitutionalism as political law", *op. cit.* pp. 998 y 999.

⁷²⁹ Reva B. Siegel, "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The case of the de facto ERA", *op. cit.*, pp. 1339-1350.

⁷³⁰ Reva B. Siegel, "Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective", *op. cit.*, p. 300.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 303.

⁷³² *Ibid.*, p. 344.

necesitan persuadir. De ahí que recomienden utilizar el lenguaje constitucional para formular sus peticiones y apelar a las tradiciones del pueblo al que se dirigen⁷³³. 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. Deben respetar la autoridad, aunque en algunas ocasiones realicen actividades procedimentales irregulares y disruptivas, e incluso ilegales. En segundo lugar, está “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 femenino⁷³⁴.

De esta forma, 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 gubernamental⁷³⁵. 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 constitucional⁷³⁶. Aunque reconocen que su informalidad, parcialidad y falta de responsabilidad pública les hace un mal candidato para hablar por el pueblo, además de que solo representan a algunas personas. De ahí que, sólo podrán hablar por todos si tienen éxito y su interpretación es acogida por las autoridades que declaran el contenido del derecho constitucional⁷³⁷.

En términos semejantes, Habermas se refiere a la <lucha por el reconocimiento> (haciendo suya una expresión hegeliana recuperada últimamente por el pensamiento multiculturalista) sostenida públicamente, por medio de la cual las debatidas constelaciones de intereses pueden ser abordadas por las instancias políticas correspondientes, ser introducidas en los órdenes del día de los órganos

⁷³³ Reva B. Siegel, “Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The case of the de facto ERA”, *op. cit.*, pp. 1350-1366.

⁷³⁴ Reva B. Siegel, “El rol de los movimientos sociales como generadores del derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos”, *Los límites de la democracia*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2004, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 265-268.

⁷³⁵ *Ibid.*, pp. 260 y 265.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 260.

⁷³⁷ *Ibidem*, pp. 269 y 270.

parlamentarios, ser discutidas y, llegado el caso, ser convertidas en una moción y tomarse sobre ello una resolución vinculante⁷³⁸.

Asimismo, 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. Así, explican cómo los diferentes valores en competencia configuran el proceso de decisión constitucional⁷³⁹ y respaldan el papel de los representantes populares, especialmente el de la ciudadanía, en contraposición con el de los jueces, 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 Constitución⁷⁴⁰, pues no basta con que den razones y principios de sus decisiones, aun cuando éstas sean acordes con las mejores prácticas profesionales⁷⁴¹. Lo cual no quiere decir que los tribunales deban convertirse en instituciones representativas como los son las legislaturas, sino de reconocer que la Constitución tiene una importante dimensión política que rebasa los confines de lo jurídico⁷⁴².

2.2.3. Cuestiones y críticas al constitucionalismo popular

En este apartado quiero tratar algunas de las inquietudes que ha generado el constitucionalismo popular. Para seguir con el hilo de la exposición, vuelvo sobre aquella que nos plantea el debate entre Friedman y Gargarella, y es la de la relación entre control judicial y preferencias mayoritarias. Si bien coincido con este último en que el constitucionalismo popular no busca que las decisiones de los tribunales sean

⁷³⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 393. Véase también, Jürgen Habermas, *La inclusión del otro*, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999, 189-227.

⁷³⁹ Robert C. Post y Reva B. Siegel, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *op. cit.*, nota 90, pp. 376 y 377.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 379

⁷⁴¹ Robert C. Post, y Neil S. Siegel, “Theorizing Law/ Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin”, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁴² Robert C. Post y Reva B. Siegel, “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, *op. cit.*, p. 25.

un reflejo de las preferencias mayoritarias, sí creo que es una interrogante que ronda a esta teoría. En efecto, una vez que entendemos -como hacen los populares- 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 pública⁷⁴³.

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: a) un juez “mayoritario” no tiene porque 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 de 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 claras⁷⁴⁴.

Los detractores de este tipo de propuestas han puesto en cuestión que la población (norteamericana) tenga interés en cuestiones constitucionales y que el voto sea una forma de manifestarlas. Asimismo, nos 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 significa⁷⁴⁵.

En mi opinión, la idea de un control judicial en diálogo con la ciudadanía debe ser tomada en serio si es que consideramos que las preocupaciones de los ciudadanos tienen derecho a moldear e informar los conceptos políticos, indicando

⁷⁴³ Larry Kramer, “Undercover Anti-Populism”, *op. cit.*, p. 1354.

⁷⁴⁴ David E. Pozen, “Judicial elections as popular constitutionalism”, *op. cit.*, pp. 2082. Esta descripción del control judicial mayoritario no se sigue por Pozen en todo su artículo, pues en la página 2114 afirma que de acuerdo a un control mayoritario, los jueces usan su discreción interpretativa para alcanzar resultados que van a satisfacer a sus votantes (pensando en los jueces norteamericanos que son electos). Con esta última visión no estoy de acuerdo.

⁷⁴⁵ Neal Devins, “The D’Oh! of Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, Vol. 105, 2006-2007, p. 1340-1345.

cómo se relacionan entre ellos y cómo deben interpretarse⁷⁴⁶. Es más, aun cuando no lo deseemos, la interacción entre valores populares y razones que dan los jueces es inevitable, como lo hacen cada vez que realizan una ponderación entre valores inconmensurables⁷⁴⁷. Con esto no estoy pensando en un control judicial que se guíe por una supuesta respuesta correcta compartida por la mayoría de la gente, pues aun suponiendo que la hubiera, es muy difícil identificarla. En este sentido, creo 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 es muy difícil de aceptar. Además de que parecería paradójico establecer una institución para controlar a otra por no sustentar la visión mayoritaria, pero que sin embargo está mejor equipada para hacerlo⁷⁴⁸. Más bien, creo que lo que se debe buscar es que los jueces consideren a los ciudadanos como sujetos capaces de interpretar la Constitución y, por tanto, se tomen en serio su opinión. El punto es diseñar instituciones adecuadas para que el juez entable un diálogo directo con los distintos componentes de la ciudadanía al momento hacer dicha interpretación.

Esto nos 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 populares: ¿cuándo utilizan el término pueblo lo hacen cómo una metáfora? ¿O es que realmente consideran al pueblo como una unidad orgánica⁷⁴⁹? Para Alexander y Solum, el pueblo no puede actuar como un todo orgánico (more schmittiano), sino que lo hace a través de las acciones de los individuos que lo componen. Por eso, consideran que si la apelación de Kramer al pueblo era una metáfora, debiera haberlo dicho, y si no era así, estaba equivocado

⁷⁴⁶ Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.*, p. 105. Cabe precisar que Bellamy está en contra de cualquier tipo de control judicial, pues en su opinión la intervención judicial viene a crear condiciones de dominación. Para este autor, dicha premisa implica que los ciudadanos tomen parte directamente en ese debate y puedan desalojar a aquellos que fracasan en calibrar con precisión el interés público, lo que no pueden hacer con jueces que son inamovibles.

⁷⁴⁷ Post, Robert C. y Siegel, Neil S., "Theorizing Law/ Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin", *op. cit.*, p. 25 y 30.

⁷⁴⁸ Lo que además implicaría una innecesaria duplicación de instituciones.

⁷⁴⁹ Larry Alexander y Lawrence B. Solum, "Popular? Constitutionalism?", *op. cit.*, p. 1607.

y confundido⁷⁵⁰. Como ya hemos visto, los populares se refieren a los movimientos sociales como grupos generadores de sentido constitucional, reconociendo que en principio no pueden hablar por <el pueblo>. Sin embargo, me parece que cuando se refieren al <pueblo> como actor constitucional, lo que buscan es generar una visión que se tome en serio los movimientos sociales, aun cuando <el pueblo> no tenga una sola voz o sea uniforme.

Por otro lado, está el debate sobre si el constitucionalismo popular (en la vertiente de Kramer) permite que el pueblo desconozca los fallos de la Corte. Este cuestionamiento lo hicieron Post y Siegel⁷⁵¹, 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 el Presidente no está obligado a ejecutarla, 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 caso⁷⁵². No parece que ésta sea una buena crítica, pues si no interpreto mal a Kramer, éste no busca el desacato de los fallos del tribunal cuando las otras ramas del gobierno estén en desacuerdo con su interpretación, sino sólo que éstas no estén vinculadas por la doctrina judicial. Así, si se declara la inconstitucionalidad de una ley con base en la cual se metió preso a una persona, la postura de Kramer no lleva a suponer que la administración pueda negarse a dejarlo en libertad, es decir, a no cumplir con el fallo. En mi opinión, la lectura equivocada que Post y Siegel hacen de Kramer se debe a no haber distinguido entre fallo y doctrina judicial, pues el rechazo a la supremacía judicial solamente implica

⁷⁵⁰ Larry Alexander y Lawrence B. Solum, "Popular? Constitutionalism?", *op. cit.*, pp. 1606 y 1607. En el mismo sentido Laurence H. Tribe señala que si el pueblo alguna vez fungió como tribunal de última instancia, lo hizo en un sentido metafórico. Reconoce que a la larga el pueblo siempre ha tenido la última palabra, pero objeta que se les quiera dar sobre sentencias particulares, pues eso haría del derecho constitucional algo que no es derecho. Laurence H. Tribe, "The People Themselves: Judicial Populism", *op. cit.* Como veremos más adelante, no creo que esa sea el objetivo de Larry Kramer.

⁷⁵¹ Esta misma crítica la hizo Erwin Chemerinsky, para quien la igualdad interpretativa por la que propugnan los críticos de la supremacía judicial conlleva la posibilidad de desobedecer las decisiones del Tribunal. Erwin Chemerinsky, "In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism", *op. cit.*, p. 680.

⁷⁵² Robert C. Post y Reva B Siegel, "Popular Constitutionalism, Departamentalism, and Judicial Supremacy", *op. cit.*, pp. 1033 y 1034.

la no vinculación de la doctrina. Otro ejemplo puede ayudar a clarificar las cosas. Supongamos que una ley tipifica la sedición como delito y los jueces reconociendo su constitucionalidad condenan a algunos individuos por su comisión. En este supuesto, el Ejecutivo podría concederles un indulto al considerar que la ley es inconstitucional, en tanto la interpretación judicial no le vincula⁷⁵³. Ahora bien, sino los indulta, no podría dejar de cumplir con la sentencia con el argumento de que no comparte la interpretación de los jueces.

Desde mi perspectiva, lo que pretende Kramer es un sistema en el que las distintas ramas del gobierno dialogan con el Tribunal Supremo, y el pueblo conserva la última palabra para interpretar la Constitución. Ahora bien, la pregunta siguiente es ¿cómo puede funcionar dicho sistema?, pues aun suponiendo que el pueblo actuara a través de ONG's y asambleas populares, ¿cómo harían valer sus opiniones frente a las instituciones estatales? Para algunos autores, esto es lo que hace impracticable y peligroso al constitucionalismo popular⁷⁵⁴.

No se requiere, sin embargo, 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 y, por el otro, de medios que promuevan el diálogo entre los poderes del Estado, como pueden ser las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad. Para algunos, estos medios podrían no satisfacer el discurso de los constitucionalistas populares en el que el pueblo tiene la última palabra. No tiene por qué ser así, pues como Kramer reconoce lo que tienen en común los populares es insistir en que el pueblo busca lograr sus objetivos a través del gobierno, ya sea a través de leyes, reformas constitucionales, acciones administrativas o decisiones judiciales⁷⁵⁵. Así, buscan romper con las visiones tradicionales sobre el proceso de interpretación según las cuales los tribunales tienen un marcado protagonismo, recordándonos el papel político que podemos jugar más allá de las instituciones. En otras palabras,

⁷⁵³ Barry Friedman, "The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy", *op. cit.*, p. 377.

⁷⁵⁴ Alexander, Larry y Solum, Lawrence B., "Popular? Constitutionalism?", *op. cit.*, pp. 1635-1637.

⁷⁵⁵ Larry Kramer, "The interest of the Man': James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy", *op. cit.*, nota 19, p. 738, nota al pie 128.

los popular promueven un discurso necesario para que la opinión pública sea tomada en serio en la deliberación constitucional.

Para terminar quiero referirme a la compatibilidad o no de los movimientos sociales conservadores con los valores del constitucionalismo popular. Así, por ejemplo, algunos académicos han puesto sobre la mesa la compatibilidad del constitucionalismo popular con el Tea Party⁷⁵⁶, movimiento norteamericano conservador y fuerte opositor del presidente Barack Obama, que reivindica “La” visión de los Padres Fundadores. Según la descripción de Goldstein, este movimiento utiliza una retórica constitucional con el fin de promover una agenda nacionalista, en la que el pueblo americano es dibujado como un pueblo excepcional y destinado a ser el líder mundial, adelantando los principios del individualismo, el gobierno limitado y la libertad de mercados⁷⁵⁷. Eso sí, con una visión fundamentalista de lo que es ser <americano>, calificando de <no americanos> a aquéllos que sostienen valores y políticas opuestas⁷⁵⁸. Entre las reformas constitucionales que proponen para contrarrestar lo que consideran el crecimiento desmedido del gobierno federal tenemos: a) que los senadores dejen de ser electos popularmente para volver a ser electos por las legislaturas de los estados, pues consideran que estarán más interesados en resistir la expansión del gobierno federal; y, b) la “Repeal Amendment”, según la cual dos terceras partes de los estados podrían rechazar cualquier legislación federal⁷⁵⁹.

En mi opinión, el constitucionalismo popular sirve como marco teórico para dar cuenta tanto de los movimientos conservadores como progresistas en su calidad de intérpretes de la constitución, incluido el Tea Party⁷⁶⁰. Sin embargo, las

⁷⁵⁶ Para una defensa del *Tea Party* como movimiento popular, véase Ilya Somin, “The Tea Party movement and popular constitutionalism”, *Northwestern Law Review Colloquy*, Vol. 105, 2011, pp. 300-314.

⁷⁵⁷ Goldstein, Jored A., “Can popular constitutionalism survive the Tea Party movement?”, *Northwestern Law Review Colloquy*, Vol. 105, 2011, p. 290.

⁷⁵⁸ *Idem*.

⁷⁵⁹ Ilya Somin, “The Tea Party movement and popular constitutionalism”, *op. cit.*, pp. 306-308.

⁷⁶⁰ En uno de sus trabajos Siegel plantea como la movilización conservadora a favor del derecho individual de portar armas modificó la forma de entender la Segunda Enmienda, caracterizando a dicho movimiento como popular y claramente partidista, aunque no consensuado o mayoritario. Reva B. Siegel, “Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller”, *Harvard Law Review*, vol. 122, 2008, p. 241. Para Tushnet, no todas las movilizaciones políticas son creadoras de derecho

propuestas institucionales y la ideología del Tea Party parecen no ser compatibles con los valores que sostienen al constitucionalismo popular, particularmente con la igual consideración y respeto de todos los ciudadanos como sujetos capaces de deliberar y gobernarse a sí mismos, así como con la deliberación abierta y continua por la que propugnan los populares. En ese sentido, parece claro que la estrategia de dicho movimiento de <demonizar a sus oponentes>, defender la idea de que sólo existe una concepción sobre los principios fundacionales y de lo que significa ser americano, así como de los valores que la constitución protege⁷⁶¹, contradice frontalmente el punto de partida de los populares: el <desacuerdo razonable> que existe en una sociedad plural sobre el sentido de la constitución. En ese sentido, creo el Tea Party no pone en entredicho la relación que existe entre una democracia (participativa) y el constitucionalismo popular⁷⁶².

constitucional, aunque muchas, tal vez la mayoría, sí lo sean. Asimismo señala que algunas de esas movilizaciones son mediadas por las organizaciones políticas tradicionales, como los partidos políticos, y estima que lo que caracteriza a esas movilizaciones es la retórica que utilizan, aunque las formas son las mismas que las de la política ordinaria. Tushnet, Mark, "Popular constitutionalism as political law", *op. cit.*, pp. 996-995.

⁷⁶¹ Jored A. Goldstein, "Can popular constitutionalism survive the Tea Party movement? *op. cit.*, pp. 291, 292 y 298.

⁷⁶² Como sí lo pone en duda Goldstein, en *ibid.*, p. 291.

Capítulo IV. Formas institucionalizadas de diálogo constitucional.

Como se ha mencionado el tránsito a una justicia constitucional deliberativa requiere además de una teoría de la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo. Hasta ahora hemos abordado en qué consiste dicha teoría y hemos visto cómo nos puede servir para criticar ciertas prácticas constitucionales. En los siguientes apartados explicaré diversas formas en que se puede institucionalizar un diálogo constitucional amplio e inclusivo.

Los partidarios de la teoría del diálogo tienen, al menos, dos preocupaciones a este respecto. Cómo diseñar el diálogo en el tribunal y el diálogo entre tribunales y poder legislativo durante el proceso y con posterioridad a la sentencia. Como punto de partida, hay que tomar en cuenta que los jueces tienen garantizada su independencia de las partes y de terceros con el fin de obtener decisiones imparciales. Además, gozan de facultades para moldear e incentivar el diálogo.

1. La necesidad de institucionalizar el diálogo: La despenalización del aborto en el Distrito Federal y sus secuelas.

Un ejemplo útil para pensar cómo la justicia constitucional puede ser una sede de deliberación incluyente, promover la deliberación sobre asuntos profundamente controvertidos y la oportunidad que tiene de garantizar la deliberación parlamentaria es el caso de la despenalización del aborto en el Distrito Federal, en el que la Suprema Corte mexicana integró a la ciudadanía en sede judicial, analizó seriamente y fue deferente a la decisión de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y propició que la discusión continuara con posterioridad a la sentencia⁷⁶³.

⁷⁶³ Sobre el respeto y protección de las deliberaciones parlamentarias, y el impulso que la justicia constitucional puede dar a la deliberación véase William N. Eskridge Jr. y John Ferejohn “Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review”, *op. cit.*

Como el lector puede ya conocer, el proceso comenzó con el debate que se dio en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo hasta la duodécima semana de gestación y que tuvo como conclusión la reforma del Código Penal para permitir dicha conducta. Ante tal situación, el Gobierno Federal, a través del Procurador General de la República, así como la Comisión Nacional de Derechos Humanos interpusieron dos acciones de inconstitucionalidad impugnando su conformidad con la Constitución⁷⁶⁴.

Así, la Suprema Corte tenía que resolver un problema constitucional profundamente controvertido, en el que “la dificultad de la cuestión es de por sí suficiente para explicar por qué personas razonables están en desacuerdo”⁷⁶⁵. De manera muy simplificada, a mi criterio la Corte podía seguir, por lo menos, tres líneas argumentativas para construir su sentencia: a) reconocer el derecho de la mujer sobre su propio cuerpo con base en derechos fundamentales como la privacidad, autodeterminación, intimidad, igualdad, etc.; b) determinar que el derecho a la vida del no nacido primaba sobre el derecho de la mujer, o c) determinar que la Constitución no exige ni prohíbe el aborto, quedando a discreción del legislador su regulación.

Como explica Pou, después de un proceso inédito en el que se celebraron seis audiencias públicas y se recibieron cientos de escritos, cartas y correos electrónicos, la Suprema Corte reconoció la constitucionalidad de la reforma a los artículos 144 a 147 del Código Penal del Distrito Federal.⁷⁶⁶ A través de una

⁷⁶⁴ Acción de inconstitucionalidad 146/2008 y su acumulada 147/2008.

⁷⁶⁵ Jeremy Waldron, “Deliberación, desacuerdo y votación”, *op. cit.*, p. 258.

⁷⁶⁶ ARTÍCULO 144. Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación.

Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.

ARTÍCULO 145. Se impondrá de tres a seis meses de prisión o de 100 a 300 días de trabajo a favor de la comunidad, a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar, después de las doce semanas de embarazo. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

Al que hiciere abortar a una mujer, con el consentimiento de ésta, se le impondrá de uno a tres años de prisión.

ARTÍCULO 146. Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

sentencia minimalista y ambigua respecto a los derechos en juego, consideró que la penalización del aborto en las primeras doce semanas de gestación es una opción constitucional de las legislaturas estatales. Según los/as ministros/as, en tanto la penalización de dicha conducta es facultativa corresponde decidirlo al mundo de la política⁷⁶⁷.

En otras palabras, lo que hicieron los ministros fue obligar a otros actores constitucionales a deliberar y tomar la decisión. Lo que por cierto no exime a la Suprema Corte de verificar la calidad de esa deliberación, pues “bajo un modelo deliberativo el representante no está simplemente para expresar la voluntad de sus electores, sino que tiene la obligación de buscar una solución que contemple todos los intereses en juego, para lo cual habrá de valerse de argumentos que apelen a la imparcialidad y a la racionalidad de los demás ciudadanos”⁷⁶⁸.

Es verdad que para los que somos partidarios del derecho a decidir la solución de los ministros tiene la desventaja de no garantizar su protección en todo el país, sin embargo, para nuestra (des) ilusión el proceso democrático no siempre puede darnos los resultados que deseamos. En efecto, el hecho de que otros hagan una interpretación constitucional distinta a la nuestra no debe ser causa de molestia. Lo que corresponde es tratar de convencer a los demás de que la interpretación que proponemos nos convierte en una mejor sociedad⁷⁶⁹. Esto es así, pues “bajo las circunstancias del desacuerdo lo que para algunos puede resultar una

Pare efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años de prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

ARTÍCULO 147. Si el aborto o aborto forzado lo causare un médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme a este capítulo, se le suspenderá en el ejercicio de su profesión u oficio por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

⁷⁶⁷ Francisca Pou Jiménez, “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2009, pp. 149-152, disponible en línea www.anuariocdh.uchile.cl

⁷⁶⁸ Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, *op. cit.*, p. 333.

⁷⁶⁹ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, p. 31.

<<restricción>>, para otros puede resultar una interpretación más generosa de los derechos”⁷⁷⁰.

Desde un punto de vista dialógico, esta sentencia sirvió también para comunicar a las legislaturas estatales que la prohibición del aborto quedaba a su discreción⁷⁷¹. Así, algunos Estados entendieron la señal y reformaron sus constituciones para proteger al no nacido desde el momento de la concepción⁷⁷². Estas reformas a su vez fueron impugnadas ante la propia Suprema Corte, la que después de una votación de siete votos a favor y cuatro en contra de su inconstitucionalidad, desestimó las acciones interpuestas⁷⁷³; es decir, volvió a dejar la decisión en manos del legislador.

Por lo que toca a las sentencias sobre las reformas constitucionales que se hicieron a nivel local⁷⁷⁴, lo primero que debe decirse es que los proyectos de sentencias presentados por el Ministro Franco González Salas contenían una argumentación mucho más sustantiva que la sentencia sobre el Código Penal del Distrito Federal. En ese sentido, se transitaba hacia una interpretación judicial que protegía el derecho a decidir, haciendo inconstitucional la penalización del aborto. En efecto, una de las razones por las cuales dos de los ministros votaron a favor de

⁷⁷⁰ Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, op. cit., p. 73.

⁷⁷¹ Para Nino el aborto es uno de los temas que deberían transferirse a nivel de unidades políticas más pequeñas, donde todos los afectados podrían encontrarse y discutir estos asuntos. Ello daría lugar, nos explica, a que existiera una mayor posibilidad de que la gente eligiese la comunidad política a la cual quiere pertenecer. Sin embargo, nos advierte, que la dispersión espacial de la voluntad popular es alcanzada a costa de un considerable debilitamiento del valor epistémico de la democracia, dado que no hay conexión directa entre las conclusiones del diálogo democrático y una justificación para actuar de acuerdo con esa conclusión. Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 212, 228 y 229.

⁷⁷² Aunque algunos Estados empezaron a tramitar las reformas incluso antes de la sentencia de la Suprema Corte, haciendo expresa referencia a la reforma del Distrito Federal. Es decir, se amplió el diálogo federal sobre el aborto, procesando una tensión básica de la sociedad mexicana. Sobre el federalismo dialéctico véase Robert M. Cover y T. Alexander Aleinikoff, “Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court”, *Yale Law Journal*, Vol. 86, 1977, pp. 1035-1102. Esa misma dialéctica federal se presentó en EE.UU. donde *Roe* generó importantes reacciones dentro de los Estados, incluyendo acciones abiertas de desafío. Asimismo, esta decisión también sirvió para involucrar en el debate a una gran cantidad de grupos religiosos y médicos, así como para motivar al público. Barry Friedman, “Dialogue and judicial review”, op. cit., pp. 662-665.

⁷⁷³ Véanse las sesiones del Pleno de la Suprema Corte del 26, 27 y 28 de septiembre de 2011. Las acciones fueron desestimadas al no alcanzar la mayoría cualificada de 8 votos que establece el artículo 105 de la Constitución para declarar la invalidez de una ley.

⁷⁷⁴ Acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009.

reconocer la constitucionalidad de las reformas estatales fue que se trataba de una cuestión que debe decidir el legislador.

Ahora bien, el hecho de que sea el legislador quien debe tomar la decisión - en tanto hay un proceso de deliberación en marcha⁷⁷⁵- no hace que el proceso por el que ésta se adopta y el modo en que se plasma sean intrascendentes, pues la legitimidad del derecho vigente depende de la racionalidad del proceso legislativo⁷⁷⁶. De ahí que con independencia de los argumentos de fondo que pueden darse en contra de las disposiciones impugnadas, vale la pena preguntarse si el proceso de reforma sufría de algún otro vicio. Con el fin de ejemplificar mi punto, a continuación analizó el supuesto de la reforma a la Constitución de Baja California.

El artículo 7º reformado de dicha Constitución dispone que “El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los demás derechos que otorga esta Constitución; de igual manera esta norma fundamental tutela el derecho a la vida, al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.”

De este modo, la disposición establece que se reputa al concebido como nacido para “todos” los efectos legales correspondientes. La redacción de este precepto fue una de las razones principales por la que se proponía su inconstitucionalidad, en tanto cerraba la puerta a cualquier ponderación posterior del legislador ordinario. Es decir, es una disposición que cerraba el debate ulterior

⁷⁷⁵ Como explica Waldron, no existe contradicción entre sostener que “A” es la decisión correcta (v.gr. el derecho a decidir), pero que “B” es la decisión que debe implementarse (v.gr. la que tome el legislador), pues son respuestas a preguntas distintas, aunque complementarias. La primera es su contribución al desacuerdo y la segunda atiende al proceso de decisión. Jeremy Waldron, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *op. cit.*, p. 34. En sentido similar, Eskridge y Ferejohn estiman que la Corte Suprema norteamericana decidió prematuramente en *Roe v. Wade* (1973) reconocer un derecho fundamental al aborto, pues las legislaturas estatales no había tenido la oportunidad de considerarlo y sin que la nación tuviera oportunidad de conocer los efectos de la regulación de California y Nueva York expedida poco antes de *Roe*, y sin tener información del departamento de salud, educación y bienestar. *op. cit.*, p. 1293-1294.

⁷⁷⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 311.

sobre los supuestos del aborto en la sociedad bajacaliforniana, donde muy probablemente existe un fuerte desacuerdo sobre el tema.

De la revisión del procedimiento de reforma a la Constitución bajacaliforniana es fácil percatarse que la calidad deliberativa del debate fue muy baja. Así, tenemos que sólo cuatro de los veinticuatro que votaron la iniciativa (21 a favor y 3 en contra) eran mujeres. Tres de ellas pertenecientes al Partido Acción Nacional y, por tanto, con una línea preestablecida en contra del derecho a decidir. Lo mismo sucedió en la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales -comisión encargada del dictamen- en la que sólo había una mujer de dicho Partido. Además, en vulneración del principio de especialidad parlamentaria, no se solicitó el apoyo de ninguna otra comisión para su estudio, como podrían haber sido las comisiones de Derechos Humanos, Equidad y Género y Salud⁷⁷⁷. Asimismo entre la presentación de la iniciativa y su aprobación por el Congreso pasaron sólo cinco meses, sin que conste que se haya realizado algún proceso de consulta pública, como lo ameritaba un tema tan complejo y como fue solicitado por la diputada del Partido de la Revolución Democrática (única mujer que se opuso a la iniciativa). Al igual que no se debatió en el Pleno el oficio de oposición presentado por la Coordinadora de la Red de Mujeres de Baja California. De tal forma, no se garantizó la contradicción y el derecho a debatir de la minoría⁷⁷⁸. De la misma manera, la aprobación tácita de los Ayuntamientos, por aplicación de la regla establecida en el segundo párrafo del artículo 112 de la Constitución de Baja California⁷⁷⁹, hace sospechar que tampoco hubo discusión en los Municipios. Es decir, se trató de un procedimiento en el que no se escucharon todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes y, por tanto, que los discursos y negociaciones se hicieran con base en las mejores

⁷⁷⁷ Así lo permite el art. 68 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo de Baja California.

⁷⁷⁸ Es cierto que la reforma fue aprobada por una amplia mayoría de diferentes partidos políticos, sin embargo, ninguno de ellos planteó su oposición a la misma. De ahí que la petición de la única mujer opositora para abrir un espacio diálogo, cobra mayor trascendencia.

⁷⁷⁹ Artículo 112. (...) Si transcurriere un mes después de que se compruebe que ha sido recibido el proyecto de que se trata, sin que los Ayuntamientos remitieran al Congreso el resultado de la votación, se entenderá que aceptan la adición o reforma.

informaciones y razones posibles, rompiendo así la el tratamiento racional de la cuestión.⁷⁸⁰

Finalmente, volviendo a la forma en que se estableció la protección del concebido, es decir, para “todos” los efectos legales correspondientes, considero que el proyecto presentado por el Ministro Franco González Salas llamaba muy bien la atención sobre la inseguridad que generaba respecto a la derogación o no de algunos artículos del Código Penal, entre ellos, el 136 sobre los abortos no punibles, así como sobre la repercusión en la utilización de métodos anticonceptivos como el dispositivo intra-uterino (DIU), de reproducción asistida como la fertilización in-vitro, etc.⁷⁸¹ De esta manera, más allá del debate sobre el aborto, la Corte podría haber declarado la inconstitucionalidad de la reforma con el fin de llamar la atención al legislador sobre los alcances -tal vez no deseados- de la disposición. En ese sentido, creo que declarar la invalidez de la palabra "todos" hubiera sido la mejor solución posible, que a su vez hubiera incentivado un nuevo debate legislativo.

En conclusión, el caso del aborto nos enseña cómo la teoría del diálogo constitucional es útil tanto para describir el proceso de interpretación constitucional, como para valorar la actuación de la Suprema Corte como garante y promotora del diálogo. Como pudimos observar, la sentencia que reconoció la constitucionalidad de la legislación del Distrito Federal no cerró el debate e incluso potenció su discusión en otras sedes de deliberación⁷⁸². En mi opinión, dicha resolución es acorde con los postulados deliberativos, pues ante un profundo desacuerdo social defirió al juicio de otros poderes con mayor legitimidad democrática e incitó a que el tema se siguiera debatiendo. Este punto debe resaltarse, pues si bien es cierto que cualquier resolución de la Corte hubiera generado una discusión posterior, fueron los ministros quienes lo propiciaron. Desafortunadamente, no se puede decir lo

⁷⁸⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 238.

⁷⁸¹ Apartado III del proyecto “efectos del artículo 7º, primer párrafo, de la Constitución local en la legislación secundaria del estado”.

⁷⁸² En su importante libro sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales, Robert Alexy se ha referido a cómo el Tribunal Constitucional Federal Alemán a través de sus manifestaciones generales y, a menudo, ambiguas, provoca reiteradamente discusiones sobre los derechos fundamentales. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 23 y 24.

mismo de la reforma de Baja California, en la que Corte incumplió su función de garante de una deliberación parlamentaria efectiva e incluyente.

En cualquier caso, como vimos al analizar el debate sobre la facultad del Senado para resolver conflictos políticos, no es claro que la Corte siempre asuma un papel deliberativo y de ahí que no pueda hablarse de una posición congruente. En ese sentido, si bien la sentencia sobre el Distrito Federal puede festejarse por haber incentivado el diálogo a nivel estatal, es llamativo que se haya hecho sólo en este caso. Lo que pone de manifiesto, una vez más, la necesidad de facilitar e institucionalizar el diálogo entre poderes y de éstos con la ciudadanía⁷⁸³.

2. Los procesos judiciales como instrumentos de participación política y los tribunales como sedes de diálogo.

La ideas de los procesos judiciales como instrumentos de participación política y los tribunales como sedes de diálogo han sido estudiadas por teóricos preocupados por el déficit democrático de la justicia constitucional. En este apartado quiero distinguir ambas vertientes, pues aun cuando están relacionadas, a mi entender tienen lógicas distintas. Mientras quienes ven a los procesos constitucionales como instrumentos de participación política buscan integrar a los excluidos del proceso político para que puedan deliberar con la administración y la legislatura, los que miran a los tribunales como sedes de diálogo buscan incluir más voces en los tribunales por razones epistémicas. Es cierto que un mismo autor puede sostener ambas posturas, pero debe quedar claro que la finalidad que se busca con la inclusión de voces es distinta.

⁷⁸³ Para una concepción deliberativa de la democracia, el derecho cobra pleno sentido normativo no *per se* a través de su forma, tampoco por un *contenido* moral dado *a priori*, sino por un *procedimiento* de producción legislativa, que genera legitimidad. Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 203.

2.1. La participación en los procesos judiciales como instrumento de participación política.

Cuando se habla de la participación en los procesos judiciales básicamente se piensa en quienes tienen legitimación procesal para intervenir en el proceso y en la inclusión de otros sujetos como expertos, *amicus curiae*, etc. Esta posibilidad de intervenir permite deliberar con el juez y con las partes.⁷⁸⁴ Alguien podría pensar que esta participación en los procesos judiciales ya es per se un tipo de participación política que contribuye a la legitimidad de la justicia constitucional. En mi opinión, no todo tipo de participación en los procesos judiciales debe ser entendida como participación política que contribuye a dicho fin.

Desde mi perspectiva, para que la participación en los procesos judiciales sea un mecanismo de participación política deben darse dos condiciones. Por un lado, que quienes participan en el proceso judicial sean los excluidos o los tratados sistemáticamente de manera desigual en el proceso político o quienes defienden sus intereses.⁷⁸⁵ Así, por ejemplo, Kavanagh dice que la participación en sede judicial suele justificarse en la idea de que la participación en el proceso democrático no es sustancialmente igual para todos, pues depende de recursos políticos, financieros y organizacionales, lo que hace que la influencia política de los ciudadanos sea dispar. Así, lo que se pretende es que aquellos que no pudieron

⁷⁸⁴ Sobre la legitimación en los procesos constitucionales en España véase Ignacio Torres Muro, *La legitimación en los procesos constitucionales*, Madrid, Editorial Reus, 2007.

⁷⁸⁵ Sobre la noción de excluidos del proceso político véase el apartado sobre minorías sociales en el siguiente capítulo. De acuerdo con Friedman, un buen ejemplo de un Tribunal que incluyó a los excluidos del proceso político es la Corte norteamericana durante el período que estuvo dirigida por Earl Warren, conocida comúnmente como la "Corte Warren". Barry Friedman, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 237 y 238.

La defensa de los intereses de los excluidos puede darse en algunos países por terceros que sin haber sufrido un daño tienen legitimación para hacerlo. Sobre el tema véase Aparna Polavarapu, "Expanding standing to develop democracy: Third party public interest standing as a tool for emerging democracies", *Yale Journal of International Law* (en prensa), disponible en línea http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2610799

lograr el apoyo o reconocimiento suficiente tengan mayores chances ante la Suprema Corte⁷⁸⁶.

En otras palabras, no podemos hablar de participación política a través de los procesos judiciales cuando los tribunales solo son un medio para que los que ya han sido escuchados en el proceso político hagan valer sus argumentos de nueva cuenta y en un procedimiento privilegiado, buscando ganar lo que perdieron en sede parlamentaria. Esto es así, pues lo que se busca a través de los procesos constitucionales como mecanismos de participación política es igualar las oportunidades de participación, por lo que los que si han sido escuchados no necesitan de esa igualación.⁷⁸⁷

En segundo lugar, para que la intervención en un proceso judicial sea un mecanismo de participación política es necesario poder deliberar e intentar influir en las instituciones que toman las decisiones. Naturalmente en todos los procesos judiciales se dialoga más o menos con los jueces, por lo que no es esta característica la que lo hace un mecanismo de participación política. Lo que la participación política exige es que el diálogo se dé con la administración o el poder legislativo.

Desde este punto de vista, no toda participación ciudadana en un proceso constitucional implica participación política en el sentido estricto que le estamos dando al término.

Pues bien, la participación política en los procesos judiciales puede cumplir con los siguientes cometidos democráticos: 1. Evitar que la discusión ciudadana sea

⁷⁸⁶ Aileen Kavanagh, "Participation and judicial review: A reply to Jeremy Waldron", *op. cit.*, pp. 480 y 484.

⁷⁸⁷ Un ejemplo más o menos fácil de participación política a través de un proceso judicial es la inclusión de una minoría excluida. Es más o menos fácil cuando ya definimos los criterios para tenerla por excluida, pero como veremos en el próximo capítulo esa no es una tarea sencilla. Un ejemplo difícil podría ser el de las minorías parlamentarias. Estas por naturaleza no están excluidas del proceso político, sin embargo, podrían considerarse como tal si pierden sistemáticamente las votaciones en el parlamento, en cuyo caso su legitimación en una recurso o acción de inconstitucionalidad es un mecanismo de participación política.

abortada por el poder sin haber sido escuchada⁷⁸⁸, 2. Conceder un espacio de participación a los sectores sociales tradicionalmente excluidos.

En otras palabras, se trata de imaginar canales de participación no electorales, principalmente para aquéllos que recurrentemente son excluidos de la arena política. Sin que por ello se pretenda hacer de los tribunales instituciones en las que estén representadas todas las opiniones que conforman una sociedad pluralista, pues se trata de una aventura destinada al fracaso y para la cual definitivamente están mejor equipadas las asambleas legislativas. Así, lo que debe buscarse a través de la participación en los procesos constitucionales es suplir los déficits participativos en las que pudieran haber incurrido las asambleas legislativas. Subrayo el punto de las deficiencias, pues las vías de participación en sede judicial conllevan el riesgo de convertirse medios para obtener una ventaja que no se ha podido adquirir por medio del proceso político ordinario, aun cuando éste haya funcionado de manera relativamente aceptable⁷⁸⁹, en cuyo caso el proceso judicial dejaría de ser un elemento corrector que sirve para dar el mismo peso a todas las opiniones y para proteger a las minorías enquistadas⁷⁹⁰.

Esta tarea cobra especial relevancia en los países en que las posibilidades de participación están severamente reducidas, en tanto no existen vías institucionales adecuadas para la manifestación constitucional de la ciudadanía o las que existen son deficientes, pues estos mecanismos pueden convertirse en una válvula de escape dentro del sistema y en una forma de inclusión de las minorías excluidas en “high politics”⁷⁹¹.

Ahora bien, diseñar nuestras instituciones judiciales de tal forma que permitan que las razones e intereses que no son tomados en cuenta

⁷⁸⁸ Roberto Gargarella, “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”, *Isonomía Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 33, 2009, p. 13.

⁷⁸⁹ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁹⁰ Para Bayón el control judicial sería conveniente para proteger “minorías enquistadas” consistentes en grupos sociales claramente identificables cuyas ideas y preferencias acaban siendo de manera recurrente la minoría. Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 352 y 353.

⁷⁹¹ Jack M. Balkin y Sanford Levinson, “Understanding the Constitutional Revolution”, *Virginia Law Review*, Vol. 87, núm. 6, 2001, p. 1061.

sistematicamente en el procedimiento legislativo sean recibidos en la arena judicial, es solo el punto de partida, pues que esos argumentos sean adoptados por los jueces queda en buena medida a su discreción.

De hecho, hay quienes consideran que para que la participación en los procesos judiciales sean mecanismos de participación política que contribuyan a la legitimación de la justicia constitucional es necesario que de esos procesos deriven ciertos resultados. Por ejemplo, que sirvan para colocar un tema en el debate político y llamar la atención del público, aun cuando no se convenza a los jueces de la Corte⁷⁹², o que los tribunales sirvan para abrir los canales de participación, sean medios de comunicación con las autoridades, o funcionen como sedes de protesta.⁷⁹³

En mi opinión, este último enfoque en los resultados nos lleva más allá de la participación política, al tema de las contribuciones que puede hacer la justicia constitucional a la democracia deliberativa, el cual abordaremos en el último capítulo.

Por lo pronto basta decir que coincido con quienes valoran la participación política a través de los procesos judiciales⁷⁹⁴, pero estiman que no es suficiente para justificar la justicia constitucional, en tanto el impacto de los argumentos presentados no se calibra a través del voto en igualdad de condiciones sino que queda en manos de los jueces.⁷⁹⁵ En otras palabras, “no importa cuántos esquemas concibamos en aras de incrementar el número de intereses y argumentos a los que los jueces están expuestos, el hecho de que son éstos y no las partes quienes tienen la última palabra precluye cualquier referencia directa a la participación como una fuente de legitimación”⁷⁹⁶. En efecto, como veremos más adelante, la legitimidad del

⁷⁹² Aileen Kavanagh, “Participation and judicial review”: A reply to Jeremy Waldron”, *op. cit.*, p. 482-484.

⁷⁹³ Gal Dor y Meanachem Hofnung, “Litigation as Political Participation”, *Israel studies*, Vol. II, núm. 2.

⁷⁹⁴ Como sí lo hace Aileen Kavanagh, “Participation and judicial review”: A reply to Jeremy Waldron”, *op. cit.*, p. 481 y 482.

⁷⁹⁵ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁹⁶ Agustín José Menéndez, *Justifying Taxes*. Dordrecht, Kluwer, 2001, p. 240, citado por Eriksen, Erik Oddvar, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, *op. cit.*, 121.

órgano jurisdiccional en un modelo dialógico descansa en los aportes efectivos que haga al proceso deliberativo, más que en la acomodación que haga de la dimensión participativa o representativa⁷⁹⁷.

2.2. Los tribunales como sedes de diálogo.

En contextos en los que los tribunales pueden controlar el actuar de la administración e invalidar leyes bajo un parámetro muy amplio y a través de diversas vías procesales, la justicia constitucional se convierte en un foro privilegiado para el diálogo constitucional⁷⁹⁸.

Reconocer que la justicia constitucional es una sede de deliberación conlleva aceptar la existencia del desacuerdo y de preferencias divergentes⁷⁹⁹. Es decir, si admitimos que en la justicia constitucional se delibera y discute es porque los jueces también tienen desacuerdos sobre cómo se debe interpretar la Constitución y, en particular, los derechos fundamentales en casos concretos. Así, no es de recibo el argumento de que la justicia constitucional es el foro en el que se hacen valer cartas de triunfo⁸⁰⁰, como si éstas tuvieran un contenido predeterminado a la deliberación judicial, pues es precisamente la deliberación y la necesidad de una regla de decisión la mejor prueba del desacuerdo.

En el primer capítulo de la tesis hice una comparación suscita entre los tribunales colegiados y los parlamentos como sedes de deliberación. Ahí llegué a la conclusión de que se trata de instituciones deliberativas que se complementan y tienen distintos propósitos, siendo que los tribunales revisan las decisiones que toman los parlamentos en un proceso deliberativo con un mayor número de participantes, con más información, tal vez de manera más pausada, etc. Como

⁷⁹⁷ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, op. cit., p. 110.

⁷⁹⁸ Autores como Tremblay ponen en cuestión que un proceso judicial haya un diálogo, pues las partes no están en igualdad de circunstancias que los jueces, quienes tienen la responsabilidad de tomar una decisión. Luc. B. Tremblay, "The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", op. cit., p. 635

⁷⁹⁹ J. Luis Martí, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, op. cit., p. 28.

⁸⁰⁰ Ronald Dworkin, "Rights as trumps", en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*, Oxford University Press, New York, 1984, pp. 153-167.

veremos en el último capítulo, esta revisión la hacen los tribunales aplicando métodos específicos y poniendo énfasis en cuestiones particulares, con el fin de obtener una mejor solución. En este apartado ahondaré en algunos detalles de los tribunales como sedes de diálogo.

Si pensamos en los tribunales constitucionales como sedes de diálogo, éstos conforman el universo de toma de decisiones en el que trataría de aplicarse un modelo de democracia deliberativa⁸⁰¹. El diálogo en los tribunales constitucionales puede darse en las distintas fases del proceso y entre diversos participantes. Lo más común es que a lo largo del proceso y antes de dictar sentencia el diálogo se entable entre los jueces y participantes en el proceso, ya sean los sujetos legitimados para intervenir u otros sujetos que hayan concurrido o fueron llamados al juicio. Pero una vez que se llega a la etapa de dictar sentencia, entonces el diálogo se reduce a los jueces que son los que toman la decisión. Asimismo, no debemos olvidar que de manera paralela al diálogo que se desarrolla en el tribunal puede presentarse un diálogo entre jueces y otros interlocutores que no participan en el proceso, por ejemplo, con los medios de comunicación⁸⁰².

De ahí la trascendencia de quienes pueden participar en los procesos constitucionales para el tipo de diálogo que se desarrolle en el tribunal; parafraseando a Kelsen, de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en que el Tribunal Constitucional pueda cumplir su misión como sede de diálogo.⁸⁰³

⁸⁰¹ La concepción de la justicia constitucional como sede deliberativa ha sido criticada por Friedman, quien considera que dicha visión no se apega a la realidad de la operación del Tribunal, en el que no existe conversación alguna y en donde los votos y la opinión son objetos de negociación política. Además, según su opinión, en tanto teoría normativa no presta atención a la actuación estratégica de los jueces. Barry Friedman, "The Politics of Judicial Review", *op. cit.*, nota 29, pp. 285-286. Para un análisis de los procesos decisorios del Tribunal Constitucional español desde los postulados de la democracia deliberativa, véase Itz'ar Gómez Fernández, "Una aproximación al tribunal constitucional español desde la teoría de la democracia deliberativa", *Revista General de Derecho Constitucional*, No. 2, 2006.

⁸⁰² Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁰³ Hans Kelsen, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", trad. Domingo García Belaunde, *Revista de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, [1928] 2008, pp. 38.

Los participantes en el proceso pueden ser sujetos legitimados, o sujetos no legitimados que concurren al proceso o son llamados a éste por los jueces. Dichos participantes tienen funciones para fijar la agenda y como fuentes de información.

Por un lado, los sujetos legitimados determinan en alguna medida los conflictos que llegan a la mesa de los jueces. En efecto, éstos no son realmente quienes eligen el tema que los lleva a colocarse en la agenda del poder legislativo o ejecutivo, pues esa elección la hace el individuo que alega que sus derechos constitucionales han sido violados o limitados injustificadamente⁸⁰⁴. Asimismo, en muchos casos son las partes legitimadas en el proceso las que deben impulsarlo y proveer de pruebas y alegatos a los jueces.

Aunque también es cierto que los tribunales constitucionales suelen tener en sus manos herramientas jurídicas que les dan más o menos discreción para conocer o no de asuntos. Por ejemplo, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce en términos generales de asuntos que plantean una cuestión constitucional “de importancia y trascendencia”, categoría que les da a los jueces un amplio margen de discreción. Además tiene la posibilidad de fijar la fecha en que los asuntos serán debatidos por los jueces⁸⁰⁵ y existe un grado de fluidez que se da en la elaboración del proyecto de sentencia, en su discusión por los/as ministros/as y en el engrose final.⁸⁰⁶

Así, con buen criterio Rubio Llorente ha señalado que el grado de incidencia que la jurisdicción constitucional puede tener en la vida de los ciudadanos, está en función directa de las posibilidades de que dispongan para acudir ante ella y en consecuencia resulta mayor cuanto más amplia es la legitimación y más extenso el elenco de los actos impugnables. Lo contrario sucede cuando la legitimación está restringida a órganos de naturaleza política y sólo para dirimir diferencias de criterio respecto de los límites constitucionales de la ley⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Peter Hogg et. al., “Charter Dialogue Revisited --- Or “Much Ado About Metaphors”, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁰⁵ Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, *op. cit.*, p. 159-161.

⁸⁰⁶ Véase Kevin T. McGuire y Barbara Palmer, “Issue Fluidity on the U.S. Supreme Court”, *American Political Science Review*, Vol. 89, núm. 3, 1995, pp. 691-702.

⁸⁰⁷ Francisco Rubio Llorente, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, núm. 35, Mayo-Agosto 1992, p. 18.

Por el otro, los sujetos legitimados, así como los otros interlocutores formales que concurren o son llamados a comparecer, como los *amicus curiae* o expertos etc. son vistos como fuentes de información que dan nuevas perspectivas del problema. Más allá de que como dice Moreno el modelo jurisdiccional no parece propicio como método para obtener información a gran escala sobre el funcionamiento de la sociedad, la realidad de un determinado ámbito de la actividad humana, o los desarrollos de las ciencias y la tecnología.⁸⁰⁸

2.2.1. Etapas en la deliberación judicial.

De acuerdo con Hübner tanto el planteamiento del problema, la exposición de argumentos, así como la información que se obtiene y recolecta durante el proceso se da en una primera etapa deliberativa del proceso. En esta primera etapa los jueces incentivan el debate entre los participantes, a la vez que escuchan y preguntan. En algunos casos, como ya he dicho, también pueden incluir voces que tengan que ser escuchadas al verse afectadas por la decisión, que pueden ayudar con su expertise a tomar una mejor decisión, etc.⁸⁰⁹ Además, pueden generar audiencias públicas, si es que no están previstas, y tener más o menos facultades para intervenir en el proceso, sea recolectando pruebas, convocando a otros interesados, etc.⁸¹⁰

Posteriormente hay una segunda etapa de deliberación entre jueces con el fin de tomar una decisión. En esta segunda etapa los jueces deben escuchar y valorar las razones de sus compañeros. Además, deben asimilar los argumentos que se dieron en la esfera pública o imaginar aquellos de quienes por las reglas procesales no pudieron participar en el proceso, pero que igualmente se pueden ver afectados con la decisión.⁸¹¹ La deliberación entre jueces puede ser por escrito o frente a frente,

⁸⁰⁸ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, op. cit., p. 196.

⁸⁰⁹ Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, op. cit., p. 107 y 108. En su libro Hübner no se enfoca en una práctica constitucional específica, sino que propone un ideal.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 163.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 109.

pública o secreta, no siempre siendo la publicidad el mejor incentivo para una deliberación genuina.⁸¹²

En una tercera etapa, tal vez concomitante a la segunda, se redacta la sentencia, la que debe estar bien razonada y posible de leer por el público. La sentencia debe analizar exhaustivamente los puntos de vista expuestos en el proceso y comunicar claramente las razones y el resultado.⁸¹³ Hübner agrega que la sentencia responda al público y que se evite tratar a las partes como ganadores y perdedores de un concurso interpretativo, aunque esto último parece difícil de lograr.⁸¹⁴ Aunado a lo anterior, está el tema de la votación requerida y si el tribunal habla a través de una sentencia o se permiten votos disidentes o concurrentes, con pros y contras en cualquiera de las opciones, sin que sean per se contrarias a la deliberación.⁸¹⁵

Asimismo, Hübner sugiere una “ética para de la deliberación política”, necesaria para que la deliberación cumpla con su cometido epistémico. En la primera etapa de la deliberación estima que los jueces deben tener una curiosidad respetuosa hacia sus interlocutores, lo que implica escuchar y entender lo que tienen que decir, y si es necesario formular preguntas.⁸¹⁶ Por su parte, en la segunda etapa, los jueces deben actuar colegiadamente, es decir, con respeto y compromiso de argumentar y cooperar con el fin de llegar a una decisión colectiva. El uso libérrimo de votos particulares es contrario a la virtud de colegialidad. Además, los jueces no deben aferrarse a sus posiciones preconcebidas individualmente, sino tomar seriamente los argumentos de los demás y ser capaces de cambiar de opinión, en la búsqueda de la mejor solución posible. Finalmente, en un ejercicio de empatía deliberativo, deben imaginar los puntos de vista que no fueron expuestos en el proceso de personas afectadas.⁸¹⁷ Finalmente, en la tercera etapa de redacción de

⁸¹² *Ibid.*, p. 165-167.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 109 y 110.

⁸¹⁴ En mi opinión, es muy difícil y tal vez incorrecto que la sentencia responda a los deseos del público, si por éste se entiende un público más amplio que los participantes en el proceso. Además, creo que en un litigio es inevitable que alguien “gane” y alguien “pierda”.

⁸¹⁵ Sobre el tema *Ibid.*, p. 150-153

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 127 y 128.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 128-136.

la sentencia, el valor estibaría en contar una historia que sea consecuente con lo alegado, sea clara para una comunidad más amplia que la comunidad legal y reconocer la posibilidad de error y provisionalidad.⁸¹⁸

2.3. El litigio estructural y los tribunales como mecanismos de participación política y como sedes de diálogo.

Un ejemplo destacado de como los procesos judiciales se convierten en mecanismos de participación política y los tribunales en sedes de diálogo entre la administración y los afectados son los casos de litigio estructural. De acuerdo con Mariela Puga, el litigio estructural se caracteriza por lo siguiente:

- (1) La intervención de múltiples actores procesales.
- (2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados/as por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados.
- (3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una condición, o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea.
- (4) una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos.
- (5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales.
- (6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes.
- (7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada.⁸¹⁹

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 136-139.

⁸¹⁹ Mariela Puga, Litigio Estructural, Tesis doctoral Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Mayo 2013, pp. 15 y 16.

En efecto, la justiciabilidad de algunos derechos, principalmente económicos, sociales y culturales que se ha logrado a través de las acciones individuales que afectan a un grupo generalizado de personas (derechos o intereses individuales homogéneos) o a través de acciones colectivas, ha obligado a los jueces a enfrentarse con problemas estructurales que requieren de reformas institucionales que sólo pueden realizar los poderes políticos. Así, los jueces se han visto en la necesidad de atender y poner fin a estados de cosas o condiciones sociales contrarias a los postulados de la constitución con el riesgo permanente de extralimitarse en sus funciones. En este apartado exploraré los retos que el llamado litigio estructural ha presentado a los jueces constitucionales, para posteriormente dar un ejemplo de cómo es posible hacerles frente conforme a los postulados de la democracia deliberativa.

Como regla general, la parte perjudicada en los problemas estructurales es un grupo -y no un individuo- que existe con independencia del litigio y cuya conformación puede modificarse con el tiempo. Esta circunstancia ha obligado a cambiar la perspectiva individualista con la que tradicionalmente se ha abordado la exigibilidad de los derechos, a otra en la que se tenga en cuenta la del grupo en su conjunto⁸²⁰, así como a diseñar recursos procesales de acceso y de participación colectiva durante el proceso, resolución del asunto y seguimiento de la sentencia⁸²¹. Además, y en tanto que en el mismo colectivo pueden existir diversos puntos de vista sobre cómo satisfacer sus intereses, el juez debe facilitar la participación y/o representación de todos los y las interesadas dentro del proceso.

Disponible en línea en

http://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL__Tesis_Doctoral_Mariela_Puga

⁸²⁰ Para un análisis detallado del punto ver Roberto Saba, "(Des)Igualdad Estructural" en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, 2004, pp. 479-514.

⁸²¹ Gerardo Pisarello, "Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada desde abajo", en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 48 y 49. Es importante recalcar que en el litigio estructural la participación se da durante todo el proceso incluyendo la etapa de implementación.

Asimismo, al tratarse de situaciones de violaciones a escala o sistemáticas de derechos que necesitan para su solución de la cooperación y puntos de vistas de todos los actores involucrados, los remedios que se implementen deben prever un proceso de diálogo continuo entre jueces, instituciones –particularmente con la administración- y sociedad civil para erradicar las condiciones sociales, políticas y económicas que amenazan los derechos constitucionales⁸²². De hecho, una vez que se reconoce que un derecho fundamental ha sido violado por una situación estructural, necesita ser concretizado con los remedios que se dicten para resolver el problema.⁸²³

De esta forma, la concepción tradicional del litigio según la cual dos partes inician un proceso para resolver sus controversias y la solución está íntimamente ligada con el derecho reclamado y limitada a las partes en conflicto; se ve rebasada por un proceso participativo que involucra activamente a las partes en un proceso de negociación y monitoreo continuo⁸²⁴, en el que los interesados no están claramente definidos y los jueces ayudan a diseñar remedios complejos que tienen efectos sobre personas no presentes en el juicio, por lo que es necesario un involucramiento de los jueces, de los interesados y de las instituciones. En efecto, el tipo de soluciones que estos litigios requieren deben tender a ajustar el comportamiento futuro y, en la mayoría de los casos, no se pueden limitar a una sola intervención judicial.

⁸²² Owen Fiss, “The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice”, *op. cit.*, pp. 18-28.

⁸²³ Charles F Sabel y William H. Simon, “Destabilization rights: How public law litigation succeeds”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, p. 1055, 1056.

⁸²⁴ Abram Chayes, “The role of the judge in public law litigation”, *Harvard Law Review*, Vol. 89, 1976, pp. 1282-1382. Con base en el desarrollo de Chayes, Sabel y Simon propusieron un modelo de remedios que llamaron experimentalista, contrario al modelo de comando y control. En el modelo experimentalista no se establece previamente una serie comprensiva de reglas precisas sino normas flexibles y provisionales, particularmente metas a alcanzar, así como procedimientos en los que pueden participar las partes afectadas y se rindan cuentas de los resultados. Se trata de un proceso continuo de aprendizaje y adecuación que puede estar dirigido por un mediador. Mediante este tipo de remedios se busca abrir las instituciones públicas que han fracasado en el cumplimiento de sus obligaciones y están ajenas a la rendición de cuentas a través del proceso político. Además, reconocen que no en todos los casos el modelo experimentalista es el más adecuado, por ejemplo, en el caso de prácticas claramente malas y no muy numerosas. Charles F Sabel y William H. Simon, “Destabilization rights: How public law litigation succeeds”, *op. cit.*, p. 1053.

En este sentido, los problemas estructurales que se presentan a los jueces latinoamericanos constituyen distintos retos procesales y sustantivos. Lo cierto es que ya sea por la formación civilista que la gran mayoría tiene o por la falta de herramientas procesales con que cuentan, no han podido enfrentarlos⁸²⁵. Entre dichos desafíos están: definir quiénes deben participar en el proceso, cuál debe ser el alcance de su propia intervención y cuáles son las soluciones más adecuadas para estas violaciones de larga escala⁸²⁶. Desde una perspectiva democrática, el problema que se plantea es el poder que los jueces pueden llegar a ejercer al conocer este tipo de causas⁸²⁷.

A este respecto, las posturas tradicionales sobre el papel del juez van desde un poder judicial fuerte, según el cual éste debe tomar todas las medidas necesarias para solucionar el problema, sin importar las competencias de los otros poderes; hasta un poder judicial consecuente, que no debe intervenir en el diseño de políticas públicas. Ahora bien, como alternativa tenemos el modelo deliberativo, que con un claro compromiso con los derechos económicos, sociales y culturales y respetuoso de los espacios de decisión de los distintos actores constitucionales, requiere de un diálogo social e inter-orgánico capaz de interpretar y dar contenido a las cláusulas constitucionales. Lo que en el caso de este tipo de derechos y problemas estructurales se ve reflejado en diversas etapas: ex ante como proceso de consulta para comprender todas las aristas del problema y para recolectar información⁸²⁸, durante el diseño de las medidas necesarias para su solución y ex post en el momento de su implementación.

⁸²⁵ Sebastián Linares, "El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 70, núm. 3, 2008. pp. 519, 523.

⁸²⁶ Entre las consideraciones que los jueces deben tomar en cuenta es la limitación de su expertise en políticas públicas comparada con la de los legisladores y el poder ejecutivo, que cuenta con staffs y recursos suficientes para diseñar políticas públicas; el grado de especificidad de sus sentencias, en tanto la vaguedad aumenta la posibilidad de incumplimiento y la dificultad de monitoreo, mientras que una mayor especificidad conlleva el riesgo de ser desafiados y que sus sentencias no sean cumplidas. Jeffrey K. Staton y Georg Vanberg, "The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions", *American Journal of Political Science*, Vol. 52, No. 3, 2008, pp. 504-508.

⁸²⁷ Owen Fiss, "The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice", *op. cit.*, pp. 2-6.

⁸²⁸ Philip Pettit habla los procedimientos de consulta *ex ante* sirven para que los gobiernos sujeten sus políticas a la discusión y para recibir opiniones y preguntas. Philip Pettit, "Depoliticizing Democracy", *Ratio Juris*, Vol. 17, núm 1, 2004, p. 63.

Este esquema requiere de un juez que no determina una conducta concreta para subsanar las vulneraciones estructurales a los derechos económicos, sociales y culturales, sino que deja a la discreción de los poderes políticos la adopción de las medidas pertinentes para subsanar el estado de cosas inconstitucional⁸²⁹. Así, consciente de sus propias limitaciones⁸³⁰ y de las dificultades democráticas que plantea la asignación de recursos y el diseño de políticas públicas, defiere su diseño e implementación a los otros poderes⁸³¹. Esto no significa que por ello deje de constatar el incumplimiento de las obligaciones constitucionales derivadas de los derechos o que deba desatender el problema una vez que ha dictado sentencia. Al contrario, el juez tiene la función de moldear, organizar y facilitar el litigio y la implementación de los remedios a través de un proceso público e incluyente⁸³².

De esta manera, el poder judicial influye (a veces de un modo determinante) en la agenda política, obligando a las autoridades representativas –antes cerradas a los reclamos sociales- a que aborden y den solución a ciertos problemas⁸³³. Este “poder de agenda” comprende: a) definir una situación inconstitucional y merecedora de atención; b) empoderar a los sujetos afectados y obligar a las autoridades a tratar esas situaciones y a deliberar sobre las distintas alternativas de

⁸²⁹ Esta categoría fue creada por la Corte Constitucional Colombiana para referirse a estados de cosas que resultan inconstitucionales. Véanse las sentencias SU-559 de 1997, T-068 de 1998, T-153 de 1998, entre otras.

⁸³⁰ A diferencia de las legislaturas, los tribunales no cuentan con la participación de todas las partes interesadas, ni están en posición para estimar el impacto de una determinada postura en los derechos de la comunidad en su conjunto y para anticipar sus posibles consecuencias para el sistema social, político y económico. Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.*, p. 48. Es cierto que en el litigio estructural se recibe y se llama a terceros con intereses importantes en el asunto o que sean necesarios para el éxito de la reforma. Charles F. Sabel y William H. Simon, “Destabilization rights: How public law litigation succeeds”, *op. cit.*, p. 1068.

⁸³¹ Uno de los rasgos que caracteriza a un control judicial débil es el alcance de la intervención judicial para definir el contenido de los derechos sociales en juego, propugnando por deferir la definición al poder político.

⁸³² Abram Chayes, “The role of the judge in public law litigation”, *op. cit.*, p. 1298.

⁸³³ La trascendencia de que el poder judicial reconozca la inconstitucionalidad de un estado de cosas, aunque no especifique las medidas que deben tomarse, deriva del enorme poder simbólico que tienen sus sentencias, pues una vez que los ideales constitucionales son protegidos por aquélla, adquieren dignidad y tienen consecuencias, convirtiéndose en guías para la organización jurídica de la sociedad. Robert C. Post y Reva B. Siegel, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *op. cit.*, p. 380.

decisión, y c) controlar la ejecución de las decisiones que tomen. En estos supuestos, la Corte asume un papel de catalizador de cambio social⁸³⁴.

A este respecto, una de las formas de adjudicación de derechos económicos, sociales y culturales que más ha llamado la atención de los comparatistas es el establecido por la Corte Sudafricana en casos como Grootboom⁸³⁵ o TAC⁸³⁶. En estos casos la Corte ordenó al Estado crear e implementar un programa comprensivo y coordinado para la realización progresiva del derecho a la vivienda y para remediar los fallos de su plan de distribución de medicamentos para impedir la transmisión de VIH de madres a hijos, respectivamente. Dicha práctica fue perfeccionada con los casos Berea Township⁸³⁷ y Joe Slovo⁸³⁸, en los que la Corte intimó al Gobierno a realizar un proceso de negociación y consulta antes del desalojo⁸³⁹ y le impuso la obligación de debatir ciertos temas y preparar un reporte sobre los resultados⁸⁴⁰.

En estos supuestos, una vez corroborada la existencia de un estado de cosas inconstitucional y de la necesidad de un cambio de política pública, se conminó al legislador para que dictara la legislación necesaria, o se requirió a la Administración para que subsanara los defectos o dictara los planes que sirvieran para subsanar la situación, integrando a los demandantes, autoridades y posibles interesados en la solución del problema. Tal y como lo requiere el carácter estructural de este tipo de dificultades y el margen de discreción con que cuentan las autoridades democráticas para solucionarlos.

⁸³⁴ Sebastián Linares, "El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas", *op. cit.*, pp. 510 y 512.

⁸³⁵ "The Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom, Irene and Others", Sentencia del 04 de octubre de 2000, 2001 (1) SA 46 (CC), consultable en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>

⁸³⁶ "Minister of Health v. Treatment Action Campaign (TAC)" Sentencia del 5 de Julio de 2002, (5) SA 721 (CC).

⁸³⁷ "Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v. City of Johannesburg and others", Sentencia del 19 de febrero de 2008, CCT 24/07.

⁸³⁸ "Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thebelisha Homes and Others", Sentencia del 10 de junio de 2009, CCT 22/08

⁸³⁹ Eric Christiansen, "Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: Comparative lesson from South Africa", *Journal of International Law & Foreign Affairs*, Vol. 13, núm. 2, 2008, pp. 383-384.

⁸⁴⁰ Brian Ray, "Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Rights Remedy", 2009, pp. 19 y 20. Disponible en: http://works.bepress.com/brian_ray/3/

Asimismo, modelos de control judicial como el sudafricano, que han sido calificados por Tushnet como “débiles”⁸⁴¹ –a los que yo prefiero denominar como “deliberativos”⁸⁴²- tienen la ventaja de conjugar el cumplimiento progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales con los postulados de la democracia deliberativa⁸⁴³. Por un lado, no se invaden las competencias de los otros poderes, ni se ponen en peligro las bases financieras del Estado⁸⁴⁴ y por el otro, se recuerda a los políticos el compromiso constitucional con la transformación social⁸⁴⁵ en

⁸⁴¹ Para Tushnet, el control judicial débil en materia de derechos sociales se caracteriza por la facultad que tiene el gobierno para adoptar programas razonables, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de los no razonables y por ser un sistema que no garantiza remedios individuales. Para el autor norteamericano, este tipo de control reconoce el desacuerdo sobre lo que significan las cláusulas abstractas de la Constitución, así como las imperfecciones del proceso político y del poder judicial que no son controlados. Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, *op. cit.*, p. 228 y 244.

⁸⁴² Un control deliberativo no es estrictamente equiparable a un control débil. Si bien tienen semejanzas y comparten la misma preocupación por la objeción democrática, este último se caracteriza porque los jueces prefieren abstenerse de dar contenido a los derechos y utilizar remedios débiles, mientras que el modelo deliberativo acepta la posibilidad de que, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, los jueces den algún contenido a los derechos y puedan reforzar los remedios débiles. Eso sí, con una aproximación más cautelosa cuando se trata de derechos sociales, en la medida en que sus limitaciones institucionales y la falta de información, conllevan un riesgo mayor de que puedan incurrir en errores, así como por las dificultades que tendría revertir o moderar sus decisiones una vez dictadas. Rosalind Dixon, “Creating dialogue about socio-economic Rights: Strong v. weak-form judicial review revisited”, *op. cit.*, pp. 6, 35 y 41.

⁸⁴³ Para Cass Sunstein las virtudes de este modelo pasan por ser respetuoso de la democracia y de los escasos recursos públicos, además de que requiere una especial deliberación y atención sobre aquéllos que no tienen cubiertas sus necesidades mínimas. Para este autor, la propuesta se equipara a un modelo de justicia administrativa. Cass Sunstein, “Social and economic rights? Lessons from South Africa”, *John M. Olin Law & Economics*, Working Paper n° 124, 2001, pp. 1 y 13. Por su parte, Christiansen denomina a este modelo como de “incorporación diferenciada”, en tanto diferencia las críticas válidas e inválidas sobre la justiciabilidad de los derechos sociales y sólo incorpora las preocupaciones que sí son legítimas, en Eric Christiansen, “Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: Comparative lesson from South Africa”, *op. cit.*, p. 388.

⁸⁴⁴ Como sí sucedería, según Landau en los modelos de adjudicación de remedios individuales o “negative injunctions”, que pueden tener efectos considerables sobre el presupuesto público. David Landau, “The reality of social rights enforcement”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, No. 1, 2011, pp. 9, 24 y 39-44.

⁸⁴⁵ Evidentemente, no todas las constituciones pueden leerse “comprometidas” con el cambio social. A ese respecto, Sunstein nos habla de constituciones “preservativas” (preservative) en contraposición a las “transformativas” (transformative) que son las que proclaman aspiraciones que, evidentemente, tienden a desterrar ciertas prácticas arraigadas y de hecho, se definen en oposición a dichas prácticas. Ver Cass Sunstein, “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, *op. cit.*, p. 4. En el caso de las constituciones latinoamericanas que nos ocupan, claramente son de esta última especie. Así lo explica Roberto Gargarella cuando relata la ola de reformas constitucionales acaecidas a principios del siglo XX en América Latina. Ver Roberto Gargarella, “Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions”, *Latin American Constitutionalism 1810-2010*, New York, Oxford University Press, 2013, p.132 y ss.

beneficio de los más vulnerables, obligándolos a deliberar sobre el tema y a tomar medidas al respecto. De esta forma, se desbloquean y activan canales de participación democrática⁸⁴⁶, se empodera y da visibilidad a los procesos populares fuera de los tribunales, se altera el sentido de representaciones sociales y se puede generar un cambio de actitud de los diversos actores institucionales, además de modificar la agenda pública.⁸⁴⁷

Ahora bien, como cualquier propuesta, este modelo ha sido objeto de crítica. Así, para algunos más que un diálogo horizontal en el que participen los poderes ejecutivo y legislativo, se necesita de un activismo dialógico vertical en el que “los jueces constitucionales devienen mediadores entre los ciudadanos, por un lado, y el legislador, el Ejecutivo o las agencias administrativas, por otro, dando eco y obligando a atender demandas que esto últimos probablemente desatenderían, instándolos a ejecutar compromisos adquiridos o eliminando factores que impidan su disfrute igualitario”⁸⁴⁸. Esto porque “es en los poderes legislativo y ejecutivo donde se originan los problemas que denuncia el litigio basado en los derechos” y así lo exige el contexto de algunos países, como es el caso de México⁸⁴⁹.

Esta propuesta de diálogo vertical genera algunas inquietudes, sobre todo si se convierte en un mero activismo judicial y en poco diálogo, pues precisamente el enfoque verticalista sobre la justicia constitucional es el que ha dado poca importancia a la participación popular en los debates constitucionales y a la distribución constitucional del trabajo, atribuyéndole un papel hercúleo a los jueces constitucionales. De hecho, creo que debe seguirse abogando por un diálogo “horizontal” por las siguientes razones. En primer lugar, por una cuestión de legitimidad democrática, pues “aún cuando es en los poderes legislativo y ejecutivo donde se originan los problemas que denuncia el litigio basado en los derechos”⁸⁵⁰,

⁸⁴⁶ Gerardo Pisarello, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *op. cit.*, p. 8

⁸⁴⁷ Mariela Puga, Litigio y transformación social en Argentina y Colombia, *op. cit.*, pp. 62-68.

⁸⁴⁸ Francisca Pou Giménez, “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo”, en César Rodríguez Garavito, *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 238 y 239.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, pp. 238-242.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 238.

no se puede olvidar que el contenido de esos derechos no está predeterminado antes del litigio y que pueden ser objeto de diversas interpretaciones igualmente razonables. Mientras no se demuestre que los jueces ostentan el monopolio de la racionalidad, la participación del poder ejecutivo, pero sobre todo del legislativo, resulta indispensable –su participación no significa que deban guiar el proceso. En efecto, un modelo dialógico horizontal “reduce el impacto del desacuerdo entre jueces y legisladores sobre los principios morales que implica interpretar la Constitución, al permitir una serie de interacciones en las que ambas partes aprenden y ninguno tiene prioridad”⁸⁵¹. En segundo lugar, por una razón epistémica, pues una participación amplia en la deliberación aumenta las posibilidades de una solución que tenga en cuenta todos los intereses en juego, una visión más integral de la situación y no únicamente circunscrita al litigio concreto. Particularmente, si tenemos en cuenta que el poder ejecutivo es el que cuenta, por mucho, con mayor información.⁸⁵² En tercer lugar, por una razón pragmática, pues los jueces necesitan del apoyo de los otros poderes para captar la dimensión de los problemas que son el resultado de prácticas, estructuras e instituciones sociales injustas. Sólo así podrán percatarse del sinnúmero de cursos razonables de acción posibles y de las diversas variables e incidencias que podrían presentarse en el proceso de reforma, atender a los cambios de circunstancias y hacer un efectivo procesamiento de datos e información compleja, etc.⁸⁵³ Lo que en mi opinión hace evidente que las resoluciones de los jueces requieren de la acción política ya que por sí solos no pueden extinguir la injusticia estructural⁸⁵⁴. Con lo anterior no quiero decir que el control horizontal sea la panacea, sino que es una acción estratégica acorde con los límites de la adjudicación⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ Mark Tushnet, “A Goldilocks Account of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁵² Cass Sunstein, “The Most Knowledgeable Branch”, *Univeristy of Penssylvania Law Review*, en prensa. Disponible en línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2630726

⁸⁵³ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 200.

⁸⁵⁴ Sobre el tema de la injusticia estructural véase Iris Marion Young, *Responsability for Justice*, USA, Oxford University Press, 2011.

⁸⁵⁵ Mark Tushnet, “A Goldilocks Account of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 84.

Por otro lado, está la crítica que se dirige a cuestionar el grado de efectividad del control deliberativo en sistemas con una administración débil o con problemas de representación legislativa. Los críticos, partiendo de la propia experiencia sudafricana, destacan que en definitiva no se llevaron a cabo los planes requeridos por el Tribunal. Por ello, consideran que no es un modelo plausible de control constitucional siendo necesaria una intervención judicial mucho más agresiva⁸⁵⁶.

Para hacer frente a estas objeciones es preciso diferenciar entre los aspectos normativo y pragmático del diseño, pues como vimos, las críticas están dirigidas a los resultados del mismo. Respecto a lo primero, lo que este modelo propone es una distribución democrática de las tareas para hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales (lo que Sager llama división constitucional del trabajo)⁸⁵⁷, así como la participación y la deliberación en su solución. Los tribunales tienen el importante papel de llamar la atención a los poderes democráticos sobre el incumplimiento de los derechos y asegurarse de que se tomen medidas al respecto, aunque no les corresponda definir cuáles son éstas.

Si esto es así, las críticas vertidas no hacen que el modelo pierda sus cualidades democráticas, sino más bien, que la tarea pendiente sea cómo hacerlo más efectivo. Es decir, la falencia de la propuesta no está en la distribución democrática de labores entre tribunales y poderes políticos, ni en la amplia inclusión social, sino en el aseguramiento de que las medidas adoptadas por estos últimos tiendan a ser cumplidas⁸⁵⁸. En este aspecto, es necesario recordar que las resoluciones de los jueces deben ir acompañadas de otras acciones políticas⁸⁵⁹, y

⁸⁵⁶ David Landau, "The reality of social rights enforcement", *op. cit.*, pp. 2 y 7. La evaluación de los resultados judiciales puede hacerse desde muy distintos puntos de vista. Podemos enfocarnos en los cambios sociales efectivos, en la modificación de patrones gubernamentales, en las reparaciones monetarias o de otro tipo, en el poder simbólico que tienen las sentencias, etc.

⁸⁵⁷ Lawrence G. Sager, *Juez y democracia*, *op. cit.*, p. 117.

⁸⁵⁸ Para Fiss la delegación de la decisión sobre los remedios a una institución distinta del juez, conlleva el riesgo de vaciar el derecho de contenido. De ahí que, a su criterio, sea éste quien deba definir lo que el derecho requiere y determinar cuáles son las medidas que deben adoptarse. Owen Fiss, "The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice", *op. cit.*, p. 53.

⁸⁵⁹ Pisarello se refiere a ellas como garantías sociales extra-institucionales. Pisarello, Gerardo, "Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada desde abajo", *op. cit.*, pp. 48-52.

los resultados de sus acciones deben ser valorados con expectativas realistas y modestas, no esperando de ellos una reforma total del sistema⁸⁶⁰.

Respecto de lo segundo (es decir, el aspecto pragmático de la propuesta), el juez debe asegurarse de que el proceso de negociación sea real y efectivo, es decir, que los compromisos sean respetados⁸⁶¹. Es decir, el diálogo no puede ser un pretexto para postergar indefinidamente la realización de los derechos sociales. Para evitar esta situación el juez tiene a su mano infinidad de posibilidades, cuya aplicación dependerá del caso en concreto, así puede: a) exigir que determinados temas sean deliberados; b) impedir que el gobierno postergue fraudulentamente el debate; c) nombrar un mediador u ordenar la inclusión o remoción de determinados grupos de la mesa de negociación; d) solicitar al gobierno que realice y mantenga una constancia sobre el proceso de negociación y sus avances, e) prever sanciones por incumplir con dicho proceso⁸⁶², etc.

Asimismo, debe recordarse la necesidad de un control continuo por parte de los jueces y de la sociedad civil sobre las medidas que se han negociado con los poderes políticos y se deciden implementar. Para esto, deben preverse instancias de verificación continua y medios de control que hagan sustancialmente partícipes a los grupos sociales, así como diseñar estándares de cumplimiento⁸⁶³. Para estas

⁸⁶⁰ Eric Christiansen, "Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: Comparative lesson from South Africa", *op. cit.*, pp. 389-397.

⁸⁶¹ Para un modelo de control judicial débil, el juez sólo cuenta con herramientas persuasivas, comunicativas o de constatación respecto a la vulneración de derechos. A lo mucho, puede promover que se lleven a cabo procesos de negociación con el fin de que se dicten planes o programas cuyo cumplimiento estará encargado de verificar. Esta es la parte que se ha objetado porque, una vez tomadas las medidas, al dejar el juez en manos del poder político su cumplimiento, resultaban burladas. Por esto es que se ha intentado reforzar este control débil, agregando un seguimiento judicial al cumplimiento de dichas medidas.

⁸⁶² Brian Ray, "Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Rights Remedy", *op. cit.*, pp. 19-22.

⁸⁶³ Así lo hizo la Corte Constitucional colombiana en el caso de los desplazados. Para un análisis del caso véase César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogota, Dejusticia, 2010. Para un panorama general de la Corte Constitucional colombiana desde los postulados deliberativos, véase Leonardo García Jaramillo, "Recepción de los postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional. Análisis crítico a partir del tribunal colombiano", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Vol. 9, junio 2008, pp. 1-31. Según Landau, una de las diferencias entre el caso de los desplazados, que sí tuvo éxito, y el del sistema de salud, cuya eficacia ha sido puesta en duda, es la dificultad que en este último la Corte tuvo para conformar una comisión de seguimiento. David Landau, "The reality of social rights enforcement", *op. cit.*, p. 39.

tareas, el poder judicial puede utilizar nociones tales como la de razonabilidad, o bien la de carácter adecuado o apropiado de las medidas⁸⁶⁴.

Como dice Pisarello, involucrar esferas sociales más amplias que incluyan y vayan más allá de los directamente afectados, es un requisito indispensable para asegurar que las medidas tomadas no sean reversibles ante el más ligero cambio de humor institucional. “Y es que sólo un amplio proceso deliberativo impulsado desde abajo, con la presencia de los propios colectivos interesados, podría propiciar un esquema de derechos fundamentales no sólo para los ‘sin derechos’ sino con los ‘sin derechos’. Es decir no meras concesiones tecnocráticas, paternalistas y por lo tanto revocables, que conciban a los destinatarios de los derechos antes como objetos que como sujetos de las políticas públicas, sino apropiaciones plurales y auto-conscientes de la defensa e interpretación de los derechos fundamentales”⁸⁶⁵.

2.3.1. Algunos ejemplos de control judicial deliberativo en la práctica argentina.

Como es conocido, otra de las Cortes que se ha inclinado por un control deliberativo tratándose de problemas estructurales que violan derechos económicos, sociales y culturales es la Corte Suprema Argentina, la que en casos como Verbitsky⁸⁶⁶ o Riachuelo⁸⁶⁷ constató la violación masiva de derechos fundamentales y defirió su solución a los poderes democráticos, eso sí, obligándolos

⁸⁶⁴ Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁶⁵ Gerardo Pisarello, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *op. cit.*, p. 9. En el mismo sentido Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada desde abajo”, *op. cit.*. Hasta ahora, estos espacios de deliberación incluyente han sido ganados gracias al litigio, aunque el ideal es que la administración los lleve a cabo como una práctica cotidiana. Para ello, es necesario que los grupos sociales, ONG’S y litigantes de interés público reclamen la instauración de esta práctica.

⁸⁶⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en autos: “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus” del 3 de mayo de 2005. Disponible en: http://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo_csjn_comisarias_bonaerenses.pdf

⁸⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en autos: “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”. Del 8 de julio de 2008. Fallo completo en: http://www.farn.org.ar/docs/fallo_riachuelo080708.pdf

a establecer un diálogo con las partes involucradas. A continuación hago una breve referencia de ambos casos, para posteriormente enfocarme con mayor detenimiento en el reciente caso Vacantes⁸⁶⁸, resuelto por el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el caso Verbitsky, la ONG “Centro de Estudios Legales y Sociales” (CELS), interpuso una acción de habeas corpus colectivo a favor de todas las personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos policiales superpoblados y de todas aquellas que estando en esos lugares, su alojamiento debiera desarrollarse en centros de detención especializados⁸⁶⁹. En su resolución, la Corte reconoció la violación de los derechos de los internos y ordenó a la Provincia acusada a convocar una mesa de diálogo, en la que participaron los accionantes, organizaciones sociales y sociedad civil, para arribar a una solución consensuada y sustentable. Esa solución fue (y es hasta la fecha) monitoreada por la propia Corte y el CELS. Así logró compatibilizar su compromiso con la garantía de los derechos sociales, con el respeto de las competencias ajenas a través de la deliberación⁸⁷⁰.

Por otra parte, en el caso Riachuelo diecisiete personas iniciaron una demanda de daños y perjuicios contra el Estado Nacional argentino, la Provincia de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas por la contaminación del río Matanza-Riachuelo, que recibía importantes afluentes industriales con tratamiento inadecuado o inexistente. Entre las pretensiones de los demandantes estaban: el resarcimiento del daño infringido al medio ambiente y lograr su recomposición, la reanudación y finalización del Plan de Gestión Ambiental de Manejo de la Cuenca, la implementación de medidas destinadas a atender la salud de la población ribereña

⁸⁶⁸ Expte. 23360/0 “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” con fallo del Juzgado de 1º instancia del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 13 de agosto de 2007 y de alzada ante la Sala 1º de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la misma Ciudad, del 19 de marzo de 2008. Se puede consultar en <http://www.acij.org.ar/>

⁸⁶⁹ Ignacio Márquez “Comentario sobre el caso Verbitsky”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 8, noviembre de 2007, pp.1-9.

⁸⁷⁰ *Ídem*.

de la cuenca y la creación de un fondo público para reparar los daños a las víctimas⁸⁷¹.

Otra vez, como vemos, se planteó a la Corte el reto de resarcir pretensiones colectivas⁸⁷² sin invadir la esfera competencial de los otros poderes. Así, una vez comprobadas las violaciones de derechos fundamentales alegadas, la Corte dictó parámetros muy amplios para que las autoridades presentaran un plan integrado y comprensivo que resolviera la problemática medioambiental del Riachuelo y proveyera a su saneamiento. Como se puede apreciar, en esta oportunidad no dijo qué medidas tomar, pero sí conminó a que éstas se tomaran bajo su supervisión. En este sentido la Corte, al llamar la atención sobre asuntos descuidados por los poderes públicos, cumplió su rol de garante de derechos constitucionales, sin ejercer su autoridad de forma invasiva o expansiva⁸⁷³.

En esta misma tesitura, en el reciente caso Vacantes la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), a través de un amparo colectivo⁸⁷⁴, puso a consideración de los jueces el problema de falta de vacantes en el nivel inicial de educación para niños y niñas de la Ciudad de Buenos Aires, solicitando se ordene al gobierno “cumplir con su obligación constitucional indelegable de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de la Ciudad (art. 24 de dicha carta fundamental)”⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ Ignacio Márquez, “El caso de la contaminación del Riachuelo”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Vol. 8, noviembre de 2007, pp. 1-5

⁸⁷² Sobre este punto ver Abramovich y Curtis, “Apuntes sobre la exhibibilidad de los derechos sociales”, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

⁸⁷³ *Ídem*.

⁸⁷⁴ Artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y 43 de la Constitución Nacional Argentina, que reza en sus dos primeros párrafos: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. (...)”.

⁸⁷⁵ Expte. 23360/0 “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, *op. cit.*

Desde la primera instancia, el juez comenzó su análisis reafirmando su obligación de asegurar la plena vigencia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución local y nacional. Asimismo, aceptó la dimensión colectiva del derecho a la educación y a la no discriminación y advirtió que el problema yacía en la ausencia de políticas públicas para hacer efectivo ese derecho, por lo que su tarea estaba en provocar dicha implementación.

Como vemos, el juez se dispuso a hacer justiciable el derecho a la educación⁸⁷⁶, reconociendo el ámbito competencial de la Administración, a la que reenvió la cuestión una vez constatada la violación. Para ello, aplicó una “regla de juicio” consistente en evaluar la razonabilidad de las medidas que hasta ese momento se habían adoptado⁸⁷⁷, de acuerdo con la cual, se considera constitucional cualquier medio que tienda razonablemente a absorber la demanda educativa. Según el juez, lo que no está permitido es omitir adoptar algún conjunto de medidas tendientes a asegurar la efectividad del derecho⁸⁷⁸.

De esta manera, no ordenó el deber de asegurar un lugar a un niño o niña en particular, sino mandó la ejecución de una política pública cuyos plazos serían determinados por la propia demandada⁸⁷⁹. Además, pidió la presentación de un proyecto en el que se detallaran claramente las medidas para satisfacer las necesidades de educación inicial de los niños y niñas entre 45 días y 5 años de edad; para lo cual, la Administración debía hacer un seguimiento de la situación de los niños y niñas en lista de espera e informar de la solución para cada uno de esos casos.

⁸⁷⁶ Derecho que además es reconocido en la Constitución Nacional Argentina y en Tratados Internacionales que, según los artículos 43 y 75, inciso 22 de dicha Constitución, son protegibles vía amparo y tienen jerarquía constitucional. A este respecto, resulta fundamental la reforma constitucional en materia de derechos humanos recientemente aprobada en México.

⁸⁷⁷ Víctor Abramovich, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, No especial 1, 2007, p. 16.

⁸⁷⁸ Una de las consideraciones que sustentaron la decisión, fue la claridad de la obligación establecida en el ya citado artículo 24 CCABA, que obliga a la Ciudad a asegurar y prever los recursos para permitir el ejercicio del derecho a la educación pública.

⁸⁷⁹ Ello no le impidió solicitar que en un plazo de 30 días hábiles se le informara de la situación de las obras en construcción y que, en 90 días se le presentaran los proyectos de obras nuevas anunciadas por la demandada, especificando los tiempos de ejecución.

Como podemos observar, el juez llamó la atención sobre un problema desatendido por el poder político, al mismo tiempo que dejó en sus manos la decisión final sobre su solución. En congruencia, emitió una sentencia exigiendo las medidas necesarias para subsanar la inconstitucionalidad que produce su ausencia, pero sin decir cuáles son éstas. Más aún, con el fin de reforzar sus órdenes, requirió informes y estableció plazos de presentación, especificó que las medidas debían ser claras y ordenó el seguimiento de la situación de los niños y niñas en lista de espera. Es decir, estableció un control a fin de asegurar que se tomaran las medidas correspondientes.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones hizo constar el incumplimiento del derecho a la educación, máxime al constatar el subejercicio presupuestario que se había producido en el área de infraestructura escolar entre los años 2002 y 2005. Conducta que evidentemente contrariaba la obligación del Estado de garantizar los derechos “hasta el máximo de los recursos disponibles”. Es decir, la Cámara confirmó el carácter progresivo de los derechos sociales sumándoles exigibilidad. Asimismo desestimó las alegaciones del Gobierno relativas a la vulneración de la zona reservada a los poderes políticos, en tanto el fallo de primera instancia no impuso medidas particulares.

Estas sentencias fueron apeladas ante el Tribunal Superior de Justicia de la CABA. Durante el proceso se presentaron *amicus curiae* de especialistas en derechos humanos y diversas ONG’s, los que no fueron recibidos en dicha calidad por la oposición del Gobierno de la Ciudad, pero se conservaron en el expediente en atención al interés que revestían. Antes de dictarse sentencia definitiva, el Gobierno reconoció la legitimidad de los reclamos de la accionante y, después de varios meses de negociación, las partes llegaron a un acuerdo sobre las medidas a adoptar para su solución. Entre las obligaciones del Gobierno se cuentan: cumplir con un plan de obras sustentable para la creación de nuevas vacantes en el nivel inicial; recalcular en forma permanente la cantidad de niños y niñas sin vacantes y elaborar planes de obra para absorberlos; prever partidas en el proyecto de presupuesto anual para incrementar la planta docente y para la realización de las obras comprometidas; crear una Mesa de Trabajo para monitorear el proceso

materia de acuerdo; designar un interventor/a judicial que realice el seguimiento de lo actuado elevando informes bimestrales a la Mesa de Trabajo; informar a la Mesa de Trabajo respecto de la generación de vacantes que se requieran; crear un sistema de registro centralizado de inscripción y entrega de constancias a quienes solicitan una vacante en el nivel inicial, etc.

Llegados a esta instancia, el Tribunal aceptó la propuesta de las partes de realizar una Audiencia Pública con el fin de escuchar sus conclusiones, las del Ministerio Público Fiscal y de recibir opiniones de terceros sobre el contenido del acuerdo⁸⁸⁰. El 15 de febrero de 2011, en ocasión de la celebración de la misma, el Tribunal tuvo por celebrado el convenio y por extinguida la controversia⁸⁸¹, aunque no homologó el acuerdo en tanto -según su interpretación de la ley- iba más allá de lo que ésta le permite homologar⁸⁸². Asimismo, suspendió el pronunciamiento acerca de los recursos de inconstitucionalidad y queja interpuestos por el Gobierno de la Ciudad, a las resultas del cumplimiento de las metas y actividades que las partes convinieron.

Pues bien, de este asunto pueden resaltarse los siguientes puntos. En primer lugar, destaca la importancia de permitir la participación social a través de los *amicus curiae* y de la aceptación del Tribunal a que éstos permanecieran en el expediente. En segundo lugar, en la medida en que se trataba de problemas de incidencia colectiva, fue fundamental que los jueces hayan incitado a la deliberación. Tercero, el margen de maniobra que los jueces dejaron a la administración para que junto con la ciudadanía llegaran a una solución consensuada.

⁸⁸⁰ Cabe destacar sobre el particular que ACIJ había solicitado al Tribunal esta instancia de Audiencia Pública con anterioridad, pero, desafortunadamente, le había sido negada por no estar prevista en la legislación adjetiva. Esto le quita un poco de valor a la misma, ya que en lugar de hacerse a fin de discutir las medidas a tomar por parte del Gobierno, se realizó una vez que el acuerdo había sido alcanzado. Ver: Acuerdo del 17 de noviembre de 2009, dictado en el expte. N° 6627/09 del Tribunal Superior de Justicia: "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido".

⁸⁸¹ Acuerdo del 15 de febrero de 2011, dictado en el mismo expte., ambos disponibles en: <http://jurisprudencia.tsjbaires.gob.ar/jurisprudencia/asp/Busqueda.asp#>

⁸⁸² Lo que no deja de ser sorprendente, puesto que, por un lado reconoce el acuerdo a fin de dar por concluido el diferendo, pero no lo homologa puesto que no puede aprobar "esa" solución en particular.

En conclusión, este caso permite entrever la expansión de la senda deliberativa en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque mientras no hayan incentivos institucionales para que los jueces se comporten de esta manera, no hay motivos para creer que ellos vayan a inclinarse, colectivamente, a actuar de la forma aconsejada⁸⁸³.

3. Diálogo entre tribunales constitucionales y poder legislativo

Si nos referimos a las formas institucionalizadas de comunicación inter-orgánica, estas pueden clasificarse, según Linares, en dialécticas y no dialécticas. En las primeras, entre las cuales están el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano y las respuestas legislativas ordinarias a las declaraciones de inconstitucionalidad de una ley, las autoridades políticas y los tribunales “hablan” al mismo tiempo que “deciden”, pero lo hacen en distintos momentos temporales. En las segundas, que atañen al litigio de reforma estructural que ya vimos, las autoridades representativas dialogan con los tribunales antes, durante y después de tomar la decisión en pos de un objetivo común⁸⁸⁴. En las formas dialécticas los tribunales son actores reactivos con poder de veto, mientras que en las formas no dialécticas tienen poder de agenda política, esto es, tienen capacidad para obligar a las autoridades representativas a que aborden y den solución a ciertos problemas⁸⁸⁵. Para el autor argentino, ninguna de las formas dialécticas satisface las exigencias de un diálogo democrático –conclusión que no comparto-, como sí lo hacen las formas no dialécticas⁸⁸⁶.

Asimismo considera que en modelos robustos de revisión judicial, con constituciones rígidas, en particular en el modelo europeo las posibilidades para el diálogo entre el tribunal y el parlamento se reducen al máximo. En su opinión, este

⁸⁸³ Roberto Gargarella, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁸⁴ Sebastián Linares, “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, *op. cit.*, pp. 487 y 488.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, pp. 510 a 512.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, pp. 487 y 488.

“diálogo” no sería democrático, pues quien toma la decisión final es un órgano que no respetaría el derecho de participación en pie de igualdad. Para Linares, la declaración de inconstitucionalidad de una ley obliga al órgano legislativo a acatar la decisión judicial, o a probar con una nueva ley que no sea sustancialmente igual a la invalidada⁸⁸⁷. En este tipo de situaciones, el diálogo se canaliza a través de la deficitaria vía interpretativa (sentencias interpretativas, aditivas, sustitutivas, o exhortativas), la consulta a los tribunales sobre la constitucionalidad de proyectos de ley o a la hora de reformar la Constitución⁸⁸⁸.

El propósito del siguiente apartado es explorar dos vías dialécticas de diálogo interorgánico como son el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo mexicano y las respuestas legislativas ordinarias a las declaratorias de inconstitucionalidad, éstas últimas tanto en España como en México.

3.1. El nuevo procedimiento para la declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo mexicano (reforma constitucional de 2011)

3.1.1 Antecedentes

Como es de sobra conocido el juicio de amparo y los efectos relativos de las sentencias dictadas tienen sus antecedentes en el proyecto de Constitución (aprobado finalmente por el Congreso) para el Estado de Yucatán de 1840 elaborado por Manuel Crescencio Rejón, Pedro C. Pérez y Darío Escalante; el voto particular de Mariano Otero presentado en la Comisión del Congreso Constituyente de 1846 que sería aprobado por el Congreso como “Acta de Reformas” a la

⁸⁸⁷ Como trataré de argumentar más adelante, en sistemas como el mexicano o el español, el legislador sí puede contestar con una ley idéntica a la invalidada.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, pp. 490-498, 518.

Constitución de 1824, promulgado el 21 de mayo de 1847, y los constituyentes de 1857⁸⁸⁹.

El juicio de amparo tal y como hoy lo conocemos es un proceso multifacético⁸⁹⁰, sin embargo, en este momento sólo nos interesa el “amparo indirecto contra leyes”. En este procedimiento se pueden impugnar normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso⁸⁹¹. Se conoce como amparo indirecto porque en un principio, incluso ya vigente la Constitución de 1917, las leyes sólo podían impugnarse con motivo de su aplicación, no así por su sola entrada en vigor. Sería hasta la Ley de Amparo de 1936, por influencia de Emilio Rabasa, que se permitiría la vía directa o de acción para impugnar las leyes⁸⁹².

Este procedimiento debe interponerse en primera instancia ante un juez de distrito⁸⁹³, y en segundo grado, si se hace valer el recurso de revisión, ante la Suprema Corte o, en su caso, ante el tribunal colegiado de circuito⁸⁹⁴. Si se impugnan normas generales el quejoso debe señalar como actos reclamados la expedición y promulgación de la norma general⁸⁹⁵, y como autoridades responsables, a los titulares de los órganos de Estado a los que la ley encomiende

⁸⁸⁹ Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, 2003, pp. 190, 193, 194, 195, 196, 478, 483, 485, 487 y 493.

⁸⁹⁰ El amparo mexicano comprende cinco tipos de procesos enfocados a: la tutela de la libertad personal, lo que normalmente corresponde al *habeas corpus*; la impugnación de normas generales; la impugnación de resoluciones judiciales; para el combate de actos y decisiones de las autoridades administrativas federales y locales, y el régimen procesal aplicable a los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria de propiedad social. Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *op. cit.*, pp. 628-631.

⁸⁹¹ Art. 107 de la nueva Ley de Amparo (LA) Otra posibilidad para impugnar leyes en el amparo mexicano es a través del amparo “directo”, prejudicial o incidental, que consiste en impugnar una resolución judicial por considerar que la misma se dictó con base en una ley inconstitucional *Ibid.*, p. 203. En este supuesto, los órganos legislativos no son llamados como autoridades demandas y las normas generales no se señala como actos reclamados, sino se cuestiona en los conceptos de violación. Art. 175, fracción IV LA.

⁸⁹² Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *op. cit.*, pp. 199, 200, 637.

⁸⁹³ Art. 107, fracción VIII C., Arts. 35 ss. LA

⁸⁹⁴ Arts. 94, parr. 8, 107, fracción VIII, C., Arts. 81, fracción I, inciso d), 83, 85 y 84 LA. Art. 37, fracción II Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF). Véase también el Acuerdo General Número 5/2001, de 21 de junio de 2001, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, versión actualizada del 6 de octubre de 2011. De especial relevancia son los puntos tercero, fracción III y quinto, fracción I.

⁸⁹⁵ Art. 108, fracción IV LA

su promulgación⁸⁹⁶. Esto significa que los órganos legislativos concurren al juicio como partes demandadas y, por tanto, tienen la oportunidad de defender la norma general impugnada.

Una de las características fundamentales del juicio de amparo mexicano es lo que se conoce como la “fórmula Otero”, es decir, los efectos particulares de la sentencia que otorga el amparo⁸⁹⁷. Así, por ejemplo, el art. 25 del Acta de Reformas mencionada establecía: “los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceda esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativos y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o actos que lo motivare” (énfasis añadido).

La adopción de los efectos particulares se debió a la influencia que la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, tuvo sobre Crescencio Rejón y Otero⁸⁹⁸. Por influencia del pensador francés los padres del amparo querían adoptar la revisión judicial de constitucionalidad de leyes que existía en Estados Unidos. Para Tocqueville los efectos particulares tenían el beneficio de no permitir que el juez se hiciera superior a la ley o colocarlo en una posición contraria al Poder Legislativo. La ley no sería herida más que por casualidad. Sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, la ley llegaría a sucumbir⁸⁹⁹. Estos argumentos fueron adoptados también por el constituyente de 1857⁹⁰⁰.

3.1.2. La batalla por superar la “fórmula Otero”

⁸⁹⁶ Art. 108, fracción III LA

⁸⁹⁷ Esto significa tratándose del amparo contra leyes que la norma general declarada inconstitucional no podrá volver a ser aplicada al quejoso en aquello por lo que fue declarada inconstitucional. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2004, p. 113.

⁸⁹⁸ Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

⁸⁹⁹ Alexis Tocqueville, *La democracia en América*, trad. Amelie Cuesta Basterrechea, México, Gemika, 2ª ed., 2003, p. 96.

⁹⁰⁰ Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, pp. 196-198.

La batalla por superar la fórmula Otero es de larga data. Ya en 1970 en una comunicación presentada por Héctor Fix Zamudio se denunciaba el rezago del juicio de amparo mexicano y, en particular, del amparo contra leyes que preveía los efectos particulares⁹⁰¹. Estimaba que los efectos particulares vulneraba la igualdad de todos los gobernados frente a la ley, “ya que ésta se aplica a todos los que no obtuvieron la protección, pero quedan exentos los favorecidos con la declaración particular”; la economía procesal se vería favorecida, ya que se evitaría la constante impugnación de un mismo ordenamiento declarado inconstitucional, y sería un factor para nivelar las desigualdades económicas que impiden a muchos contratar un abogado especializado en amparo⁹⁰².

En este sentido, Fix Zamudio propuso que cuando el pleno de la Suprema Corte estableciera jurisprudencia obligatoria, con los requisitos y condiciones previstos en la Ley de Amparo, el quinto fallo se publicara en el Diario Oficial de la Federación y, a partir de ese momento, la disposición legal quedara sin efectos para el futuro⁹⁰³. También planteó la posibilidad, siguiendo los ordenamientos constitucionales de Yugoslavia (1963 y 1974) y de Perú (1980), que la sentencia de la Suprema Corte se comunicará al órgano legislativo para que sustituyera el ordenamiento inconstitucional, y si no lo hacía en determinado plazo, el respectivo tribunal publicaba el fallo, que producía efectos generales⁹⁰⁴.

Aunado a lo anterior, más recientemente Arturo Zaldívar señaló que la justificación del principio de relatividad seguida por Rejón “privilegia la defensa del interés personal frente a la defensa del orden constitucional como tal”, consideración que no es válida para pensar hoy el control constitucional de normas generales⁹⁰⁵.

⁹⁰¹ *Ibid.*, pp. 18, 189, 190, 231.

⁹⁰² *Ibid.*, pp. 231, 460, 968 y 970.

⁹⁰³ *Ibid.*, pp. 233, 460 y 971

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 461.

⁹⁰⁵ Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Hacia una nueva ley de amparo*, *op. cit.*, pp. 108 y 109. Zaldívar coincide con los argumentos de Fix Zamudio, pues considera que el principio de relatividad vulnera la supremacía constitucional al permitir que normas declaradas inconstitucionales sean aplicadas a los que no obtuvieron el amparo; afecta la regularidad del orden jurídico; vulnera la igualdad ante la ley; descalifica a México como una democracia sustancial, y constituye una injusticia *per se* ante las desigualdades económicas que no permiten a todos contratar un abogado especialista. *Ibid.*, pp. pp. 115-118.

Así, para el ministro de la Suprema Corte los efectos generales de las sentencias suponen: a) “la introducción de un supuesto objetivo en el juicio, en tanto que no sólo se estará discutiendo el derecho alegado por un particular, sino la capacidad de las normas generales respecto de la Constitución”⁹⁰⁶; b) colocar a los órganos del Poder Judicial de la Federación como constructores de la Constitución y del orden jurídico, y como límite a los posibles excesos de las mayorías parlamentarias⁹⁰⁷; c) “construir una justicia constitucional que ante todo defienda la supremacía de la Constitución y coadyuve en el camino hacia una mejor igual real entre los gobernados y un más eficaz acceso a la justicia”⁹⁰⁸.

3.1.3. Proyecto de nueva Ley de Amparo

Como relata Fix Zamudio en 1999 la Suprema Corte convocó a la comunidad jurídica mexicana de todo el país para formular propuestas para elaboración de una nueva Ley de Amparo. Asimismo, designó una Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo, coordinada por el ministro de la Suprema Corte, Humberto Román Palacios, y en la cual participaron además del propio Fix Zamudio, entre otros, los actuales ministros Juan Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea⁹⁰⁹. Esta Comisión propuso, entre otras cosas, abandonar los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad para adoptar los efectos erga omnes cuando la Suprema Corte estableciera jurisprudencia obligatoria derivada de amparos indirectos en revisión, la que se conformaría con tres fallos en el mismo sentido votados por al menos ocho ministros del pleno, en tres sesiones distintas⁹¹⁰. La limitación de que fuera sólo en amparos indirectos en revisión, deriva de que en esta vía la norma general es el acto reclamado y en los resolutivos de la sentencia se pronuncia sobre su

⁹⁰⁶ Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Hacia una nueva ley de amparo*, op. cit., p. 122.

⁹⁰⁷ *Idem*

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 121.

⁹⁰⁹ Héctor Fix Zamudio, op. cit., p. 901.

⁹¹⁰ *Ibid.*, pp. 909 y 971.

inconstitucionalidad⁹¹¹. La declaratoria sería formulada treinta días hábiles contados a partir de la aprobación de la jurisprudencia, sería publicada en el Diario Oficial de la Federación⁹¹², establecería la fecha a partir de la cual surtiría sus efectos; así como los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad, y prevería que no tendría efectos retroactivos, salvo en materia penal⁹¹³.

3.1.4. Reforma constitucional de 2011 y nueva Ley de Amparo 2013

Como veremos en seguida, el nuevo procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo indirecto en revisión establecido por el constituyente permanente siguió la mayoría de las pautas recomendadas por la academia, así como por la Comisión creada en 1999. Dicho procedimiento está previsto en el artículo 107, fracción II de la Constitución:

Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de

⁹¹¹ Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Hacia una nueva ley de amparo*, op. cit., p. 123.

⁹¹² Héctor Fix Zamudio, op. cit., p. 972.

⁹¹³ Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Hacia una nueva ley de amparo*, op. cit., pp. 123 y 127.

inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

Por su parte, la Ley de Amparo establece en el Título Cuarto, Capítulo VI lo siguiente:

Artículo 231. Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma.

Lo dispuesto en el presente Capítulo no será aplicable a normas en materia tributaria.

Artículo 232. Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos.

Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la

Constitución Federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución Local, según corresponda.

Artículo 233. Los plenos de circuito, conforme a los acuerdos generales que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podrán solicitar a ésta, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

Artículo 234. La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá:

- I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos; y
- II. Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad.

En primer lugar, debo hacer notar que el procedimiento para la DGI no es igual si se trata de las salas o el pleno de la Suprema Corte que si se trata de los plenos de circuito⁹¹⁴. Para percibir esta diferencia empiezo por describir el procedimiento que deben seguir las salas o el pleno de la Suprema Corte.

- Primera declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes).
- Segunda declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes).
- La Suprema Corte de Justicia de la Nación informa a la autoridad emisora.

⁹¹⁴ La Suprema Corte funciona tanto en pleno conformado por los 11 ministros como en salas conformadas por 5 ministros, sin que el Presidente forme parte de las salas. Actualmente hay dos salas con competencia para conocer sobre asuntos civiles y penales y administrativos y laborales, respectivamente (art. 2 de Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación). El 13 de mayo de 2013 el Tribunal Pleno emitió el Acuerdo General 5/2013 en el que se determinan los asuntos que conservará para su resolución y el envío de los de su competencia originara a las salas y a los tribunales colegiados de circuito. Por su parte, de acuerdo con el artículo 41 Bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación los Plenos de Circuito son los órganos facultados para resolver las contradicciones de tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados de un mismo Circuito en los juicios de amparo de su competencia con el fin de fijar jurisprudencia, y se componen por los magistrados adscritos a los Tribunales Colegiados del circuito respectivo o, en su caso, por sus presidentes, en los términos que establezcan los acuerdos generales que al efecto emita el Consejo de la Judicatura Federal, en los que además se establecerá el número, y en su caso especialización de los Plenos de Circuito, atendiendo a las circunstancias particulares de cada circuito judicial

— El legislador tiene la oportunidad de expresar las razones por las que considera que la norma es constitucional.

— Tercera declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes).

— Cuarta declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes).

— Quinta declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes y se conforma jurisprudencia por reiteración)⁹¹⁵

La Suprema Corte de Justicia de la Nación notifica a la autoridad emisora, la cual tiene noventa días naturales para modificar o derogar la norma. El legislador tiene la oportunidad de modificar, derogar o expresar las razones por las que considera que la norma es constitucional. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el voto de ocho ministros, puede dictar la declaratoria general de inconstitucionalidad (invalidez) siempre y cuando hayan pasado los noventa días sin que se haya modificado o derogado la norma o las razones expresadas para no hacerlo no convezan al menos a cuatro ministros ⁹¹⁶ El Congreso puede responder con un texto similar o idéntico al invalidado⁹¹⁷.

Pues bien, como vemos tratándose del pleno o las salas de la Suprema Corte una vez que se haya dado la segunda declaratoria de inconstitucionalidad ésta está obligada a dar un primer aviso a la autoridad emisora⁹¹⁸. Este aviso es un buen incentivo para que el legislador conteste y de las razones por las que considera que

⁹¹⁵ Arts. 222 y 223 LA

⁹¹⁶ La Suprema Corte cuando sesiona en Pleno se conforma por 11 ministros, aunque puede sesionar con 7, salvo en el caso de declaratorias generales de inconstitucionalidad que se necesita de 8. Arts. 2 y 4 LOPJF.

⁹¹⁷ La posibilidad de respuestas legislativas ordinarias a las DGI no está regulado en el Título IV, Capítulo VI LA sobre el procedimiento DGI, sino se desprende de la no vinculación del legislador a la doctrina de la Suprema Corte, como veremos más adelante.

⁹¹⁸ Sobre las dos primeras declaratorias de inconstitucionalidad me surge la siguiente duda. Conforme al art. 231 LA estas declaratorias se pueden hacer una o en distintas sesiones. Sin embargo, el art. 232 LA señala que para dar el segundo aviso se tiene que haber conformado jurisprudencia por reiteración, la que según el art. 222 LA se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, *resueltas en diferentes sesiones...* Así, la duda es si las dos primeras declaratorias se dictan en una sesión computan o no para el establecimiento de la jurisprudencia por reiteración y, por ende, para dar el segundo aviso.

la norma sí es constitucional⁹¹⁹. Desafortunadamente, tratándose del procedimiento establecido para la jurisprudencia formada por los tribunales de circuito este aviso parece no ser obligatorio. Así, conforme a una interpretación literal del art. 231 LA la obligatoriedad del primer aviso sólo aplica para los casos en el que el pleno y salas de la Suprema Corte resuelvan la inconstitucionalidad de una norma por segunda vez consecutiva, y no así cuando lo hagan los tribunales de circuito. En efecto, el art. 233 LA relativo a los tribunales de circuito señala que los plenos de circuito⁹²⁰ pueden solicitar por mayoría de votos a la Suprema Corte que inicie el procedimiento DGI cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia por reiteración⁹²¹. Es decir, que se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por unanimidad⁹²².

Esta regulación tiene asidero constitucional en el texto del art. 107, f. II, 2º parr. C., pues éste no especifica qué órgano del Poder Judicial Federal es el que conoce del amparo indirecto en revisión cuando establece la obligación del primer aviso: “Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente”. Es decir, no precisa qué órgano es el que resuelve la inconstitucionalidad por segunda ocasión consecutiva y, por tanto, queda en manos

⁹¹⁹ Este fue el propósito expresado por los propios legisladores en la iniciativa de reforma constitucional presentada en la Cámara de Senadores, p. 12, y así se reiteró en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos, p. 6.

⁹²⁰ Art. 94. C. (...) Asimismo, (el Consejo de la Judicatura Federal) mediante acuerdos generales establecerá Plenos de Circuito, atendiendo al número y especialización de los Tribunales Colegiados que pertenezcan a cada Circuito. Las leyes determinarán su integración y funcionamiento. Art. 41 Bis LOPJF. Los Plenos de Circuito son los órganos facultados para desarrollar las funciones señaladas en el artículo 107, fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se compondrán por los magistrados adscritos a los Tribunales Colegiados del circuito respectivo o, en su caso, por sus presidentes (...)

⁹²¹ En este mismo sentido el art. 41 Ter., fracción IV LOPJF. Si bien el art. 233 LA no especifica que la jurisprudencia establecida por los tribunales de circuito debe ser por reiteración, esto queda claro conforme al art. 107, fracción II, tercer párrafo C. que señala: “Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración...”

⁹²² Art. 224 LA

del legislador si establece dicha obligación también para el caso de los tribunales de circuito.

Ahora bien, existe una segunda interpretación que sí hace obligatorio el primer aviso tratándose de los tribunales de circuito. Esto es así, pues el texto del artículo 107, fracción II, 2º párrafo señala: “Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente” (énfasis añadido). Es decir, según esta segunda interpretación del texto constitucional la SCJN tiene la obligación –no es facultativo- de informar sobre la segunda declaratoria de inconstitucionalidad, con independencia de que la haya dictado la propia Corte o los tribunales de circuito. En ese sentido, el art. 231 LA tendría una laguna y debería interpretarse incluyendo a las declaratorias de inconstitucionalidad dictadas por los tribunales de circuito.

Ahora, si nos atenemos a la práctica que la Suprema Corte ha tenido hasta el momento⁹²³, tratándose de las declaratorias de inconstitucionalidad de los tribunales de circuito este primer aviso no es obligatorio. Desde una perspectiva dialógica esta es una falencia grave en tanto priva al poder legislativo de la posibilidad de entablar un diálogo con los jueces antes de que continúen reiterando sus criterios. Sin embargo, esta práctica no es casual, pues si la Suprema Corte diera ese primer aviso el diálogo se entablaría entre el tribunal de circuito que dictó la declaratoria y el órgano emisor. Por el contrario, si el aviso se da una vez que se tenga la jurisprudencia por reiteración, el órgano emisor tiene interés en convencer a la Suprema Corte, y no a los tribunales de circuito que emitieron la jurisprudencia, en tanto es la Corte la facultada para declarar la inconstitucionalidad de la norma con efectos generales.

Aclarado lo anterior, tenemos que el procedimiento tratándose de tribunales de circuito es el siguiente:

⁹²³ Consúltese <http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/ConsultaGenerales.aspx>

- Primera declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes).
- Segunda declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes).
- Tercera declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes).
- Cuarta declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes).
- Quinta declaratoria de inconstitucionalidad (efectos inter partes y se conforma jurisprudencia por reiteración).

Los tribunales de circuito solicitan al pleno de circuito correspondiente que solicite a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el inicio del procedimiento DGI. El pleno de circuito correspondiente puede solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento DGI. La Suprema Corte de Justicia de la Nación debe notificar al órgano emisor de la norma que tiene noventa días para modificarla o derogarla ⁹²⁴ El Congreso tiene la oportunidad de modificar, derogar o expresar las razones por las que considera que la norma es constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el voto de ocho ministros, puede dictar la declaratoria general de inconstitucionalidad (invalidez) siempre y cuando hayan pasado los noventa días sin que se haya modificado o derogado la norma o las razones expresadas para no hacerlo no convencen al menos a cuatro ministros. El Congreso puede responder con un texto similar o idéntico al invalidado⁹²⁵

Detengámonos en otra cuestión del procedimiento relativo a los tribunales de circuito. Se trata de determinar si la Suprema Corte tiene la obligación o no de iniciar el procedimiento DGI si se lo solicita un pleno de circuito. Conforme a la exposición de motivos de la iniciativa presentada en el Senado, la Suprema Corte es la que “determina si ha lugar a iniciar dicho procedimiento” (p. 45). Ahora bien, conforme al art. 107 C. es posible interpretar que el inicio del procedimiento sí es obligatorio para la Corte, al establecer que “Cuando los órganos del Poder Judicial de la

⁹²⁴ La obligatoriedad de la notificación a la autoridad emisora ha sido establecida en la Declaratoria General de Inconstitucionalidad 2/2012, p. 4.

⁹²⁵ Como he dicho anteriormente, la posibilidad de respuestas legislativas ordinarias a las DGI no está regulado en el Título IV, Capítulo VI LA sobre el procedimiento DGI, sino se desprende de la no vinculación del legislador a la doctrina de la Suprema Corte, como veremos más adelante.

Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora” (énfasis añadido). De acuerdo con esta segunda interpretación, la Corte tiene la función de notificar a la autoridad emisora, sin que sea potestativo hacerlo.

El problema con esta interpretación es que no resulta lógico obligar a la Corte a iniciar un procedimiento si desde un principio sabe que no será posible reunir los 8 votos para la DGI. Por otro lado, se podría contra argumentar diciendo que la realización efectiva o no de esa posibilidad sólo se puede saber hasta que el poder legislativo tenga otra oportunidad para expresar sus razones. Es decir, que la posición de la mayoría calificada de los ministros no está fijada de antemano, sino que es el resultado de escuchar los argumentos del órgano emisor de la norma. En otras palabras, la obligatoriedad de iniciar el procedimiento tendría como consecuencia forzar a los ministros a pensar sobre las razones expresadas en la jurisprudencia de los tribunales colegiados y a escuchar las réplicas del legislador. Al parecer la Suprema Corte se ha decantado por la obligatoriedad de la notificación a la autoridad emisora en el expediente Declaratoria General de Inconstitucionalidad 2/2012⁹²⁶.

Ahora bien, en caso de iniciarse el procedimiento DGI ¿el órgano emisor de la norma y la Corte dialogan? o ¿Cuál es la función de la Corte en este caso? En mi opinión, en este caso la Corte funge como un árbitro que al iniciar el procedimiento DGI adopta provisionalmente la jurisprudencia de los tribunales de circuito y se la transmite al legislador a la espera de su respuesta, la que puede ser derogar, modificar o expresar sus razones por las que no adopta ninguna de estas dos acciones. Ahora, para que la Corte pudiera entablar un verdadero diálogo con el legislador como actor independiente, tendría que tener la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia de los tribunales colegiados al dictar la declaratoria general de inconstitucionalidad. Sin embargo, conforme al artículo con el art. 234 LA, esto no

⁹²⁶ Véase p. 4. Aunque en la sesión de Pleno el Ministro Aguilar Morales señaló que la Suprema Corte debía evaluar la conveniencia o no de hacer dicha notificación, op. cit., p. 32.

es posible. Esta prohibición tiene su lógica en que la jurisprudencia por reiteración implica una reflexión pausada⁹²⁷, lo que no sucedería en la misma medida si la Corte pudiera apartarse de la jurisprudencia por reiteración generada por los tribunales colegiados.

3.1.5 Una perspectiva dialógica del procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad

En el apartado anterior hice algunas referencias a la forma en que a través del procedimiento DGI se estableció un proceso dialógico entre los ministros de la Corte y el poder legislativo. Asimismo, hice notar que en el caso del procedimiento establecido para los tribunales de circuito la falta del primer aviso es una falencia del procedimiento y como la Corte adopta un papel preponderante, a pesar de no ser la que generó las razones y dictó las cinco sentencias de inconstitucionalidad. En efecto, es llamativo el poder que la Corte obtiene de los dos rasgos institucionales antes mencionados: 1) el monopolio sobre la DGI y 2) la no obligatoriedad del primer aviso en el procedimiento aplicable a los tribunales colegiados. Estas dos características hacen que la Corte sea la que a final de cuentas hable por todos los órganos del Poder Judicial Federal con todos los poderes legislativos del país, ya sea el federal o los estatales.

Veamos ahora cuáles son las otras características dialógicas del procedimiento. En primer lugar, recordemos que al tratarse de amparos indirectos los órganos legislativos son llamados como partes demandas en los procedimientos judiciales, lo que les permite expresar las razones por las que consideran que la ley es constitucional. Aunque, como se ha mencionado antes, en los procedimientos judiciales no hay un diálogo entre el juez y el legislador en pie de igualdad, pues el primero es el que finalmente toma la decisión. Prosigamos con el procedimiento DGI.

⁹²⁷ Esta pausa está garantizada institucionalmente por los arts. 222-224 que establecen que las sentencias que sirven para conformar jurisprudencia deben pronunciarse en diferentes sesiones.

Como expliqué más arriba, la teoría discursiva del derecho parte de la idea de que todas las decisiones son falibles, revisables y provisionales. Pues bien, en el procedimiento DGI se establecen mecanismos de objeción recíproca⁹²⁸ como las declaratorias de inconstitucionalidad con efectos inter partes, los avisos y las correspondientes oportunidades del legislador para expresar sus razones, que denotan que las decisiones judiciales y legislativas son consideradas falibles, revisables y provisionales.

De hecho, el primer aviso que se da de las dos primeras declaratorias de inconstitucionalidad con efectos inter partes sirven para advertir al Congreso sobre posibles vicios de constitucionalidad y de la posibilidad de que la decisión política sea vetada por la Suprema Corte, lo que da oportunidad al Congreso para ensayar otras políticas alternativas o defender la ley cuestionada⁹²⁹. En este último caso, el Congreso pretende convencer a los jueces que sus decisiones pueden estar equivocadas.

Lo mismo sucede con el segundo aviso que se da cuando ya se conformó la jurisprudencia por reiteración, en tanto la ocasión que tiene el Congreso para modificar o derogar la norma también es una oportunidad para expresar las razones que le llevan a insistir en su postura, con el fin de convencer a los ministros de la Corte de que la jurisprudencia es errónea y, por tanto, que no deben dictar la DGI. Así, los ministros podrán tener en cuenta la conducta deliberativa que el Congreso haya tenido después del primero y segundo avisos⁹³⁰.

Ahora bien, para que el procedimiento DGI sea efectivamente discursivo tendría que cumplir con una última condición. Para ello tenemos que plantearnos si la interpretación que sostiene la declaratoria general de inconstitucionalidad representa la última palabra interpretativa, o si el legislador ordinario –con quien se

⁹²⁸ Para Forst el rasgo más importante que deben cumplir las instituciones en una democracia deliberativa es la posibilidad de objetar recíprocamente las decisiones. Rainer Forst, *The right to justification*, *op. cit.*, p. 182.

⁹²⁹ Sebastián Linares, “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, *op. cit.*, p. 522. En el modelo propuesto por Linares las instancias judiciales inferiores dictan declaraciones de incompatibilidad al estilo británico, no así inaplicación de la norma.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 522. Téngase en cuenta que las reflexiones de Linares no se hicieron a la luz del procedimiento DGI, sino en relación con una de sus propuestas para fomentar el diálogo interorgánico.

entablo el diálogo- tiene la posibilidad de debatir la interpretación a través de una respuesta legislativa ordinaria.

3.2. Las respuestas legislativas ordinarias a las declaraciones de inconstitucionalidad.

En lo que sigue analizaré otra de las formas dialécticas de diálogo constitucional: las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad. Hay dos formas distintas en que éstas pueden darse, la primera perteneciente al sistema constitucional canadiense, en el que el legislador tiene la facultad de revertir una sentencia en la que se declara la inconstitucionalidad de una ley por violación a derechos fundamentales (que lo hace un modelo de control judicial débil). La segunda, que considero puede darse en sistemas como el español y el mexicano, en los que el legislador no puede revertir la sentencia de inconstitucionalidad -control judicial fuerte-, pero sí puede insistir en su interpretación constitucional a través de una nueva ley idéntica a la invalidada⁹³¹.

3.2.1. Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad en los sistemas de control judicial fuerte.

En los sistemas con control judicial fuerte la idea del diálogo ha sido utilizada como una cuestión retórica. Así, es común encontrar autores que se refieren al diálogo constitucional como parte esencial del proceso de interpretación, pero sin derivar de ahí consecuencias institucionales que hagan del pluralismo y el desacuerdo una fuerza para promover los valores constitucionales⁹³².

El objetivo de este apartado es explorar una segunda forma en que puede canalizarse el diálogo en este tipo de sistemas, esto es, la posibilidad de que “el

⁹³¹ Quiero insistir en que se trata de dos formas diversas de reaccionar frente a una declaración de inconstitucionalidad, una más radical que la otra. Mientras que en Canadá el legislador tienen la última decisión sobre la constitucionalidad de las leyes, en España y México la conservan los jueces.

⁹³² Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, op. cit., p. 225.

legislador actúe de nuevo (responda) aprobando una ley de contenido similar (o incluso idéntico) al que fue declarado inconstitucional”⁹³³. En este sentido, analizaré las ventajas que en términos democráticos nos otorgan las respuestas legislativas ordinarias a las declaraciones de inconstitucionalidad, así como los problemas de dogmática y teoría constitucional que nos presentan. En mi opinión, los estudios que se han hecho hasta el momento, particularmente por Víctor Ferreres, se han limitado a propugnar su aceptación sin plantearse los retos teóricos que estas implican.

Antes de empezar, es preciso recalcar que la propuesta del profesor catalán sólo puede entenderse si se acepta que el diálogo constitucional es un objetivo loable. Es decir, esta es una propuesta institucional que sólo tiene sentido si se considera que los acuerdos alcanzados en una democracia son sólo provisionales, quedando abierta la posibilidad de que el debate se reabra en cualquier momento⁹³⁴.

⁹³³ Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, *op. cit.*, p. 202. En igual sentido su trabajo “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 43. Para este autor las respuestas legislativas son una forma de desobediencia que permiten al juez corregir sus errores. En su teoría, éstas sólo pueden darse bajo dos condiciones: a) El legislador discuta la nueva ley teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal, b) haya transcurrido un cierto tiempo entre la decisión del Tribunal y la nueva ley, que permita reflexionar con calma acerca de la decisión del Tribunal y de apreciar las consecuencias prácticas de aplicar su doctrina. En mi opinión, las condiciones que Ferreres apunta con el fin de lograr un diálogo con deliberación deben tomarse como recomendaciones, pero no como requisitos para la procedencia de las respuestas legislativas. Asimismo, como trataré de justificar, considero que las respuestas legislativas no pueden caracterizarse como un acto de desobediencia sino como una actuación legítima del poder legislativo.

En un sentido parecido se pronuncia Johnsen, para quien el desacuerdo del Presidente o del Congreso debe estar precedido por consideración atenta de la doctrina judicial, así como por la publicidad de las razones de su desacuerdo. “Functional departmentalism and nonjudicial interpretation: Who determines constitutional meaning?”, *op. cit.*, p. 130.

Finalmente, cabe precisar que la idea de las respuestas del legislador ordinario es tan antigua como Lincoln, quien propuso revertir a través de una respuesta legislativa la sentencia *Dred Scott* de la Corte Suprema norteamericana, en la que se dispuso que las personas de color no podían ser ciudadanos de los Estados Unidos. Barry Friedman, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

⁹³⁴ Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, *op. cit.*, p. 338. Como se sabe, esta es una de tesis habermasianas. Sin embargo, todo hay que decirlo, no estoy seguro que Habermas sostuviera la conveniencia de la no vinculación del legislador a la doctrina constitucional y, por tanto, la admisibilidad de las respuestas legislativas, pues para él la indeterminación cognitiva que caracteriza a la moral racional, queda absorbida por la facticidad de la producción del derecho. El legislador político determina qué normas han de valer como derecho y los tribunales resuelven para todas las partes, de forma razonada a la vez que definitiva, la disputa de interpretación acerca de la aplicación de normas válidas, pero necesitadas de interpretación. Asimismo, al tratar el problema de la legitimidad los tribunales constitucionales y

Esto no es una cuestión baladí, pues no es difícil encontrar autores que se presentan como partidarios del diálogo y la colaboración al momento de interpretar la Constitución, pero que al mismo tiempo asimilan la Constitución a la interpretación que los jueces hacen de ella. Interpretación que para estos “partidarios del diálogo” vincula a todos los poderes públicos e incluso ¡a los ciudadanos!

Así, conforme a la posición de estos “deliberativistas” el diálogo se ve reducido a un monólogo, en el que los jueces son los que hablan y los demás poderes son los que escuchan. En mi opinión, si se quiere ser congruente y partidario del diálogo deben buscarse medios institucionales para canalizarlo -como las respuestas legislativas-, pues de lo contrario, se es adepto a la supremacía judicial interpretativa y se acepta que son los tribunales constitucionales los que finalizan la deliberación constitucional⁹³⁵. En este sentido, no está de más hacer una llamada de alerta al(a) amable lector(a), quien por descuido o impericia puede no percatarse de la utilización eufemística de la teoría del diálogo, por aquellos que en el fondo no son más que antiguos partidarios de la supremacía judicial.

Asimismo, resulta necesario aclarar la diferencia entre la notwithstanding clause que ya se ha visto y la propuesta de las respuestas legislativas. La diferencia es que mientras en el primer caso el legislador tiene la última palabra interpretativa y sobre la constitucionalidad de la ley (aunque esto último también es matizable, pues la protección dura 5 años, aunque renovables), en el segundo caso el Tribunal Constitucional sólo tiene la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. En este sentido, en el sistema canadiense la posición del legislador es más fuerte que en otro donde sólo caben las respuestas legislativas. Y digo en “alguna medida”, porque como sabe, muchos han criticado su efectividad, llegando incluso a decirse que el sistema canadiense es uno de “supremacía judicial”. Y lo digo también porque si bien la poca efectividad de la “notwithstanding clause” ha sido probada, la efectividad de las respuestas legislativas está por verse, en tanto aún seguimos

describir sus funciones, señala sin poner en cuestión que las distintas competencias de estos tribunales convergen en la tarea de decidir en última instancia cuestiones de interpretación de la Constitución. Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., pp. 181 y 313.

⁹³⁵ De esto mismo acusa Kramer a Lawrence G. Sager. Véase Larry Kramer “Undercover Anti-Populism”, op. cit., p. 1344.

debatendo sobre su admisibilidad jurídica. En otras palabras, es una cuestión empírica que me parece debe ser analizada.

De ahí que habremos de plantearnos si la admisibilidad jurídica de las respuestas legislativas ordinarias a las declaraciones de inconstitucionalidad no harían de sistemas como el español o mexicano modelos de <<constitucionalismo débil>>. Hasta ahora la oposición entre modelos de <<constitucionalismo fuerte>>, es decir, que incorpore los característicos mecanismos contramayoritarios de la rigidez y el control jurisdiccional de constitucionalidad y los modelos de <<constitucionalismo débil>>, en los que se reserva la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria, no contemplan esta posibilidad⁹³⁶.

Uno de los argumentos más utilizados por los defensores del control judicial fuerte para sostener la viabilidad del diálogo en este tipo de sistemas, se refiere a la eventualidad de que el legislador revierta las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley a través de una reforma constitucional⁹³⁷. Sin embargo, los altos costos políticos que esta solución implica y la propia dificultad que conlleva reformar la Constitución, hacen muy improbable que esto suceda, por lo que se corre el riesgo de cerrar la deliberación una vez que se ha dictado

⁹³⁶ Véase Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 351 y 352.

⁹³⁷ A este tipo de respuestas Ferreres las denomina “fuertes”. Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 151. El que la respuesta sólo se pueda dar a través de una reforma constitucional es según Ferreres una de las circunstancias que da pie a la dificultad contramayoritaria. Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, *op. cit.*, pp. 42-45. En el mismo sentido véase Christopher F. Zurn, “A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Cour-Based Constitutional Review”, *op. cit.*, p. 441. Para una perspectiva comparada sobre las reformas constitucionales como respuestas del legislador véase Rosalind Dixon y Adrienne Stone, “Constitutional Amendment and Political Constitutionalism: A Philosophical and Comparative Reflection”, en David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016.

En contra, Riccardo Guastini opina que una reforma constitucional, desde luego, puede revertir la decisión del Tribunal sobre la ilegitimidad constitucional, pero no su interpretación del texto constitucional: la reforma constitucional no consiste en cambiar la interpretación de la Constitución, sino su texto. De esta forma, la interpretación del tribunal constitucional no podría ser revertida por nadie. Riccardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, *op. cit.*, p. 47. Desde una perspectiva de legitimidad democrática, se dice que las reformas constitucionales con mayorías cualificadas ignoran dos parámetros que establece la regla de la mayoría: da mayor valor a los votos de la minoría que no quiere la reforma constitucional, con lo que los votantes son tratados desigualmente; y se inclina claramente a favor del *status quo*. Francisco J. Laporta, “El ámbito de la Constitución”, *op. cit.*, pp. 467 y 468.

sentencia. Por ello es que desde una concepción deliberativa de la justicia constitucional, las repuestas legislativas ordinarias aparecen como una opción sugerente⁹³⁸. Sólo así es que podemos saber si los casos en que el legislador adopta la interpretación de los jueces constituye una aceptación voluntaria (diálogo) y no una imposición⁹³⁹.

Este último punto es de especial importancia, pues a diferencia de la teoría discursiva de Habermas en la que se propone democratizar la tarea del tribunal constitucional al encargarle la protección de las condiciones procedimentales deliberativas -entre ellas los derechos- de la génesis democrática de las leyes⁹⁴⁰ -tarea que exploraremos en el último capítulo- las respuestas legislativas ordinarias

⁹³⁸ A este tipo de respuestas Ferreres las denomina “suaves”. Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 150. Según Limbach, esta posibilidad existe en Alemania, donde el Tribunal Constitucional ha relativizado la fuerza vinculante de sus decisiones. En 1987 expresamente reconoció que el legislador tiene derecho a una segunda prueba y acudir de nuevo al Tribunal. Es decir, la declaración de inconstitucionalidad de una norma no impide al legislador, decidir una regulación materialmente igual o semejante si lo cree oportuno. Jutta Limbach, “Papel y poder del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, 1999. pp. 98 y 99.

⁹³⁹ Esto es importante remarcarlo pues los defensores del control judicial suelen argüir que el diálogo entre jueces y legisladores es inevitable y se da todos los días, en tanto hay innumerables casos en los que el legislador adopta la interpretación del Tribunal. Sin embargo, pasan por alto que bajo un sistema de supremacía judicial el seguimiento de la doctrina se debe a que el Tribunal tiene atribuida esa autoridad, y no a la existencia de un verdadero diálogo.

⁹⁴⁰ Jürgen Habermas, *Factidad y validez*, *op. cit.*, pp. 336, 348, 525. Como bien ha puesto de manifiesto Prieto Sanchís, el problema de la propuesta de Habermas es que no sabemos hasta dónde llegan tales condiciones y, por tanto, las facultades de un control de constitucionalidad. Pues si variamos ligeramente las coordenadas ideológicas, el propósito restrictivo en gran parte se esfuma y la justicia constitucional recobra toda su competencia. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y democracia*, *op. cit.*, pp. 160 y 161. De ahí la importancia de institucionalizar la posibilidad de objeción recíproca. Para Zurn, por ejemplo, Habermas extiende el ámbito de incumbencia del control judicial a través del amplio espectro que alcanzan en su teoría las condiciones democráticas. Christopher F. Zurn, “Deliberative democracy and constitutional review”, *op. cit.*, pp. 521 y 538. Asimismo, Zurn considera que Habermas no se preocupa por la forma de institucionalizar el control judicial o sólo presupone el arreglo actualmente existente, para limitarse a sugerir la posibilidad de que el propio legislador lleve a cabo el control o que los jueces apliquen un método de interpretación procedimentalista. *Ibid.*, pp. 516, 521, 522, 524, 529. Esta justificación del control judicial se puede deber también a que Habermas considera que el tipo de discurso que llevan a cabo los jueces es uno de aplicación, en el que se busca la aplicación imparcial de normas de rango superior ya justificadas. El problema es que el discurso del control judicial de la ley no es análogo al discurso de los jueces ordinarios, sino que se trata de un discurso de justificación en el cual deben participar todos los afectados y, por tanto, torna ilegítimo el control judicial. Christopher F. Zurn, “A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review”, *op. cit.*, pp. 432, 435, 438, 439, 440 y 442.

son un medio idóneo para institucionalizar la posibilidad de objeción recíproca⁹⁴¹ entre el Tribunal y el poder legislativo y entre éste y la ciudadanía⁹⁴².

Empecemos por conocer algunas de las ventajas. En primer lugar, debe tenerse presente que las respuestas legislativas son un incentivo para la renovación de criterios jurisprudenciales anquilosados⁹⁴³. Como suele suceder, la inconstitucionalidad de una ley puede atender a las circunstancias particulares que se presentan en la realidad social o a la moral pública de un momento particular y, en la medida en que estas circunstancias cambien, no hay razón para conservar indefinidamente la misma interpretación⁹⁴⁴. En efecto, si el legislador no tuviera derecho a una segunda prueba, en tanto vinculado permanentemente a la jurisprudencia del Tribunal, eso supondría la petrificación del derecho⁹⁴⁵. Así, por ejemplo, lo que ayer podía ser una medida discriminatoria, hoy puede ser una acción

⁹⁴¹ La posibilidad general de objetar recíprocamente las decisiones que han ignorado razones recíprocas y no rechazables es para Forst la característica esencial de un diseño institucional acorde con los postulados de la democracia deliberativa. La reciprocidad es un requisito –junto con la generalidad– que deben cumplir las razones que sirvan para justificar normas, lo que implica que nadie puede hacer valer un derecho o recurso que le denegaría a otros, siendo que la formulación del argumento debe estar abierto a debate y no puede ser determinado por una sola parte. Rainer Forst, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *op. cit.*, pp. 362 y 370.

⁹⁴² Como explica Michelman, si los representantes puede revisar las interpretaciones constitucionales del tribunal, los ciudadanos serán llamado a juzgar la interpretación de los que aspiren a ser sus representantes, las que pueden haber sido manifestadas en acciones pasadas y en argumentaciones sobre cuestiones constitucionales del pasado, pendientes o potenciales. Es decir, es una forma de incentivar el involucramiento de la gente en el proceso de interpretación constitucional. Frank I. Michelman, “Judicial Supremacy, the Concept of Law, and the Sanctity of Life”, *op. cit.*, p. 161.

⁹⁴³ Víctor Ferreres Comella, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 44. Por esta razón, es que suele decirse que los tribunales no están vinculados a sus propios precedentes. Es decir, si bien nadie niega la necesidad de una interpretación evolutiva, la mayoría de los autores dejan en manos de los propios jueces el desarrollo de su doctrina, sin darse cuenta que ese desarrollo sólo puede darse por el impulso de un tercero. Y me pregunto ¿por qué no el legislador? Para una postura en aquél sentido, véase Rubén Hernández Valle, “La vinculatoriedad de las resoluciones de la sala constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derechos Procesal Constitucional*, núm. 1, 2004, pp. 45-60.

⁹⁴⁴ En ese sentido Limbach señala: Por el mero hecho de que el Tribunal haya declarado inconstitucional una determinada regulación, no tiene el legislador por qué abdicar de la propia capacidad de aprendizaje. De otro modo, el Parlamento se vería impotente ante nuevos conocimientos y cambios significativos de las condiciones de existencia. Jutta Limbach, “Papel y poder del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 98.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 99. Asimismo señala: Por el mero hecho de que el Tribunal haya declarado inconstitucional una determinada regulación, no tiene el legislador por qué abdicar de la propia capacidad de aprendizaje. De otro modo, el Parlamento se vería impotente ante nuevos conocimientos y cambios significativos de las condiciones de existencia.

afirmativa para contrarrestar una posición históricamente desventajosa de un grupo social marginado o viceversa. De igual forma, prácticas sociales que en el pasado fueron declaradas inconstitucionales hoy pueden ser acordes con la Constitución gracias a un cambio de la moral pública, como sucede con la portación de drogas para consumo personal⁹⁴⁶. En cambio, la viabilidad de que el legislador pueda insistir en su interpretación obliga a los jueces a repensar dichos criterios jurisprudenciales, incentivando la colaboración entre poderes con el fin de adecuar la interpretación constitucional a la realidad social.

Otro de los beneficios que tienen las respuestas legislativas es permitir, a través de un proceso de prueba y error, que la interpretación constitucional se acerque al ideal de una opinión lo suficientemente deliberada⁹⁴⁷. Por un lado, da la oportunidad a los jueces para repensar sus interpretaciones y corregir sus errores exponiéndolos a diferentes voces⁹⁴⁸ y, por el otro, a que el pueblo y sus representantes puedan volver a debatir el tema⁹⁴⁹. Así, la aceptabilidad de las razones está siempre expuesta al riesgo de ser devaluada por mejores razones y por procesos de aprendizaje⁹⁵⁰.

En efecto, si se acepta que algunas cláusulas constitucionales tienen varias interpretaciones posibles y que el juez no tiene el monopolio de la racionalidad o que incluso puede cometer violaciones contra los derechos humanos, lo que corresponde es dejar libre al legislador para que pueda seguir debatiendo con los

⁹⁴⁶ Como dice Viver, “la posibilidad de proponer otras interpretaciones de la Constitución dependerá, de diversos factores como el tiempo transcurrido, el debate jurídico y político suscitado por la resolución...y muy destacadamente de la forma en la que el Tribunal sentó en su momento la doctrina.” Carles Viver Pin- Sunyer, “El Tribunal Constitucional, ¿Siempre, sólo... e indiscutible? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010, *op. cit.*, p. 345.

⁹⁴⁷ Barry Friedman, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, *op. cit.*, p. 382.

⁹⁴⁸ Como dice Sunstein, cuando la gente sólo escucha ecos de sus propias voces suele reafirmarse. Cass Sunstein, “Introduction”, *Designing Democracy What Constitutions Do*, *op. cit.*, p. 15. Para Greene la eventualidad de errores judiciales conduce a que la interpretación de la Corte pueda debatirse, Abner S. Greene, “Against Interpretative Obligation (To the Supreme Court)”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, No. 3, 2006, p. 1666.

⁹⁴⁹ Para Oddvar, la corrección de los resultados está asegurada porque el discurso está sujeto a una esfera pública, caracterizada como un foro de discusión abierto, inclusivo y transparente. Erik Oddvar Eriksen, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, en *La argumentación y los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 112.

⁹⁵⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 98.

jueces aun cuando éstos hayan dictado sentencia. Así, quienes se niegan a aceptar la viabilidad de las respuestas legislativas reflejan “un elitismo epistémico inaceptable, pues presuponen que unos señores, por más ilustrados que sean, puedan llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de discusión pública⁹⁵¹. En cambio, prever la posibilidad de respuestas legislativas muestra la consideración y el respeto recíproco que debe haber entre jueces y legisladores⁹⁵² y permite que la interpretación final refleje diversos valores e inquietudes⁹⁵³.

Otra de las ventajas que tiene este mecanismo es que nos permite obtener la solución de nuestros diferendos constitucionales más inmediatos sin dar por concluida la deliberación⁹⁵⁴, obligando a los perdedores en sede judicial a regresar a la arena política en busca de una respuesta del legislador. De esta forma no se fuerza un acuerdo cuando este es imposible y nos permite seguir adelante sin tener que resolver, de una vez por todas, cuál es el contenido de la Constitución⁹⁵⁵. Asimismo, se incentiva el debate público y es una válvula de escape para aquéllos que no pudieron convencer a los jueces de la Corte.

⁹⁵¹ Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, op. cit., p. 685.

⁹⁵² Este es un paralelismo con el argumento de Sunstein respecto a uno de los beneficios de los acuerdos incompletamente teorizados. Cass R. Sunstein, “Incompletely theorized agreements in constitutional law”, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 322, enero 2007, pp. 13 y 14. Disponible en línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369

⁹⁵³ Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, op. cit., pp. 268 y 269.

⁹⁵⁴ En otras palabras, en mi opinión uno de los beneficios que nos brindan la justicia constitucional junto con las respuestas legislativas es la posibilidad de poder tomar decisiones concretas sin tener que agotar el debate constitucional. Mientras que para una posición contraria, según la cual la función del Tribunal es brindarnos la interpretación correcta de la Constitución, siendo el conflicto jurídico concreto solamente el motivo para hacerlo, la procedencia de una respuesta legislativa resulta innecesaria e incluso peligrosa. En este último sentido véase Raúl Bocanegra Sierra, “Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 1, No. 1 Enero-abril, 1981, p. 241. También Rubén Hernández Valle, “La vinculatoriedad de las resoluciones de la sala constitucional”, op. cit., p. 48.

⁹⁵⁵ Estas ventajas también están inspiradas en el trabajo de Cass Sunstein sobre los acuerdos incompletamente teorizados. Cass R. Sunstein, “Incompletely theorized agreements in constitutional law”, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 322, enero 2007, pp. 5 a 7. Disponible en línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369

Ahora bien, para algunos autores no todos son beneficios. En primer lugar, porque el hecho de que el legislador responda a través de una reforma constitucional y no de una ley ordinaria tiene la ventaja de intensificar la deliberación y, por tanto, que el cambio de la doctrina constitucional se haga atendiendo a nuestros compromisos más profundos y no como reacción a la política ordinaria⁹⁵⁶. En segundo lugar, se dice que la posibilidad de respuestas legislativas (ordinarias) a las sentencias de la Corte es una puerta falsa, pues la nueva ley no es inmune al control de constitucionalidad. De ahí que en el mejor de los casos nos regresa al punto de partida y, en el peor de ellos, puede convertirse en una declaración de guerra entre legisladores y jueces constitucionales⁹⁵⁷. Finalmente, se dice que la propuesta “deja en el aire la cuestión de quién tiene la última palabra institucional, precipitando un ir y venir interminable”⁹⁵⁸.

Desde mi punto de vista, la primera crítica es infundada pues presupone de modo arbitrario que los momentos en que se aprueban o reforman las Constituciones son siempre de mayor calidad que los de legislación ordinaria⁹⁵⁹. En efecto, si partimos de que el <momento constituyente> no es necesariamente un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general⁹⁶⁰, la idea de que una decisión adoptada por una mayoría reforzada es más lúcida presupone lo que habría que probar⁹⁶¹.

⁹⁵⁶ Barry Friedman, “The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review”, *op. cit.*, pp. 1294 a 1297.

⁹⁵⁷ Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE IJ-UNAM, 2006, p. 227.

⁹⁵⁸ Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, *op. cit.*, p. 237. Para este autor, las respuestas legislativas pueden generar innumerables querellas jurídicas, relacionadas con los derechos adquiridos al amparo de la ley invalidada, los vacíos legales, el principio de la ley más benigna. Todo ello, nos dice, tiene efectos perniciosos para la seguridad jurídica, la coherencia y la igualdad ante la ley. En mi opinión, estos “efectos perniciosos” no se generan *per se* por las respuestas legislativas, sino son los costos de cualquier sistema en el que se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales.

⁹⁵⁹ Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, *op. cit.*, p. 224.

⁹⁶⁰ Francisco J. Laporta, “El ámbito de la Constitución”, *op. cit.*, p. 463.

⁹⁶¹ Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, *op. cit.*, p. 225. Asimismo, comparto la idea de Bayón de que si el grado de rigidez de la Constitución es tal, que la posibilidad real de que la mayoría parlamentaria responda con una enmienda constitucional a las decisiones de los jueces constitucionales es demasiado remota, el control de constitucionalidad poseerá un potencial contramayoritario específico más allá del que trae consigo la propia rigidez: porque no sólo habrá restricciones al poder de la mayoría, sino que, además, no será su opinión la que prevalezca. Juan

En relación con la crítica de Salazar, comparto con el mismo autor que las respuestas legislativas son una invitación a la reflexión de los jueces constitucionales⁹⁶² y el comienzo de un diálogo sobre la mejor interpretación posible. Es decir, la posibilidad de que el legislador pueda responder a las decisiones de la Corte a través de una ley y no de una reforma constitucional no es una vuelta al punto de partida ni una declaración de guerra, como sostiene Salazar, sino la canalización de una deliberación inevitable sobre el sentido de la Constitución⁹⁶³. Es más, las respuestas legislativas pueden ser un medio adecuado para lograr un ejercicio dialéctico entre el parlamento y los jueces que el citado crítico considera punto de equilibrio institucional entre las exigencias de la Constitución y las exigencias de la democracia⁹⁶⁴.

Por lo que respecta a la última crítica, considero que Linares incurre en un error de apreciación, pues la vía de las respuestas legislativas no quita la última palabra a los jueces sobre la constitucionalidad o no de la ley, en tanto a ellos corresponde decidirlo. Lo único que esta vía permite es la contestación legislativa de la ratio decidendi que sustentan los decisum, lo que no es poca cosa. En efecto, si recordamos la crítica de los constitucionalistas populares al control de las leyes se debe a la supremacía judicial, es decir, a la vinculación de todos los poderes a la interpretación del tribunal. En este sentido, creo que la procedencia de las respuestas legislativas ordinarias obligaría a los jueces a escuchar a la otra parte, reduciendo fuertemente la objeción democrática⁹⁶⁵.

Carlos Bayón, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", *op. cit.*, pp. 290 y 291. Cabe precisar que la opinión de Bayón es válida siempre y cuando no existan otros medios de respuesta del legislador.

⁹⁶² Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, *op. cit.*, p. 227.

⁹⁶³ Continuación del debate que no podría darse si la respuesta es a través de una reforma constitucional, en cuyo caso el poder constituyente define la contienda, a menos que también pueda revisarse judicialmente la reforma constitucional. Víctor Ferreres Comella, "Una defensa de la rigidez constitucional", *op. cit.*, pp. 42.

⁹⁶⁴ Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, *op. cit.*, p. 274. Desde mi punto de vista, Salazar incurre en una contradicción al afirmar, por un lado, que las respuestas legislativas no son adecuadas y, por el otro, estimar que la dialéctica entre jueces y parlamento sean la mejor forma de equilibrar las exigencias de la Constitución y las exigencias de la democracia, pues aquéllas son una de las formas para lograr este objetivo.

⁹⁶⁵ La relación entre supremacía judicial y objeción contra mayoritaria ha sido puesta de manifiesto por Barry Friedman, "The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy", *op. cit.*, pp. 333-433.

Sin embargo, para Bayón esto no es correcto porque desde el punto de vista democrático, no sólo importa qué decisión prevalece, sino también que no se demore sin justificación el momento en que prevalece. Es decir, para el autor queda pendiente de justificarse por qué durante todo el tiempo que tarde el legislador en lograr su propósito, debe prevalecer frente a su opinión la de los jueces constitucionales⁹⁶⁶. Así, lo que propone Bayón es que la posición por defecto sea la del legislador, es decir, la decisión que rige en tanto un actor distinto del que la fijó consiga modificarla, y que ésta no sea la de los jueces constitucionales. De esta forma, en su opinión, no basta con establecer un sistema en que los jueces y legisladores dialoguen, sino que el legislador tenga, por razones de legitimidad democrática, cartas más fuertes que las de la mera respuesta legislativa. En ese sentido, aboga por un procedimiento que en un tiempo razonable permita al legislador ordinario reaccionar frente a una decisión del Tribunal, y considera que la reforma constitucional sin mayorías reforzadas es ese procedimiento⁹⁶⁷. En otras palabras, el constitucionalismo débil por el que aboga el autor tiene su enclave no sólo en un modelo de control judicial sin supremacía, sino sobre todo en el debilitamiento de la rigidez constitucional⁹⁶⁸.

Si mal no entiendo, el escepticismo del profesor Bayón respecto a las respuestas legislativas se debe a que los jueces ordinarios sí están obligados a seguir la doctrina del Tribunal, así que en caso de haber una respuesta legislativa no se tardarían mucho en cuestionar la constitucionalidad de la nueva ley, y ello sino es que se presenta un segundo recurso de inconstitucionalidad en su contra. En cuyo caso, nos dice Bayón, si no ha cambiado la composición del Tribunal es muy improbable que se declare la inconstitucionalidad de la respuesta, por lo que el

⁹⁶⁶ Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", *op. cit.*, p. 291, nota al pie 14.

⁹⁶⁷ Agradezco al Profesor Bayón la explicación detallada que me dio sobre este punto. En el mismo sentido, Francisco Laporta considera que si los mecanismos de reforma constitucional son conformes a los procedimientos de decisión democrática, es decir, si se llevan a cabo a través de un referéndum, cláusulas de enfriamiento o una ley ordinaria de reforma, no podría decirse que los jueces se han impuesto a una mayoría. Francisco J. Laporta, "El ámbito de la Constitución", *op. cit.*, pp. 479 y 483.

⁹⁶⁸ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 150, notal al pie 30.

legislador tendrá que esperar. Esperar, primero, a que toque renovar el Tribunal Constitucional; confiar, después, en que consiga decantar en la dirección apropiada la elección de nuevos magistrados (para lo que hacen falta acuerdos, pactos y transacciones capaces de reunir las requeridas mayorías cualificadas); y confiar además, por último, en que los magistrados propuestos y nombrados no acaben fallando después en sentidos opuestos a los que se esperaban de ellos al proponerlos (cosa de lo que, nos dice, no faltan ejemplos históricos)⁹⁶⁹. Por esta razón, es que mientras la mayoría parlamentaria (ordinaria) no pueda reaccionar cambiando la Constitución cuando discrepe de la interpretación que hacen los jueces constitucionales, la objeción democrática no desaparecerá⁹⁷⁰.

Aun cuando mi propósito de estudiar la viabilidad de las respuestas legislativas no es sugerir que sean una condición suficiente para superar la objeción mayoritaria del control judicial de la ley, considero que la opinión del profesor Bayón sobre las reformas constitucionales sin mayorías reforzadas tiene que ser completada. En mi opinión, para que una reforma constitucional sin mayorías reforzadas sea la carta fuerte del legislador, ésta tendría que ser inmune a la revisión del Tribunal Constitucional. Sin embargo, eso no es así en todos los sistemas jurídicos (pensemos en el caso de Alemania, donde en algunos supuestos las reformas constitucionales aun con mayorías reforzadas pueden ser controladas). Por tanto, si las reformas constitucionales con o sin mayorías reforzadas pueden ser revisadas por el Tribunal Constitucional, no encuentro diferencia alguna con las respuestas legislativas para efectos de salvar la objeción democrática, salvo que unas van al texto constitucional y otras no.

Ahora bien, aun aceptando que la reforma constitucional sin mayorías reforzadas e inmune a la revisión judicial salva la objeción democrática, a diferencia de lo que sucede con una respuesta legislativa que sí puede ser controlada, conviene preguntarse si es verdad que las respuestas legislativas son un mecanismo ineficiente para que rija la interpretación del legislador.

⁹⁶⁹ Correo electrónico del 8 de noviembre de 2011.

⁹⁷⁰ Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", *op. cit.*, p. 291, nota al pie 15.

En mi opinión, a diferencia de lo que considera Bayón, creo que la viabilidad de las respuestas legislativas sí cambian sustancialmente las condiciones institucionales del sistema⁹⁷¹, pues facilitan la reacción de legislador y le otorgan una posibilidad real de prevalecer⁹⁷². Además de que sirven para promocionar e incentivar la deliberación, en tanto promueve una segunda ronda de debate en la que el legislador tendrá que hacer públicas las razones que lo llevaron a sustentar una determinada ley, crean un equilibrio político distinto que obliga a la Corte a estar más atenta y receptiva de la visión del Congreso, modificando la forma en que los jueces se comportan⁹⁷³. Como veremos más adelante, la práctica nos da buenos ejemplos de cómo los jueces ordinarios (aun cuando están vinculados por la doctrina del Tribunal) o las minorías parlamentarias no suelen plantear la inconstitucionalidad de las repuestas legislativas, permitiendo que sea la interpretación del legislador la que prevalezca.

Asimismo, no debemos perder de vista que si la postura de los jueces es la que prevalece, esto se puede deber a: 1) que un número importante de gente esté de acuerdo con la interpretación del Tribunal; 2) que un número importante de gente crea que la interpretación del Tribunal es más aceptable que la ley o cualquier propuesta alternativa; 3) que un número considerable de gente considere que las interpretaciones del tribunal sólo pueden ser rechazadas cuando sean manifiestamente erróneas⁹⁷⁴; o 4) simplemente a los costos políticos que implica una respuesta legislativa⁹⁷⁵.

⁹⁷¹ Este cambio es importante, porque como dice Waldron en los sistema de control judicial fuerte, lo que se traduce en la imposibilidad de respuestas legislativas ordinarias, la idea del diálogo es naive. Jeremy Waldron, "Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators", *op. cit.*, pp. 8 y 9.

⁹⁷² Así, en su crítica al control judicial de la ley Diego Moreno señala: "no debe abdicarse completamente de la protección judicial de los derechos fundamentales, siempre y cuando la configuración de los derechos resultante de dicha protección pueda ser modificada por medio de la institucionalización de algún tipo de respuesta legislativa". Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 30

⁹⁷³ Larry Kramer "Undercover Anti-Populism", *op. cit.*, p. 1358.

⁹⁷⁴ Mark Tushnet, "Policy distortion and democratic debilitation: Comparative illumination of the countermajoritarian difficulty", *op. cit.*, p. 284. La opinión de Tushnet se refiere a la posibilidad de reversión de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema canadiense, sin embargo, las razones me parecen perfectamente aplicables a un sistema de control judicial fuerte.

⁹⁷⁵ Larry Kramer, *The people themselves, popular constitutionalism and judicial review*, *op. cit.*, p. 235. Para Kramer, aún en los sistemas sin supremacía judicial es posible esperar que sean las decisiones de los tribunales las que concluyan las disputas constitucionales, a menos que la

Ahora bien, volviendo a la crítica de Linares es cierto que las respuestas legislativas pueden dar pie a un ir y venir entre jueces y legisladores. Sin embargo, conforme al modelo de justicia constitucional que aquí he defendido esa no es una hipótesis de la que haya que huir, sino al contrario, pues es a través de la institucionalización jurídica de discursos públicos que el riesgo de disenso se convierte en permanente⁹⁷⁶. Para una visión deliberativa de la democracia mientras exista un desacuerdo sobre el sentido de una determinada cláusula constitucional, el debate debe ser incentivado y nunca clausurado⁹⁷⁷. Así, si el tribunal quiere tener la última palabra tendrá que echar mano de la coerción que caracteriza a la fuerza de convicción de las razones y argumentos que nos resultan de peso, es decir, a la coerción del mejor argumento⁹⁷⁸, sin que pueda hacerlo autoritativamente⁹⁷⁹.

Por otro lado, también es cierto que las respuestas legislativas no son la panacea ni tienen que o pueden darse en todos los casos. Así, una vez que la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley los costos políticos pueden ser tan altos que no hagan viable una respuesta legislativa o que, aun produciéndose, haya una alta posibilidad de que vuelva a ser declarada inválida. También habrá supuestos en los que haya un acuerdo sobre el sentido constitucional, es decir, que las razones se adensen hasta tal punto que produzcan un acuerdo sin coerciones acerca de la aceptabilidad de la pretensión de validez en litigio⁹⁸⁰, que haga innecesaria una respuesta del legislador y el diálogo se dé por concluido⁹⁸¹.

En efecto, cuando la experiencia nos permita lograr un acuerdo sobre el sentido constitucional, la deliberación puede tener su fin en sede judicial⁹⁸². En esos

oposición sea lo suficientemente fuerte para reunir las mayorías y el acuerdo necesario para combatir la opinión del tribunal.

⁹⁷⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., pp. 662.

⁹⁷⁷ Como dice Moreno, para el modelo deliberativo ningún resultado es definitivo sino que puede ser revisado. Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, "Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia", op. cit., p. 329.

⁹⁷⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 86 y 168.

⁹⁷⁹ Larry Kramer, *The people themselves, popular constitutionalism and judicial review*, op. cit., p. 236.

⁹⁸⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 298.

⁹⁸¹ Mark Tushnet, *Weak Courts Strong Rights*, op. cit., pp. 52, 263, 264.

⁹⁸² Como explica Tushnet, que sea el Tribunal el que tenga la última palabra se define a través de un proceso complejo y extendido de interacción entre poderes. Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, op. cit., p. 29.

supuestos, ni las otras ramas del gobierno ni la opinión pública insistirán en una visión distinta de lo que la Constitución establece⁹⁸³. Aunque también es cierto que en una sociedad caracterizada por el “hecho del pluralismo”, en la que sus habitantes tienen distintos planes de vida y distintas formas de concebir el bien, esos casos serán los menos. Para una visión dialógica del constitucionalismo lo importante es contar con los medios institucionales para poder canalizar ese desacuerdo.

En conclusión, considero que el gran mérito de Ferreres es haber iniciado el debate sobre una nueva vía para el diálogo inter-institucional en modelos de control judicial fuerte. Sin embargo, estimo que el profesor de Barcelona no se ha detenido lo suficiente a distinguir algunas figuras fundamentales como los efectos generales de las sentencias constitucionales, la fuerza vinculante de la doctrina (respecto de los jueces y respecto del legislador) y la cosa juzgada constitucional⁹⁸⁴. Distinciones que en mi criterio es necesario realizar, pues los opositores a las respuestas legislativas suelen entender sin mayor cuestionamiento que los efectos generales de las sentencias involucran a sus fundamentos jurídicos⁹⁸⁵, teniendo como consecuencia prohibir al legislador la repetición idéntica o esencial del texto de la norma que se invalidó⁹⁸⁶. En otras palabras, por una imprecisión se considera que la reiteración idéntica de la norma declarada inconstitucional es un desacato de la cosa juzgada⁹⁸⁷.

⁹⁸³ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, *op. cit.*, p. 263.264,

⁹⁸⁴ Aunque alguna referencia sí puede encontrarse en sus trabajos pioneros “los efectos de una decisión invalidatoria del Tribunal se limitan normalmente a la ley enjuiciada. La ley es expulsada, sí, pero sólo esa ley lo es (pues se considera que sólo a ella se extiende el efecto de cosa juzgada)”. Víctor Ferreres Comella, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, pp. 45 y 46. Para una distinción de estas figuras véase Ángel Gómez Montoro, “Comentario al artículo 38 LOTC”, en Juan Luis Requejo Pagés (coord.), *Comentarios A La Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, BOE, 2001, pp. 559-573.

⁹⁸⁵ Osvaldo Alfredo Gozaini, “Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, No. 8, julio-diciembre 2007, pp. 204.

⁹⁸⁶ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, “Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Año XV, 2009, p. 244.

⁹⁸⁷ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso “Ley de Medios”*, México, IJ-UNAM, 2009, p. 30.

3.2.1.1 El caso de España ¿Es posible que el legislador responda a las sentencias del Tribunal Constitucional?

En España son pocos los trabajos que han apoyado las respuestas legislativas a las sentencias del Tribunal Constitucional. Como hemos visto, fue el constitucionalista Víctor Ferreres quien ha sugerido la posibilidad de que el legislador responda a las declaraciones de inconstitucionalidad. Así, en una de sus últimas publicaciones el autor utilizó como ejemplos de diálogo la expedición de la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo -ley en materia de aborto- y la reforma al Código penal (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) por la que se establece una nueva regulación de los supuestos en que se interrumpe la prescripción penal. En el primer caso, nos dice Ferreres, la Ley no está en consonancia con la doctrina sentada por el TCE en su sentencia 53/1985, mientras que en el segundo supuesto, la reforma no se compadece con las reglas jurisprudenciales sentadas en varias de las sentencias del Tribunal, empezando por la STC 63/2005⁹⁸⁸. Sobre estos ejemplos volveré más adelante.

En la actualidad parece haber un acuerdo sobre el hecho de que los jueces constitucionales crean derecho a través de sus sentencias, es decir, que no sólo llenan huecos legales sino que representan un desarrollo constructivo del derecho⁹⁸⁹. Según ésta concepción, las experiencias constitucionales de la segunda postguerra demuestran como los jueces crean derecho y, por tanto que la justicia

⁹⁸⁸ Víctor Ferreres Comella, "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas", *op. cit.*, pp. 24-26. Durante el funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Segunda República Española hay un caso documentado de respuestas legislativas conocido como el de la Ley del Contrato de Cultivos. La sentencia y los votos de inconstitucionalidad puede ser consultada en Martín Bassols Coma, *El Tribunal de las Garantías Constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Madrid, BOE, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010; un comentario sobre la sentencia en Germán Gómez Orfanel, "La Legislación Catalana de contratos de cultivo y el Tribunal de garantías constitucionales en la segunda República", *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2002.

⁹⁸⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 552.

constitucional ha dejado de ser un mero legislador negativo⁹⁹⁰. Esta acción creadora se desarrolla tanto en el plano constitucional como en el legal: en el primero mediante la concreción del contenido del precepto constitucional y en el segundo mediante la eliminación de una disposición detraída de una norma⁹⁹¹.

Si bien esta apreciación parece difícilmente debatible, no lo es tanto la afirmación que se suele derivar de ella, cual es que “el poder de interpretación que tienen los jueces convierte al órgano (judicial) en un instructor del parlamento o Legislatura, quien aconseja u ordena como realizar la norma constitucional”⁹⁹². A mi entender, una cosa es que los jueces creen derecho con el dictado de sus sentencias y otra muy distinta es que eso los convierta en mandamases del legislador⁹⁹³. Entre ambas afirmaciones hay un salto lógico que debe ser justificado.

En este sentido, resulta paradójico que algunos autores reconozcan, por un lado, que el poder que ejerce el Tribunal Constitucional es exorbitante gracias a la fuerza legislativa de sus interpretaciones y que “es un órgano ‘torpe’ para legislar positivamente”⁹⁹⁴ y, por otro lado, sostengan que el legislador está vinculado por la ratio decidendi de las sentencias⁹⁹⁵. Y es aún más paradójico cuando tenemos en cuenta que en una democracia la pretensión normativa de validez o legitimidad de las normas requiere de la posibilidad de examinar críticamente esa pretensión y, por tanto, susceptible de corrección⁹⁹⁶.

En efecto, las diferentes características del proceso judicial y el procedimiento legislativo hacen irrazonable sostener que de ambos procesos pueda

⁹⁹⁰ Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, t. I, 2009, pp. 185-187. En este mismo sentido Marina Gascón Abellan, “La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, No. 41, mayo-agosto 1994, p. 71.

⁹⁹¹ Francisco Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, No. 22, Enero-Abril, 1998, p. 38.

⁹⁹² Osvaldo Alfredo Gozaíni, “Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*”, *op. cit.*, pp. 203 y 205.

⁹⁹³ Para César Landa la creación jurisprudencial del derecho implica que ésta vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. César Landa, “Los precedentes constitucionales: El caso del Perú”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEPC, No. 14, 2010, p. 203.

⁹⁹⁴ Marina Gascón Abellan, “La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción”, *op. cit.*, pp. 73-82.

⁹⁹⁵ *Idem*.

⁹⁹⁶ Jurgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, pp. 93 y 95.

obtenerse un resultado semejante: de un lado, la ley y, del otro, la interpretación vinculante de la Constitución⁹⁹⁷. Esto es, si la facultad que tiene el legislador para expedir leyes le ha sido otorgada, entre otras cosas, en atención a un proceso de deliberación en el que se tomen en cuenta la mayor cantidad de intereses involucrados y que le permite valorar las diferentes aspectos que tienen los problemas sociales y, que siempre está abierto a la posibilidad de cambio tan pronto como se presenten nuevos argumentos, enfoques y perspectivas⁹⁹⁸, por esa misma razón es imposible sostener que el juez, a través de un proceso con calidades deliberativas más limitadas pueda legítimamente tomar una decisión con un alcance similar a la emitida inicialmente.

Pues bien, entrando al tema que nos ocupa ¿cómo sabemos si las respuestas legislativas son viables en un determinado sistema jurídico? ¿De qué depende que el legislador pueda responder a las sentencias del Tribunal Constitucional? En mi opinión, la posibilidad de que haya respuestas legislativas a las sentencias del Tribunal depende de la fuerza vinculante que tienen los argumentos (*ratio decidendi*) que sustentan dichos fallos (*decisium*) en un determinado sistema jurídico, específicamente, si vinculan o no al legislador⁹⁹⁹. Esto es, si las razones de inconstitucionalidad dadas por los jueces en sus sentencias no obligan al parlamento, este podrá retomar el mismo problema interpretativo que causó la primera declaración de inconstitucionalidad. De esta forma, se obligaría a jueces y legisladores a moderar sus posiciones a la vista de lo que los otros podrían

⁹⁹⁷ En ese sentido Konrad Hesse señala que el Derecho judicial no surge en el proceso de formación de la voluntad política; por lo que no puede sustituir al Derecho surgido en el proceso legislativo democrático y no está democráticamente legitimado en la misma medida que el Derecho adoptado por el Parlamento. Konrad Hesse, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, p. 158.

⁹⁹⁸ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *op. cit.*, p. 329.

⁹⁹⁹ Esta es la posición del profesor Rubio Llorente, para quien teóricamente “la eficacia general se predica sólo del fallo y no de los razonamientos que lo fundamentan”, pero que dependiendo el derecho positivo, la eficacia *erga omnes* puede extenderse a la *ratio decidendi* de las sentencias constitucionales. Francisco Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *op. cit.*, pp. 31-35. Quiero enfatizar que las consideraciones que hago en este apartado se refieren a la fuerza vinculante que tiene la doctrina respecto al legislador y no así frente a la administración. En este sentido, Tushnet es de la opinión que si bien no puede diferenciarse entre legisladores y los integrantes de la administración por sus incentivos a deliberar concienzudamente, aceptar que éstos puedan desacatar la doctrina del Tribunal puede conllevar mucha inestabilidad. Más allá de que el legislador tiene una legitimidad democrática mayor. Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, *op. cit.*, p. 47.

hacer en respuesta¹⁰⁰⁰. De lo contrario -si las razones sí vinculan a los legisladores-, una vez que los jueces “hablan” ya no hay espacio para una respuesta legislativa¹⁰⁰¹.

El problema de la vinculación a la doctrina establecida en las sentencias constitucionales no es meramente procesal, sino sustantivo, pues refleja en una medida enormemente significativa la distribución de poderes entre los más altos órganos constitucionales y la concepción que se tiene del Tribunal Constitucional¹⁰⁰². De esta forma, si se estima que la función del Tribunal es interpretar definitivamente la Constitución, el legislador estará vinculado a su doctrina. Por el contrario, si se considera que el Tribunal sólo tiene como finalidad resolver nuestros litigios constitucionales y enriquecer el proceso deliberativo, sin clausurar el debate sobre su sentido, el legislador no estará vinculado a su interpretación.

Pues bien, con el fin de contribuir al debate sobre la viabilidad de respuestas legislativas en sistemas de control judicial fuerte, en este apartado analizaré lo que dispone el derecho positivo español respecto a la fuerza vinculante de la doctrina establecida en las sentencias en las que se declara la inconstitucionalidad de una ley. Cabe recordar que en España la inconstitucionalidad de una ley sólo puede promoverse a través de dos procedimientos: a) el recurso de inconstitucionalidad; y b) la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces y tribunales¹⁰⁰³.

Para poder determinar si los legisladores están vinculados a la doctrina establecida por los jueces constitucionales es necesario distinguir, por un lado, entre

¹⁰⁰⁰ Es lo que se ha denominado como el “juego de la separación de poderes”. Así, por ejemplo, a la vista de un eventual veto presidencial el legislador cambiaría un proyecto de ley, o los jueces emitirían una interpretación legal distinta con vista a no ser revertida por el legislador. Barry Friedman, “The politics of judicial review”, *op. cit.*, pp. 311 y 312.

¹⁰⁰¹ Alexy lo dice muy bien cuando señala que “quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política [...]”. Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁰² Raúl Bocanegra Sierra, “Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán”, *op. cit.*, p. 238.

¹⁰⁰³ Artículo 29 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

la fuerza vinculante del fallo y la fuerza vinculante de la doctrina y, por el otro, entre la a obligatoriedad que tiene esa doctrina para el legislador y para los jueces¹⁰⁰⁴. En términos generales, la dogmática más prestigiada considera que las respuestas a nuestras interrogantes se encuentran en los artículos 161.1.a)¹⁰⁰⁵ y 164.1¹⁰⁰⁶ CE, 1.1¹⁰⁰⁷, 38.1¹⁰⁰⁸ y 40.2¹⁰⁰⁹ LOTC y, 5.1¹⁰¹⁰ LOPJ, aunque no existe un acuerdo sobre el sentido de dichas disposiciones. Como veremos enseguida, la interpretación que se ha hecho de éstas reglas es todo, menos uniforme.

Según Rubio Llorente, quien toma como ejemplo el modelo austríaco en el que se estableció el control abstracto de la actuación del legislador, “el objeto inmediato y único del juicio no puede ser otro que el enunciado promulgado y la

¹⁰⁰⁴ En efecto, como veremos más adelante, la confusión entre creación judicial del derecho, efectos generales o *erga omnes* de las sentencias constitucionales, fuerza vinculante de la doctrina y cosa juzgada constitucional, ha llevado a algunos a estimar improcedentes las respuestas legislativas. En España, una de las pocas autoras que acepta que los criterios de constitucionalidad y las pautas fijadas por el Tribunal Constitucional vinculan de modo diverso al legislador y a los aplicadores del derecho, es Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa, op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁰⁵ Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer.

a. Del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectara a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. (...)

¹⁰⁰⁶ Artículo 164.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos. (...)

¹⁰⁰⁷ Artículo 1º

Uno. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.

¹⁰⁰⁸ Artículo 38.

Uno. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. (...)

¹⁰⁰⁹ Artículo 40.

Dos. En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.

¹⁰¹⁰ Artículo 5.

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. (...)

única decisión posible del juez es la de mantenerlo o anularlo”¹⁰¹¹. De ahí que, “la eficacia general se predica sólo del decisium de la sentencia, no de las razones de las que éste resulta como conclusión, y sólo para el caso de que la decisión declare precisamente la inconstitucionalidad de una ley”¹⁰¹². Esta decisión, según De Otto, al tener efectos generales o erga omnes tiene un efecto anulatorio de alcance similar, aunque no idéntico, al de la derogación de las leyes¹⁰¹³.

Así, por ejemplo, ocurre en España en donde la declaración de inconstitucionalidad de una ley, por lo general, conlleva su nulidad y es expulsado del ordenamiento. Esa anulación, al tener efectos generales, impide a todos los poderes públicos considerar a la disposición anulada como vigente y aplicable¹⁰¹⁴. Hasta aquí todos de acuerdo. El problema está cuando por distintos caminos llegan a la conclusión de que la interpretación del Tribunal Constitucional también es vinculante para el legislador.

Como he señalado, el Profesor Rubio Llorente considera en principio que la fuerza vinculante de las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad es predicable, como sus plenos efectos frente a todos (art. 164.1 CE) o efectos generales (38.1 LOTC), sólo del decisium. Sin embargo, al hacer el estudio de las sentencias interpretativas, aclara que “esta interpretación privaría de significado a los enunciados contenidos en los artículos 161.1.a) de la

¹⁰¹¹ Francisco Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *op. cit.*, pp. 22-30.

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 25. Como señalé *ut supra* este es el enunciado general sobre la fuerza vinculante de las sentencias, que puede incluir a la motivación según lo disponga el derecho positivo vigente.

¹⁰¹³ Ignacio de Otto, “La creación de derecho por los jueces”, en *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 286. Por su parte, para Ángel Gómez Montoro los efectos frente a todos de las sentencias constitucionales atienden al objeto del proceso: una ley, que por definición es una disposición de carácter general. Por ello, la sentencia tiene un alcance análogo al que tenía la ley, aunque de signo contrario. Para este autor, esta eficacia se predica de la parte dispositiva de las sentencias y no de los fundamentos jurídicos y, sólo lo producen las sentencias estimatorias y las sentencias interpretativas. Ángel Gómez Montoro, “Comentario al artículo 38 LOTC”, *op. cit.*, pp. 566-569. En el mismo sentido Jiménez Campo considera que el pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta una fuerza análoga, aunque de signo opuesto, a la que fue propia de la regla legal enjuiciada, además de incluir el mandato de no reactivar la inconstitucionalidad declarada mediante la reiteración de la regla inconstitucional. Javier Jiménez Campo, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰¹⁴ En eso consiste el cumplimiento de las sentencias en las que se expulsa una ley del ordenamiento, al que están obligados todos los poderes públicos según lo dispuesto por el artículo 87.1 LOTC.

Constitución y 40.2 de la Ley Orgánica, que, por el contrario, resultan cargados de sentido si, como parece ineludible, la vinculación de los poderes públicos se refiere a las sentencias constitucionales en su totalidad, esto es, también a las declaraciones que sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad se incluyan en sus fundamentos”¹⁰¹⁵.

Para el prestigiado profesor español, si bien el art. 161.1.a) CE es un vestigio del intento de someter al control de constitucionalidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de su lectura conjunta con el art. 40.2 LOTC, resulta natural entender invalidadas aquellas interpretaciones que han sido consideradas contrarias a la Constitución, aun cuando tal consideración no haya llevado a la anulación del precepto legal así interpretado o construido (tal y como sucede con las sentencias interpretativas)¹⁰¹⁶. Esta tesis, se ve reforzada, en opinión de nuestro autor, por lo que dispone el artículo 5.1 de LOPJ, que extiende la fuerza vinculante a todas las sentencias del Tribunal Constitucional¹⁰¹⁷.

Desde mi punto de vista, las razones que Rubio Llorente nos ofrece para justificar la vinculación del legislador a los fundamentos jurídicos de las sentencias no son acertadas. En primer lugar, no se entiende por qué los artículos 161.1.a) CE y 40.2 LOTC son fundamento para sustentar la sujeción del legislador. Como el mismo Rubio Llorente explica en co-autoría con el Magistrado Aragón, el artículo

¹⁰¹⁵ Francisco Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *op. cit.*, pp. 33 y 34. En el mismo sentido Javier Jiménez Campo, para quien el efecto de vinculación de toda la sentencia –fundamentos y fallo- viene afirmado de modo explícito por los artículos 38.1 y 40.2 LOTC, e indirectamente por el artículo 161.1.a) CE. Javier Jiménez Campo, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *op. cit.*, p. 29. Asimismo Juan Carlos Gavara de Cara, “Los efectos de la STC31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Las implicaciones para su normativa de desarrollo y los estatutos de otras comunidades autónomas”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, p. 248. Aunque también parece aceptar que el legislador apruebe leyes que entren en conflicto con la doctrina constitucional, siempre que no se trate de un ejercicio arbitrario de su potestad, es decir, con un mínimo de motivación sobre la diferencia con las anteriores decisiones de legislador declaradas inconstitucionales. *Ibid.*, pp. 249 y 258.

¹⁰¹⁶ A través de las sentencias interpretativas la justicia constitucional supera el dilema de mantener la validez del enunciado, aun sabiendo que una o varias de sus interpretaciones posibles son inconstitucionales, o anularlo en su totalidad, aunque pudiera ser interpretado de un modo conforme a la Constitución, pues no se pronuncia sobre el enunciado de la ley, sino sobre una norma que de él puede deducirse mediante la interpretación. Francisco Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, pp. 34 y 35.

161.1.a) es una disposición vacía de contenido y una perogrullada, pues no es más que la sustitución de otra que se propuso durante la asamblea constituyente previendo la posibilidad de una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad¹⁰¹⁸. Esto es, el artículo 161.1.a) prevé que la jurisprudencia de los tribunales se verá corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos del Tribunal Constitucional, lo que nada tiene que ver con la posición que el legislador tiene respecto a esa misma doctrina.

Asimismo, considero que “la necesidad lógica de atribuir fuerza de obligar a la norma establecida en el razonamiento jurisdiccional”¹⁰¹⁹, no puede derivarse de un tipo específico de resoluciones como son las sentencias interpretativas. En otros términos, un principio general como que “la vinculación de los poderes públicos se refiere a las sentencias constitucionales en su totalidad” no puede obtenerse lógicamente de la necesidad de que los aplicadores del Derecho se sujeten a la interpretación de la ley que hace el juez en ese tipo de sentencias. Es decir, una cosa es que los aplicadores jurídicos estén obligados a seguir la interpretación explicitada en los fundamentos de las sentencias interpretativas, pues de lo contrario no tendrían ningún sentido, y otra muy distinta es que el legislador esté vinculado por la doctrina del Tribunal en todos los casos.

En otras palabras, la interpretación que el antiguo magistrado del TC hace de los artículos 161.1.a) CE y 40.2 LOTC tiene como base el fenómeno particular de las sentencias interpretativas, en las que se impone o se rechaza una determinada

¹⁰¹⁸ Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón Reyes, “Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 7, 1979, pp. 163-165. Por su parte, Marina Gascón considera que de acuerdo con dicha disposición la interpretación realizada por el TC sobre una ley que se mantiene vigente (y no respecto de una ley declarada ilegítima), afectará también a su jurisprudencia. En opinión de la profesora de Castilla-La Mancha, ésta es la lectura más adecuada, pues resultaría superfluo suponer que el texto constitucional ha querido decir que una ley declarada ilegítima arrastra consigo a la jurisprudencia con ella producida. Marina Gascón Abellan, “La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción”, *op. cit.*, p. 75. Por su parte, Ramón Punset, considera que con las sentencias estimatorias es imposible que se corrija la jurisprudencia, pues no cabe hablar de corrección de una jurisprudencia desprovista de objeto, al haber recaído sobre normas que, tras el fallo del Tribunal Constitucional, pierden vigencia y ultractividad. Ramón Punset Blanco, “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes (Algunas reflexiones a la luz de la Ponencia de J. Jiménez Campo)”, Madrid, CEPC, TCE, 1997, p. 87.

¹⁰¹⁹ Francisco Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *op. cit.*, p. 35.

interpretación de la ley con el fin de salvaguardar su constitucionalidad. Supuestos en los que resulta lógico que los aplicadores jurídicos sigan la interpretación que el juez constitucional hace de la ley impugnada, pero no que el legislador se encuentre vinculado a la interpretación que el juez hace de la Constitución¹⁰²⁰.

Así, considero que el profesor Rubio Llorente no diferencia, por un lado, entre la fuerza vinculante de la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución que contienen las sentencias interpretativas y por el otro lado, entre la fuerza vinculante que tiene la doctrina constitucional para los aplicadores jurídicos y para el legislador. De este modo, extiende injustificadamente el alcance de lo dispuesto por el art. 5.1. LOPJ, que sólo obliga a los aplicadores jurídicos (y no al legislador) a seguir la doctrina constitucional (y no legal¹⁰²¹) establecida en las sentencias. Sobre este punto volveré más adelante.

Por otra parte, está la vía propuesta por Xavier Pibernat para sustentar la obligación del legislador de seguir la doctrina del Tribunal. Para Pibernat, reconocer “plenos efectos frente a todos” de las sentencias de inconstitucionalidad significa que los razonamientos o argumentaciones jurídicas contenidas en ellas son vinculantes para todos los ciudadanos y los poderes públicos¹⁰²². Pues bien, a mi entender ésta posición incurre en un error al pretender integrar dentro de los “efectos” de una declaración de inconstitucionalidad, que por regla general será la nulidad y consecuente expulsión de la norma¹⁰²³, las razones que sustentan dicha declaración. En mi opinión, el mandato según el cual las sentencias de

¹⁰²⁰ En un sentido parecido Juan Carlos Gavara de Cara, *op. cit.*, p. 247, para quien las sentencias interpretativas tienen efectos generales, es decir, que todos los poderes públicos están obligados a cumplir con lo que el Tribunal resuelva, incluyendo la interpretación.

¹⁰²¹ Sin embargo, la obligatoriedad de los aplicadores del Derecho de seguir la doctrina legal puede desprenderse del artículo 40.2 LOTC, aunque en nada afecta nuestra conclusión. Así, por ejemplo, en la STC 58/2010 se dice “la interpretación realizada por este Tribunal de la legalidad ordinaria vincula a los órganos judiciales en la medida en que rechazamos una determinada interpretación por ser contraria a la Constitución o cuando la interpretación que imponemos sea la única constitucionalmente posible.”

¹⁰²² Xavier Pibernat Domenech, “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, *op. cit.*, pp. 67-70. En el mismo sentido Juan Carlos Gavara de Cara, “Los efectos de la STC31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Las implicaciones para su normativa de desarrollo y los estatutos de otras comunidades autónomas”, *op. cit.*, p. 249.

¹⁰²³ Véase el artículo 39 LOTC y las SSTC 153/1986, 18/1987, 166/1994. Efectos que, en mi opinión, también podrían ser debatidos por el legislador a través de una respuesta legislativa.

inconstitucionalidad surten “plenos efectos frente a todos”, significa que la nulidad y consecuente expulsión de la norma rige para todos los ciudadanos y poderes públicos por igual, impidiéndoles aplicar la disposición en un futuro.

Esta precisión es más entendible si tenemos en cuenta cuál fue la razón por la que se establecieron los efectos erga omnes de las sentencias. En efecto, el propósito que tenía Kelsen para promover los efectos generales de las sentencias era evitar que distintos jueces tuvieran diferentes opiniones sobre la constitucionalidad de una ley y, por tanto, fuera aplicada en unos casos sí y en otros no, tal y como él percibía que pasaba en el sistema estadounidense o en el sistema austriaco antes de 1920¹⁰²⁴. Así, con el fin de evitar que las cuestiones concernientes a la constitucionalidad de una ley pudieran ser decididas por distintos jueces de modo contradictorio, se establecieron los efectos generales de las sentencias del tribunal constitucional para todos los casos futuros¹⁰²⁵.

En otras palabras, el problema de una diversidad de interpretaciones y, por tanto, de resultados distintos, se vio solucionado permitiendo que una sola decisión sobre la inconstitucionalidad de la ley fuera obligatoria para todos los jueces y tribunales, más allá de que coincidieran o no con la interpretación que sustentaba el fallo. De esta forma, se resolvía para todos el problema de si una ley era o no constitucional y, por tanto, si podía o no ser aplicada. Ahora bien, lo que esta solución no precisa es qué sucede con el desacuerdo que puedan tener los aplicadores jurídicos sobre la interpretación de la Constitución. Quiero decir, una vez tomada la decisión sobre la inconstitucionalidad de una ley en particular, no queda claro si los jueces deberán seguir los motivos de esa inconstitucionalidad para cualquier otro caso que se presentara a futuro y remitiera a la misma cláusula constitucional que se interpretó para analizar la constitucionalidad de la primera ley. Este es el problema sobre la vinculación de los aplicadores del Derecho a la doctrina constitucional.

¹⁰²⁴ Hans Kelsen, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana”, *op. cit.*, pp. 9-15.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 8.

De ahí, la necesidad de establecer una regla que obligue a los jueces y tribunales a seguir la interpretación de un único operador jurídico. Esa podría llegar a ser la función que cumple, por ejemplo, el artículo 5 LOPJ. En efecto, si los “plenos efectos frente a todos” de las sentencias que establece el artículo 164.1 CE fueran suficientes para zanjar el problema interpretativo, imponiendo una interpretación constitucional para todos los jueces, resultaría superflua la previsión del artículo 5 LOPJ. Por el contrario, si entendemos que lo dispuesto por el artículo 164.1 CE se limita al decisiu, el artículo 5º LOPJ que establece la obligatoriedad de la doctrina constitucional para los jueces y tribunales tiene sentido.

Por otro lado, Carles Viver considera que la “vinculación de todos los poderes públicos” a las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, como lo dispone el art. 38.1 LOTC, alcanza a la doctrina del Tribunal, lo que impide a los legisladores reiterar el texto de una ley declarada inconstitucional¹⁰²⁶. Sin embargo, posteriormente acepta que el legislador pueda proponer al Tribunal una revisión de su doctrina, cuando el Tribunal reconoce que existen diversas interpretaciones alternativas y no se afectan directamente los derechos de los ciudadanos¹⁰²⁷. En mi opinión, la postura de este autor no es de recibo. En primer lugar, porque el art. 38.1 LOTC no precisa qué parte de las sentencias constitucionales (doctrina y/o fallo) vinculan a todos los poderes públicos, por lo que su literalidad no es una razón suficiente para sustentar la vinculación del legislador a la doctrina. En segundo término, no se entiende porque sólo cuando el Tribunal es el que reconoce la existencia de diferentes interpretaciones (lo que sucede en casi todos los casos, pues de lo contrario, no habría declaratorias de inconstitucionalidad) y no se afecten los derechos de los ciudadanos, procede la respuesta del legislador. Desde mi

¹⁰²⁶ Carles Viver Pin-Sunyer, “El Tribunal Constitucional, ¿Siempre, sólo... e indiscutible? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010, *op. cit.*, p. 342. En el mismo sentido véase Juan Carlos Gavara de Cara, *op. cit.*, p. 248. En una posición contraria, está Ignacio de la Cueva, para quien el legislador goza de plena libertad a la hora de desenvolver su actividad, sin perjuicio de que si desconoce la doctrina constitucional sobre una materia, pueda incidir en inconstitucionalidad y ésta ser declarada por el TC en el marco de un nuevo proceso. Ignacio de la Cueva Aleu, “Comentario al artículo 38.1 LOTC”, en Juan José González Rivas (director-coordinador) *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, La Ley, 2010, p. 430.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 346.

perspectiva, los desacuerdos interpretativos existen con independencia de que así los reconozca el Tribunal y, en esa medida, resulta necesario que el debate pueda continuar después de la sentencia. Además, de que dichos desacuerdos son más fuertes y complejos cuando de interpretar los derechos fundamentales se trata. De ahí que si en alguna materia deben proceder las respuestas legislativas, es precisamente cuando algún derecho fundamental está en juego¹⁰²⁸.

Por su parte, el profesor De Otto considera que la sujeción del legislador a la doctrina del Tribunal Constitucional tiene como fundamento el carácter de intérprete supremo que éste tiene según el artículo 1º de su Ley Orgánica. Con sus palabras: “si (el Tribunal) puede anular una ley por inconstitucionalidad ello quiere decir que su interpretación prima sobre la que haya hecho el legislador y sobre cualquier otra”¹⁰²⁹.

En mi opinión, el fundamento que de De Otto utiliza para sostener su posición es el que más fuerza tiene, aunque no es del todo claro que debe entenderse por “intérprete supremo de la Constitución”. Así, por ejemplo, para Rubio Llorente y Aragón Reyes, “la consideración de intérprete supremo de la Constitución significa, indudablemente, que la interpretación por él realizada de los preceptos constitucionales se impone, con carácter vinculante, a todos los órganos judiciales”¹⁰³⁰. Esto es, para Rubio Llorente y Aragón el fundamento de la vinculación del legislador a la doctrina del Tribunal no es el artículo 1º LOTC, pues

¹⁰²⁸ En este mismo sentido se pronuncia Zurn al analizar la Cláusula 33 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 306.

¹⁰²⁹ Ignacio de Otto, “La creación de derecho por los jueces”, *op. cit.* pp. 296. En este mismo sentido se pronuncia Xavier Pibernat Domenech, “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, *Revista de Derecho Político*, No. 24, 1987, pp. 60. En este mismo sentido Manuel Medina Guerrero en su “Comentario al artículo 1º LOTC”, en *Comentarios A La Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 78-81. Asimismo, el propio Tribunal ha adoptado esta posición desde su sentencia 1/1981: “El Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos.”

¹⁰³⁰ Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón Reyes, “La jurisdicción constitucional”, en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 815.

el carácter supremo que éste le otorga al Tribunal se refleja frente a los órganos judiciales.

Desde mi perspectiva, cualquiera de las lecturas expuestas del artículo 1º LOTC son igualmente razonables, aunque tienen consecuencias opuestas. Si pensamos que el carácter de intérprete supremo implica la vinculación de todos los poderes públicos a la ratio decidendi de las sentencias -como opina De Otto- cerramos la puerta a las respuestas legislativas. Por el contrario, si la calidad de supremo se refleja sólo frente a los órganos judiciales -como sostienen Rubio Llorente y Aragón- abrimos la posibilidad de que el legislador responda a las sentencias del Tribunal¹⁰³¹. En ese sentido, la inclinación por una u otra interpretación dependerá de las consecuencias institucionales que consideremos más adecuadas, o más en general, de “cómo se conciban los papeles de legislador y Tribunal Constitucional en el desarrollo y realización de la Constitución”¹⁰³². En cualquier caso, es necesario resaltar que es la Ley Orgánica y no la Constitución pero tampoco una construcción del Tribunal sin base legal¹⁰³³, la que da cabida a una interpretación como la de De Otto.

A la vista de lo expuesto, considero que en el sistema jurídico español es viable sostener la posibilidad de respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad que haga el Tribunal Constitucional. Para ello me baso en una interpretación razonable del artículo 1º LOTC, según la cual la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos de las sentencias no es vinculante para el legislador y, en esa medida, éste puede responder a los desacuerdos interpretativos que tenga con los magistrados del Tribunal. Como ya quedo explicado, esta interpretación parte de la idea de que si bien los tribunales constitucionales pueden cooperar en

¹⁰³¹ Aunque como hemos visto, Rubio Llorente no estaría de acuerdo con la procedencia de las respuestas legislativas con base en su interpretación de los artículos 161.1.a) CE y 40.2 LOTC.

¹⁰³² Ángel Gómez Montoro, “Comentario al artículo 38 LOTC”, *op. cit.*, pp. 570-572. En opinión de este autor, el alcance de la vinculación no se extiende a todos los ciudadanos, pero sí despliega su eficacia frente a todos los portadores de poder público, en cuanto que todos ellos son aplicadores del Derecho y esa aplicación debe hacerse a la luz de los preceptos y principios constitucionales tal y como son interpretados por el Tribunal Constitucional (5.1 LOPJ). La justificación de esta capacidad de obligar está en su condición de intérprete supremo de la Constitución.

¹⁰³³ Caracterización que el mismo órgano ha reiterado en sus sentencias, como por ejemplo, en la STC 31/2010.

la construcción y difusión de una cultura constitucional¹⁰³⁴, no resulta necesario y es democráticamente deficiente que los otros poderes del Estado estén vinculados por su doctrina.

Dicho esto, es tiempo de pasar estudiar los casos de respuestas legislativas en España y la reacción del Tribunal Constitucional ante ellas.

3.2.1.1.1 El Tribunal Constitucional español ante las respuestas legislativas.

Antes de analizar los casos de respuestas legislativas en España quiero referirme a la pluralidad de preceptos y a la falta de claridad con la que el Tribunal ha fundado la supuesta vinculación de los poderes públicos a su doctrina. Para empezar podemos referirnos a su primera Sentencia 1/1981, en la que el Tribunal sostuvo que basado en el art. 1 LOTC el “Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo, de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos”.

Posteriormente, con motivo de un conflicto positivo de competencia presentado por la Junta de Galicia, el Tribunal consideró que en virtud de los efectos de cosa juzgada atribuidos por los arts. 164.1 CE y 38.1 LOTC a las Sentencias que resuelven recursos de inconstitucionalidad por infracción de la distribución de competencias, los efectos vinculantes y generales se predicen tanto de los pronunciamientos contenidos en el fallo, cualquiera que sea su sentido, como de la doctrina jurisprudencial en que se basen los mismos (ATC 14/1991, de 15 de enero). Lo que en el supuesto concreto supuso la desaparición sobrevenida de la disputa competencial, en tanto los efectos se extienden a la resolución de cualquier otro proceso constitucional en el que se reproduzca la misma controversia entre las mismas partes sobre la titularidad de la competencia, como sucedía en el caso.

En sentido parecido y en la misma fecha el Pleno del Tribunal resolvió (STC 6/1991, de 15 de enero) una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la

¹⁰³⁴ Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa, op. cit.*, p. 304.

Audiencia Provincial de Madrid, en la que se le planteó la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la Ley 7/1983, sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras sociedades que componen el grupo “Rumasa, Sociedad Anónima”. En esa ocasión, el Tribunal sostuvo que aun cuando ya se había pronunciado a favor de la constitucionalidad de dichos preceptos no se daba la cosa juzgada material, pues dicha determinación la había hecho a la luz del art. 24.1 CE, mientras que la Audiencia Provincial lo planteó respecto de los arts. 33.3 y 14 CE. Asimismo, señaló que las opiniones del Tribunal si bien no integran la cosa juzgada, pues ésta se configura en el fallo y su fundamento determinante, sí valen como valoraciones jurídicas y constituyen, en cierto y buena medida, antecedentes dotados de auctoritas. Siendo la interpretación una regla vinculante (arts. 164 CE y 38 LOTC) para los Jueces y Tribunales según lo dispuesto en el art. 5.1 LOPJ.

Igualmente, con motivo de otro conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña, el Tribunal determinó siguiendo la doctrina de la STC 6/1991, de 25 de enero, “que la especial vinculación que para todos los poderes públicos tienen las Sentencias del Tribunal no se limita al contenido del fallo, sino que se extiende a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial a la que contiene los criterios que conducen a la *ratio decidendi*” (STC 158/2004, de 21 de septiembre)¹⁰³⁵.

De esta forma, el Tribunal parece haber llegado a la conclusión de que el legislador sí se encuentra vinculado a su doctrina. Ahora bien, hasta donde tengo conocimiento, el Tribunal no ha tenido oportunidad de estudiar la constitucionalidad de una respuesta legislativa y, por tanto, dar a conocer su posición ante una réplica concreta del legislador. Veamos.

¹⁰³⁵ Cabe mencionar que las razones que tuvo el Tribunal para sostener dicha conclusión no son del todo claras. Esto es así, pues por un lado interpretó que las Sentencias del Tribunal tienen el valor de cosa juzgada (arts. 164.1 CE y 40.2 LOTC), de suerte que todos los poderes públicos, tal como lo prescribe el artículo 87.1 LOTC, están obligados a dar cumplimiento a lo que el Tribunal Constitucional resuelva. Sin embargo, por otro lado señaló que “las opiniones del Juez o Tribunal si bien no integran la cosa juzgada, pues esta se configuran en el fallo y su fundamente determinante, sí valen como valoraciones jurídicas del Tribunal y constituyen, en cierto modo y buena medida, antecedentes dotados de *auctoritas*”. Asimismo, es de llamar la atención que supuestamente sigue la STC 6/1991, pero extiende la vinculación de la doctrina a todos los poderes públicos.

Un primer acercamiento del Tribunal a las respuestas legislativas lo podemos encontrar en la STC 146/1994. En ese caso se planteó al Tribunal la inconstitucionalidad del art. 3 de la Ley 20/1989 de Adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, en tanto dicha disposición repetía, según la promovente, lo previsto por el art. 7.3 de la Ley 44/1978 declarado inconstitucional y nulo por la STC 45/1989. Así, para el Abogado de la Generalidad de Cataluña el art. 3 de la Ley 20/1989 introducía un contenido jurídico idéntico al anulado por el Tribunal, lo que en su opinión vulneraba lo dispuesto en los arts. 164 de la C.E. y 38 de la LOTC sobre el valor de cosa juzgada de las Sentencias del Tribunal Constitucional y su plenitud de efectos frente a todos.

En esa ocasión, el Tribunal concluyó que no hubo una repetición del supuesto declarado inconstitucional (respuesta legislativa), pues el bloque normativo en uno y otro caso era distinto. Mientras que en el grupo normativo enjuiciado en la citada STC 45/1989, los sujetos pasivos integrantes de unidades familiares quedaban **necesariamente** sometidos a tributación conjunta con acumulación de rentas, lo que determinó entonces la inconstitucionalidad del art. 4.2 de la Ley 44/1978, en el caso de la Ley 20/1989 analizada en la STC 146/1994, los sujetos pasivos tenían el derecho a elegir libremente por la tributación individual. De ahí que, el Tribunal determinó que el art. 3 de la Ley 20/1989 no supuso la reintroducción en el ordenamiento de una norma declarada inconstitucional y, por tanto, no vulneró los preceptos que en la C.E. y en la LOTC regulan los efectos de las sentencias.

Como puede apreciarse, el Tribunal pareció estimar que de haberse reintroducido en el ordenamiento la norma declarada inconstitucional, sí se hubieran vulnerado los preceptos que regulan los efectos de las sentencias. Ahora bien, como ese no fue el caso, se limitó a decir que la Constitución y la LOTC no habían sido vulneradas, sin hacer mayor consideración. De ahí que con esta decisión no sea posible establecer cuál es la posición del Tribunal frente a las respuestas legislativas.

Veamos ahora los ejemplos proporcionados por Ferreres. Como ya mencioné, el profesor catalán nos brinda dos supuestos de respuestas legislativas:

el caso de la regulación relativa a la interrupción de la prescripción penal y la despenalización del aborto. El primer supuesto se refiere a la réplica del legislador a la doctrina establecida por el Tribunal en su STC 63/2005 sobre la prescripción de los delitos, en la cual este último estableció que para la interrupción del plazo no bastaba la interposición de una denuncia o querella y requirió de la interposición de una actuación judicial.

Ante esa sentencia el legislador reaccionó reformando los supuestos en que se interrumpe la prescripción penal, aunque introduciendo un matiz a la doctrina del Tribunal. Así, estableció como regla general que “la prescripción se interrumpe cuando se dicte resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta”¹⁰³⁶. Sin embargo, en el inciso siguiente previó que “la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia”.

En otras palabras, si bien el legislador adoptó como regla general el requisito establecido por el Tribunal en la STC 63/2005 -actuación judicial- para la interrupción de la prescripción, también permitió que el cómputo del plazo se vea suspendido por un máximo de seis meses para el caso de delito y dos meses para el caso de falta, con la sola presentación de la querella o formulación de la denuncia. Es decir, el legislador se desvió ligeramente de la doctrina del Tribunal.

Ahora bien, lo que hasta el día de hoy no podemos saber, y así será mientras no se impugne por segunda vez el artículo 132.2 CP, es la reacción del Tribunal ante la nueva regulación de la interrupción de la prescripción penal. Mientras eso sucede, lo que sí podemos conocer es el enfoque que tiene el legislador al respecto. Para ello, resulta muy útil atender a lo dicho en el apartado IX del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010: “En el ámbito de la prescripción del delito, con el objetivo de

¹⁰³⁶ Artículo 132.2 del Código Penal.

umentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos”¹⁰³⁷. En otros términos, el propio legislador era consciente de las diferentes interpretaciones en pugna y pretendió poner fin al desacuerdo. Es decir, lo que este caso nos enseña es que el legislador se estima autorizado no sólo para dar una respuesta al Tribunal, sino para poner fin a la diferencia interpretativa.

En esa misma reforma al Código Penal encontramos otra respuesta del legislador a la doctrina del Tribunal. Es el caso del artículo 58.1 que prohíbe que un mismo período de privación de libertad pueda ser abonado en más de una causa, lo que según el legislador es la solución “a los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde deba abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido por un imputado que al mismo tiempo está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa”¹⁰³⁸. Estos problemas interpretativos se habían tratado de resolver por el Tribunal a través de la STC 57/2008, en la que declaró vulnerado el derecho del recurrente a la libertad, al no habersele abonado en dos causas distintas el periodo de tiempo en el que simultáneamente tenía la situación de prisión provisional en una causa y de penado en otra. En otras palabras, el legislador se apartó manifiestamente de la doctrina sentada por el Tribunal¹⁰³⁹.

Por lo que toca a la ley de plazos en materia de aborto, lo primero que debemos plantearnos es si efectivamente se trata de una respuesta legislativa. En efecto, si tenemos en cuenta que lo que el Tribunal analizó y declaró constitucional en la STC 53/1985 fue el art. 417 bis del Código Penal, que preveía determinados supuestos en los que el aborto no es punible, la ley de plazos no es una respuesta legislativa en sentido estricto, pues no se trata de una ley de contenido similar (o incluso idéntico) a otra que haya sido declarada inconstitucional.

Sin embargo, lo que sí es cierto es que la ley de plazos y su sucesiva impugnación obligan al Tribunal a repensar su doctrina en relación con la titularidad

¹⁰³⁷ Apartado IX del preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010.

¹⁰³⁸ Apartado VI del preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010.

¹⁰³⁹ Carles Vicer Pin-Sunyer, “El Tribunal Constitucional, ¿Siempre, sólo... e indiscutible? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010”, *op. cit.*, p. 347.

del derecho a la vida por parte del nasciturus y su ponderación con los derechos de la mujer. Lo cual es un claro ejemplo de un diálogo inter-orgánico y de cómo la actuación sucesiva del legislador puede orillar a los jueces a reconsiderar su interpretación, con vista en la evolución de los valores sociales dominantes.

3.2.1.2. El caso de México ¿Es posible que el legislador responda a las declaratorias de inconstitucionalidad de la Suprema Corte?

Por lo que toca al sistema jurídico mexicano, a nivel federal la inconstitucionalidad de una ley puede declararse en un juicio de amparo, en una controversia constitucional o en una acción de inconstitucionalidad. En este primer apartado haré referencia a la posibilidad de respuestas legislativas a las sentencias dictadas en la acción de inconstitucionalidad y en la controversia constitucional en las que se declare la inconstitucionalidad de una ley. A mi entender, a diferencia de lo que sucede en el caso español, a la luz del derecho positivo mexicano es posible sostener con mayor contundencia la viabilidad de respuestas legislativas. A continuación centraré mis esfuerzos en la interpretación de los artículos relativos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución, así como en los argumentos utilizados por la Corte para cerrar la puerta a las respuestas legislativas ¹⁰⁴⁰.

De acuerdo con el artículo 105, fracciones I y II, último párrafo de la Constitución mexicana¹⁰⁴¹, las resoluciones dictadas por la Suprema Corte en las

¹⁰⁴⁰ Recurso de queja derivado de la Acción de inconstitucionalidad número 37/2001 y sus acumuladas 38/2001, 39/2001 y 40/2001. Publicado en DOF de 5 marzo 2004.

No me detengo en la doctrina, pues los autores que se han pronunciado sobre el tema basan su posición en los argumentos de nuestro más alto tribunal. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, "Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana", *op. cit.*, p. 30. Para el lector que no está relacionado con la terminología legal mexicana una ley Reglamentaria es una ley de desarrollo de los preceptos constitucionales. Algunas veces los títulos de las propias leyes tienen la palabra "reglamentaria" y otra veces no.

¹⁰⁴¹ Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

(...)

controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad tendrán efectos generales o podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, respectivamente, cuando fueren aprobadas por una mayoría de por lo menos ocho votos¹⁰⁴². El último párrafo de esta disposición señala que en caso de incumplimiento de las resoluciones de la Corte, tratándose de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, se aplicarán en lo conducente los procedimientos previstos para el incumplimiento de las sentencias de amparo del artículo 107, fracción XVI de la Constitución¹⁰⁴³.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

¹⁰⁴² Es necesario precisar que tratándose de las controversias constitucionales, los efectos generales de la declaración de invalidez sólo pueden darse cuando la impugnación es de “arriba hacia abajo”, es decir, cuando la Federación combate disposiciones generales de los municipios o los Estados, o cuando éstos impugnen disposiciones municipales, pero también cuando se trata de conflictos entre poderes u órganos de un mismo nivel de gobierno. Lo que como bien dice Héctor Fix Fierro, puede tener efectos absurdos, pues si la impugnación es de “abajo hacia arriba”, puede darse el caso de que las normas federales dejen de aplicarse sólo en el Estado(s) o municipio(s) que las hayan impugnado. Héctor Fix Fierro, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica. La Reforma Constitucional en México y Argentina*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, IJ UNAM, Corte de Constitucionalidad República de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1996, pp. 50-52.

¹⁰⁴³ Artículo 107. Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes: (...)

XVI. Si la autoridad incumple la sentencia que concedió el amparo, pero dicho incumplimiento es justificado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley reglamentaria, otorgará un plazo razonable para que proceda a su cumplimiento, plazo que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad. Cuando sea injustificado o hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiese cumplido, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el Juez de Distrito. Las mismas providencias se tomarán respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable si hubiese incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria.

Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo podrá ser solicitado por el quejoso al órgano jurisdiccional, o decretado de oficio por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando la ejecución de la sentencia afecte a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudiera obtener el quejoso, o cuando, por las circunstancias del caso, sea imposible o desproporcionadamente gravoso restituir la situación que imperaba antes de la violación. El incidente tendrá por efecto que la ejecutoria se dé por cumplida mediante el pago de daños y perjuicios al

Los artículos 42¹⁰⁴⁴ y 72¹⁰⁴⁵ de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional (LR), reiteran que las resoluciones de la Suprema Corte sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas si fueren aprobadas por cuanto menos ocho votos. Por su parte, el artículo 43¹⁰⁴⁶ señala que la obligatoriedad de las razones de las sentencias (doctrina) sostenidas por ocho ministros/as sólo obligan a los tribunales y juzgados federales y locales¹⁰⁴⁷.

De esta manera, en México las consideraciones que sustentan una resolución son obligatorias para todos los jueces del país siempre y cuando sean aprobadas por cuanto menos ocho integrantes del Pleno de la Suprema Corte, sin que exista disposición alguna que obligue al legislador a seguir la interpretación establecida en sus resoluciones. En efecto, conforme al derecho positivo vigente las razones sostenidas por ocho o más ministros/as en las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad, sólo son obligatorias para los jueces federales y

quejoso. Las partes en el juicio podrán acordar el cumplimiento sustituto mediante convenio sancionado ante el propio órgano jurisdiccional.

No podrá archivarse juicio de amparo alguno, sin que se haya cumplido la sentencia que concedió la protección constitucional;

(...)

¹⁰⁴⁴ Artículo 42. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 constitucional, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En aquellas controversias respecto de normas generales en que no se alcance la votación mencionada en el párrafo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia declarará desestimadas dichas controversias. En estos casos no será aplicable lo dispuesto en el artículo siguiente.

En todos los demás casos las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

¹⁰⁴⁵ Artículo 72. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimaré la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.

¹⁰⁴⁶ Artículo 43. Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutive de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales.

Esta regla se encuentra dentro de la regulación de la controversia constitucional, pero el artículo 73 de la propia Ley también la hace aplicable a las acciones de inconstitucionalidad.

¹⁰⁴⁷ Para un primer acercamiento al artículo 43 LR, véanse las discusiones del Pleno de la Suprema Corte del 23, 24 y 26 de mayo de 2011 relativas a la Contradicción de Tesis 6/2008.

locales y no para el poder legislativo¹⁰⁴⁸. Por tanto, el legislador puede responder emitiendo una ley en los mismos términos en que estaba redactada la primera disposición invalidada, obligando a la Corte a reconsiderar su interpretación. Desde este punto de vista, en el sistema mexicano, dotar de efectos generales a los argumentos que sustentan las sentencias es una expansión del poder judicial, tal y como lo ha pretendido la Suprema Corte. Veamos.

Al resolver el recurso de queja¹⁰⁴⁹ interpuesto por un supuesto defecto en la ejecución de la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 37/2001, la Corte declaró que una de las formas de incumplir con sus sentencias es la repetición del texto de la disposición impugnada¹⁰⁵⁰. Así, dispuso lo siguiente:

“El Poder Legislativo al emitir una nueva norma, no actúa con autonomía plena por cuanto atañe al aspecto juzgado y declarado inválido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con efectos generales. Está en libertad de crear nuevos supuestos jurídicos, pero los efectos generales de la sentencia le impiden válidamente reiterar un texto con el contenido que fue declarado inconstitucional, porque ello implicaría el desacato de la sentencia y un ataque frontal al Estado de derecho y a la cultura de constitucionalidad”.

Las razones que sustentaron esta conclusión fueron:

“Esperar a que se promueva una nueva acción de inconstitucionalidad o juicios de amparo es desconocer los efectos erga omnes de la sentencia y, además, echar por tierra la autoridad de intérprete supremo de la

¹⁰⁴⁸ De esta opinión es el Ministro Cossío Díaz, para quien el ámbito de validez personal de la “jurisprudencia por razones” sustentada en las acciones y controversias no alcanza a las “autoridades legislativas, ejecutivas, administrativas o autónomas de ninguno de los órdenes normativos de nuestro Estado Federal, como no sea en el sentido de persuasión”. José Ramón Cossío Díaz, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008, pp. 730 y 731.

¹⁰⁴⁹ Recurso de queja derivado de la Acción de inconstitucionalidad número 37/2001 y sus acumuladas 38/2001, 39/2001 y 40/2001.

¹⁰⁵⁰ Este recurso de queja fue interpuesto a raíz del supuesto incumplimiento de una acción de inconstitucionalidad, sin embargo, los fundamentos jurídicos que lo sustentan son aplicables a la controversia constitucional. De ahí que, sea un buen parámetro de lo que la Corte considera como un incumplimiento de sus sentencias cuando se declara la inconstitucionalidad de una disposición general, sea en una acción de inconstitucionalidad o una controversia constitucional.

Constitución de este Alto Tribunal. El legislador actúa libremente, pero dentro de los límites de la Constitución Federal”.

En mi opinión, en esta sentencia la Suprema Corte confunde los efectos erga omnes con la fuerza vinculante de la doctrina que sustentan sus fallos¹⁰⁵¹, pues como ya he explicado los efectos generales de la declaración de invalidez se contraponen con los efectos inter partes¹⁰⁵², cosa distinta a la fuerza vinculante de su interpretación. De esta forma, al equiparar ambas categorías e identificar su interpretación con la Constitución misma concluyó erróneamente que el Poder Legislativo no puede repetir el texto de la disposición impugnada. En este sentido, el déficit argumentativo de la resolución está en el punto de partida, al plantearse el problema sólo desde los efectos de las sentencias y no desde la vinculación del legislador a la doctrina constitucional.

A este respecto, resulta más atinado el voto particular que formuló el Ministro Gudiño Pelayo. Para este juez constitucional, la repetición del texto declarado inconstitucional no es una forma de incumplir con la sentencia, pues “el contenido de la sentencia estimatoria es una anulación, el efecto, se diga o no en la misma, es la expulsión de la norma del sistema jurídico”. De ahí que, la “declaración de erga omnes de inconstitucionalidad, no podrá llevar a imponerle al legislador que legisle en cierto tiempo ni en cierto sentido”. En ese sentido, la impugnación de una respuesta legislativa debe hacerse a través de un nuevo procedimiento “en el que la interpretación previamente realizada por la sentencia anulatoria se convierta en el parámetro de la valoración del seguimiento legislativo”.

¹⁰⁵¹ En efecto, de la lectura del Recurso de Queja en comento es fácil percatarse que la Corte se enfocó en los artículos de la LR relativos al cumplimiento y efectos de las sentencias, como son el 55, fracción II y 41, fracción IV, sin que hiciera el análisis del artículo 43, referente a la fuerza vinculante de la doctrina.

¹⁰⁵² Joaquín Brage Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005, p. 356. El propio Ministro Cossío explica en su obra *La controversia constitucional*, que la invalidación general o expulsión de la norma declarada inconstitucional, implica que “no estará más en el ordenamiento jurídico del que formaba parte (sea de modo absoluto o relativo), de manera que los órganos correspondientes no podrán regular sus conductas mediante ellas, ni significar las de quienes debieran estar reguladas por las mismas”. José Ramón Cossío Díaz, *La controversia constitucional*, pp. 656 y 657. De ahí que no se entiende porqué la confusión entre efectos generales y fuerza vinculante.

Es decir, el citado Ministro distingue acertadamente entre efectos de las sentencias, vinculación del legislador a la doctrina constitucional de la Suprema Corte, y la función de la interpretación como parámetro para enjuiciar la validez de la reiteración legislativa. Si bien no coincido con él en que toda declaración de inconstitucionalidad conlleve la nulidad de la disposición controvertida, sí comparto la idea de que un nuevo texto tiene que ser impugnado a través de una nueva acción de inconstitucionalidad y no tramitarse como un incumplimiento vía recurso de queja. Esto es así, pues los efectos generales de las sentencias cuando se declara la nulidad de la disposición se traduce en su expulsión del ordenamiento, impidiendo su futura aplicación¹⁰⁵³. Lo cual no implica que el legislador esté vinculado a la interpretación de los jueces y, por tanto, este impedido para insistir en su perspectiva constitucional a través de la reiteración de un texto idéntico o similar al declarado inconstitucional.

La opinión del Ministro Gudiño sólo es entendible desde una postura dialógica, tal y como lo manifestó en su voto particular: “los jurisdicentes de la Constitución debemos procurar ceñirnos a nuestra competencia anulatoria y entablar y propiciar una relación de diálogo e interacción con el legislativo para así superar las irregularidades y preservar en su mejor expresión la supremacía de la Constitución”. De esta manera, contrario a la que parece ser una tendencia de las últimas épocas de la Suprema Corte mexicana, el Ministro Gudiño Pelayo asume una postura que amplía las posibilidades de respuesta del legislador y limita la función de la justicia constitucional a la de una colaborada más en la construcción del significado constitucional. En ese sentido señaló: “que la ley reglamentaria imponga como contenido de la sentencia la precisión de los efectos que tendrá la declaratoria misma, no es una puerta abierta para que el tribunal vaya más allá de su jurisdicción constitucional”.

¹⁰⁵³ En una posición contraria, en relación con el sistema jurídico español, Gavara de Cara sostiene que la declaración de inconstitucionalidad con nulidad alcanza no solo al precepto legal, sino también la norma o mandato contemplado en ella, que es lo que se expulsa del ordenamiento con independencia de la forma que adopte. Juan Carlos Gavara de Cara, “Los efectos de la STC31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Las implicaciones para su normativa de desarrollo y los estatutos de otras comunidades autónomas”, *op. cit.*, p. 252.

La postura que aquí he adelantado no autoriza ni conduce a que los fallos de la Corte sean incumplidos, es decir, que las normas invalidadas sigan considerándose como pertenecientes al sistema jurídico o pretendan ser aplicadas, sino de que la interpretación de la Constitución pueda seguir siendo debatida mientras exista un desacuerdo razonable sobre su sentido¹⁰⁵⁴. Desde este punto de vista, es incorrecto considerar que la reiteración legislativa de la norma expulsada del ordenamiento sea un incumplimiento de la sentencia¹⁰⁵⁵ y que en ese supuesto deba iniciarse el procedimiento previsto para dicho efecto¹⁰⁵⁶. Es decir, de acuerdo con mi forma de ver las cosas, ni la declaración de inconstitucionalidad de una disposición puede ser recurrida (pues resulta cosa juzgada formal), ni puede volver a plantearse un litigio sobre la constitucionalidad del mismo enunciado legal (que hace a la cosa juzgada material)¹⁰⁵⁷, pues esa es la función de la Suprema Corte. De lo que se trata, es que en un tiempo posterior, se pueda plantear nuevamente el

¹⁰⁵⁴ Por su parte, tratándose de la administración, la independencia interpretativa no le autoriza a no cumplir con los mandatos de las Corte o que deje de aplicar leyes por considerarlas inconstitucionales. Esto es así, pues de acuerdo al procedimiento legislativo el que tiene la última palabra sobre lo que es o no una ley, la tiene el Parlamento. Dawn E. Johnsen, "Functional departmentalism and nonjudicial interpretation: Who determines constitutional meaning?", *op. cit.*, pp. 126 y 127. En este mismo sentido, la administración no podría seguir aplicando una ley que hubiera sido declarada inconstitucional por el tribunal, pues a este corresponde hacer dicha declaración en última instancia.

Por su parte, Ferreres afirma que a través de una respuesta (reforma constitucional) "no se trata de suprimir el derecho abstracto contenido en la Constitución, sino de expresar una determinada interpretación o consecuencia concreta de ese derecho (o de un conjunto de derechos), que difiera de la establecida por el juez", Víctor Ferreres Comella, "Una defensa de la rigidez constitucional", *op. cit.*, pp. 40 y 41.

¹⁰⁵⁵ Como opinan para el caso de México Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso "Ley de Medios, op. cit.*, p. 30, y para España Juan Carlos Gavara de Cara, "Los efectos de la STC 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Las implicaciones para su normativa de desarrollo y los estatutos de otras comunidades autónomas", *op. cit.*, pp. 241, 244, 245 y 253. Aunque posteriormente reconoce que el "incumplimiento" por los órganos legislativos a través de una nueva ley carece de consecuencias. *Ibidem*, p. 261.

Como señala Marian Ahumada "en sistemas constitucionales maduros y consolidados, la obediencia a la Constitución no está en cuestión aunque los poderes públicos no siempre actúen inspirados o guiados por lo que exige de ellos en los términos de la doctrina constitucional". Marian Ahumada Ruíz, *La jurisdicción constitucional en Europa, op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁵⁶ Lo que llevaría al absurdo en el caso de México de separar de su cargo a los legisladores que repitieran la norma.

¹⁰⁵⁷ Sobre las definiciones de cosa juzgada formal y material véase Xavier Pibernat Domenech, "La sentencia constitucional como fuente del derecho", *op. cit.* p. 62. Sobre duda de si es posible hablar de cosa juzgada material tratándose de sentencias desestimatorias véase Javier Jiménez Campo, "Qué hacer con la ley inconstitucional", *op. cit.* pp. 26-28.

debate sobre el contenido de la misma cláusula constitucional reflejado en una nueva norma legal¹⁰⁵⁸.

En este nuevo debate el tribunal no tiene porque ser automáticamente deferente a una respuesta legislativa ordinaria, pues habrá de atender al proceso deliberativo que se tuvo al generar la respuesta legislativa. Solo si éste fue de calidad, entonces sí podríamos hablar de una mayor deferencia. Asimismo, podrá ser necesario deferir al legislador si se trata de una legislación cuyo análisis de constitucionalidad requiere dejar transcurrir un nuevo período antes de abordarlo.

En pocas palabras, la propuesta defendida no suprime los valores jurídicos de seguridad y estabilidad so pretexto de un diálogo constitucional¹⁰⁵⁹, sino que busca un balance entre esos valores y la necesaria cooperación entre poderes y ciudadanos al momento de interpretar la Constitución, haciendo de la Suprema Corte un factor de promoción y no de cierre del debate constitucional.

3.2.1.2.1. La posibilidad de respuesta del legislador ordinario a las declaratorias generales de inconstitucionalidad dictadas en los juicios de amparo.

Para terminar el apartado de las respuestas legislativas ordinarias a la declaratorias de inconstitucionalidad es necesario plantearse la posibilidad de que dichas respuestas se den frente a una declaratoria general de inconstitucionalidad dictada en un juicio de amparo, como vimos ut supra.

Pues bien, tratándose de la nueva Ley de Amparo la posibilidad de respuesta del legislador ordinario a las declaratorias generales de inconstitucionalidad se sustenta en el art. 217 de la citada Ley que establece que: a) la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los

¹⁰⁵⁸ Norma legal que bien pudiera ser declarada inconstitucional por el Tribunal, aunque en estos casos lo más aconsejable fuera que el juez tuviera mayor deferencia hacia el legislador.

¹⁰⁵⁹ Larry Alexander y Frederick Schauer, "Defending judicial supremacy: A reply", *op. cit.*, pp. 467-473.

juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales... (énfasis añadido).

Como vemos, conforme a lo previsto en la Ley de Amparo la jurisprudencia no es obligatoria para al legislador y, en esa medida, tiene la posibilidad de responder a las declaratorias de inconstitucionalidad. Alguien podría contra argumentar diciendo que los efectos generales de la declaratoria alcanzan también a la interpretación. En mi opinión, esta postura no se compadece con lo previsto en artículo 210 de la Ley de Amparo que establece: Si con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria general de inconstitucionalidad, se aplica la norma general inconstitucional, el afectado podrá denunciar dicho acto (énfasis añadido). Esto es, la declaratoria general implica la nulidad y consecuente expulsión de la norma, lo que impide a todos los ciudadanos y poderes públicos aplicar la disposición en un futuro (incumplir con la sentencia).

En otras palabras, los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad sólo se traducen en que la norma es expulsada del ordenamiento y, por tanto, nadie puede volver a aplicarla. La jurisprudencia no vincula al legislador ordinario y, en esa medida, puede responder a una DGI con una ley idéntica a la invalidada. En esa medida, el procedimiento DGI cumple a cabalidad con los postulados de la teoría discursiva, a saber, que todas las decisiones son falibles, revisables y provisionales, al mismo tiempo que respeta la igualdad y la autonomía política de los ciudadanos.

Capítulo V. Aportes de la justicia constitucional al proceso deliberativo

1. Planteamiento

Retomando lo hasta ahora apuntado, en la medida en que el proceso democrático y las instituciones representativas no pueden satisfacer todos los requerimientos de la constitución ideal¹⁰⁶⁰, los tribunales tienen la tarea de fortalecer el proceso deliberativo y lidiar con patologías especiales de las instituciones democráticas¹⁰⁶¹. En este sentido, la justificación de la justicia constitucional (siempre sin supremacía judicial¹⁰⁶²) en una democracia deliberativa está

¹⁰⁶⁰ Calos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pp. 260 y 261.

¹⁰⁶¹ Como vimos, para Waldron uno de los presupuestos que deben cumplirse para que su crítica al control judicial sea válida es que haya instituciones democráticas razonablemente funcionales. Jeremy Waldron, "The core of the case against judicial review", op. cit., p. 1359. Para Pedro Salazar, el hecho de que los jueces enriquezcan la deliberación pública no soluciona la tensión entre justicia constitucional y democracia, pues el "ideal democrático pierde cuando son los jueces y no los representantes populares los que tiene la última palabra sobre las materias fundamentales". Pedro Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, op. cit., p. 226. Coincido con esta crítica, pero como hemos visto anteriormente, aquí estamos presuponiendo un modelo de justicia constitucional en el que los jueces no tienen la última palabra interpretativa.

¹⁰⁶² Para autores como Bayón no cabe excluir a priori que en una comunidad política de cierto tipo hubiese que considerar justificado un modelo de supremacía judicial, pues el diseño institucional que se habría de considerar justificado –y esto es obviamente una *tesis normativa*– sería el que *en cada caso* resultara del balance del valor intrínseco/instrumental (de manera que para distintas comunidades el diseño justificado *puede* ser distinto). Juan Carlos Bayón, intercambio de correos del 12 de junio de 2012.

El punto es cuál tendría que ser el balance para que se justifique la supremacía judicial. En mi opinión, si bien es correcto lo que Bayón afirma de que "la tesis contextualista no afirma la *tesis empírica* según la cual allí donde el valor intrínseco del procedimiento democrático sea muy bajo es *de esperar* que el valor instrumental de las decisiones de los jueces sea muy alto", sí resulta importante plantearnos cuál sería ese balance que justifique la supremacía judicial. Así, en mi opinión, tendrían que darse dos condiciones: a) que el poder legislativo no tenga suficiente valor intrínseco y b) que el poder judicial nos dé mejores respuestas, es decir, tenga un mayor valor instrumental. Sin embargo, ese supuesto me resulta muy difícil de aceptar, pues aun cuando el grado de patologías que aquejan a las sociedades modernas es muy variado, habiendo sociedades mejor ordenadas que otras, la posibilidad de error (valor instrumental) del poder legislativo y los tribunales es simétrica. Es decir, los valores instrumentales de ambos procedimientos es equivalente, o en otros términos, ninguno de los dos procedimientos puede asegurarnos mejores resultados. Por tanto, lo que nos quedaría es que el tribunal tuviera un valor intrínseco superior al del poder legislativo, lo que también parece muy complicado, pues tendríamos que diseñar un procedimiento judicial que se asemejara al ideal del procedimiento legislativo. Lo cual resultaría paradójico, pues en ese caso lo mejor sería esforzarnos por mejorar el procedimiento legislativo. Desde esta perspectiva, me parece que una vez establecida la tesis normativa de la contextualización hay que precisar cuál sería ese balance empírico que nos llevará a sostener la supremacía judicial. Y el supuesto que avizoro es

condicionada a los aportes que haga al proceso de deliberación¹⁰⁶³, incluyendo aquél que se lleva a cabo en el espacio público informal, pues la formación discursiva de la opinión y de la voluntad en modo alguno se restringe a los parlamentos¹⁰⁶⁴. Así, para justificar a la justicia constitucional¹⁰⁶⁵ no basta con que institucionalmente no triunfe sobre el legislador, en tanto éste pueda responder a través de una ley ordinaria a una declaración de inconstitucionalidad, o que la comprensión de los derechos se haga por medios también dialógicos, sino que además haga otros aportes al proceso de deliberación¹⁰⁶⁶.

para mí casi imposible. Por eso es que considero que si y sólo si el control judicial se lleva a cabo sin supremacía, éste no debe verse como un “mal que debe tolerarse para solucionar un mal mayor, a saber, la corrupción generalizada o que afecta a ciertos ámbitos específicos de una sociedad <mal ordenada>”, sino como un posible bien. La cita es de Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, op. cit., p. 35.

Así, desde mi perspectiva si bien no hay una contradicción en considerar a la gente como racional y autónoma y a la vez establecer mecanismos de control sobre la legislación, en atención a los beneficios argumentativos que eventualmente pueden aportar, esto sólo puede darse en los sistemas en que el legislador ordinario tiene la oportunidad de responder a las sentencias del Tribunal.

¹⁰⁶³ Dependiendo la lectura que se haga de la democracia deliberativa el control judicial puede estar encaminado a lograr la racionalidad de los argumentos, o bien, de las estructuras y procedimientos que regulan y posibilitan la deliberación, por lo que su alcance no es el mismo. Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, “Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia”, op. cit., p. 340. En cualquier de los dos casos la función de la justicia constitucional es una muy distinta a aquella que le asigna “la garantía de los derechos fundamentales”.

¹⁰⁶⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 254.

¹⁰⁶⁵ El valor intrínseco que tiene la participación en pie de igualdad que se da en el procedimiento legislativo nos obliga a dar una justificación del control judicial. Esta justificación suele encontrarse en la mejora de la calidad de las decisiones políticas. Sin embargo, el punto es qué entendemos por mejorar. Por un lado, tenemos un punto de vista sustantivo, según el cual “mejorar” implica adoptar decisiones que coinciden con ciertos resultados que consideramos moralmente correctos. Por el otro, podemos considerar que “mejorar” consiste en aportar razones que no fueran escuchadas o tomadas en cuenta en el procedimiento legislativo, pues somos escépticos de una respuesta correcta. Sobre la primera visión véase Aileen Kavanagh, “Participation and judicial review”: A reply to Jeremy Waldron”, op. cit., pp. 459-463.

¹⁰⁶⁶ Esto es así, pues si bastara con que la justicia constitucional no “triunfara” sobre el legislador – es decir, no fuera contramayoritario-, entonces lo único que nos importaría sería el carácter democrático del proceso legislativo. Pero para conservar al control judicial, y no sólo enfocarnos en mejorar el proceso legislativo, aquel nos tiene que dar algún beneficio democrático que no pueda obtenerse de la propia mejora del proceso legislativo. Luc. B. Tremblay, “The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures”, *Int’l J. Const. L.*, Vol. 3, núm. 4, 2005, p. 645. Para Roberto Gargarella estos aportes (respetando el predominio de la autoridad democrática) pueden ser: servir al debate colectivo; contribuir a la inclusión y a la igualdad; ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; forzar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones; impedir que quienes están en control del poder institucional prevengan a quien están afuera del mismo a que participen de él y llegue a reemplazarlo; impedir que desde los órganos de decisión se tomen decisiones no fundadas en argumentos, es

Los aportes de la justicia constitucional al proceso deliberativo no suele tomarse en cuenta al contrapesar su valor instrumental y su desvalor intrínseco por sus rasgos contramayoritarios¹⁰⁶⁷, y si se hace, se asevera que por sus propias características institucionales los tribunales aseguran la mejora del proceso deliberativo. Sin embargo, como veremos en seguida, la defensa condicionada que aquí se presenta de la justicia constitucional está sujeta a la verificación efectiva del fortalecimiento de dicha deliberación.

Con esto no quiero decir que la deliberación judicial pueda reemplazar aquella que se lleva a cabo en el proceso político, ni que el contexto en el que se lleva a cabo la primera sea suficiente para garantizarnos buenos resultados en materia de derechos o siquiera una mejor interpretación de la Constitución¹⁰⁶⁸. Lo más que puedo afirmar es que los jueces pueden favorecer el enriquecimiento del proceso deliberativo y que la comunidad política se tome los derechos en serio¹⁰⁶⁹. Digo pueden porque como ya advirtió Dahl, no debemos caer en la creencia errónea de que los tribunales constitucionales están siempre dispuestos a <salvar> a la democracia de su propia destrucción por parte de los procedimientos participativos que supuestamente le acechan y ponen en riesgo constantemente¹⁰⁷⁰.

Asimismo, no se trata de apartar la discusión de ciertos temas hacia foros judiciales¹⁰⁷¹ o que la justicia constitucional se distinga por una especial cualificación de sus miembros para interpretar la Constitución o por el contenido de su mensaje¹⁰⁷², sino de la posibilidad que tienen los jueces gracias a su posición institucional de hacer aportaciones distintas y significativas al proceso deliberativo.

decir, que la pura expresión de grupos de interés. Roberto Gargarella, "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución", *op. cit.*, p. 168.

¹⁰⁶⁷ Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", *op. cit.*, p. 316.

¹⁰⁶⁸ Como dice Oddvar, ni las cualidades formales del procedimiento, ni los fundamentos sustantivos, aseguran la corrección de lo decidido. Erik Oddvar Eriksen, "Derecho democrático o gobierno de los jueces", *op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁶⁹ Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁷⁰ Robert Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago, Chicago, 1956, p. 59.

¹⁰⁷¹ Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁰⁷² Cfr. Owen Fiss, "The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice", *op. cit.*, pp. 13-16.

Esta es una visión un tanto escéptica respecto de aquellas que presentan a los tribunales como el foro ideal para la deliberación constitucional, al discurso jurídico como el más indicado para deliberar sobre cuestiones de principios, y aseguran que la inclusión de jueces con responsabilidad constitucional enriquece de por sí la democracia (deliberativa)¹⁰⁷³.

En efecto, para muchos deliberativistas los tribunales son el foro adecuado para el debate sobre los derechos¹⁰⁷⁴, en tanto sus rasgos institucionales les darían una ventaja epistémica especial para interpretar mejor las cláusulas abstractas que contiene la Constitución, reflejar la opinión pública más deliberada, etc. De esta forma, suele hacerse una división de la deliberación constitucional correspondiendo al legislador las consideraciones utilitaristas y políticas y a los jueces las filosóficas¹⁰⁷⁵. En mi opinión, esta separación debe ser rechazada, pues si bien los legisladores y jueces se mueven en contextos institucionales distintos y tienen (algunos) incentivos diferentes, sus procesos de decisión no se contraponen¹⁰⁷⁶, ni pueden asegurarnos que éstos hagan un mejor trabajo constitucional¹⁰⁷⁷.

De esta forma, no resulta pertinente calificar al parlamento como el lugar en el que se garantiza la igualdad electoral y a los tribunales constitucionales como sedes que prometen la igualdad deliberativa¹⁰⁷⁸. Como no es adecuado considerar que el Tribunal Constitucional ostenta la representación argumentativa de los ciudadanos y el Parlamento la representación política¹⁰⁷⁹. Tanto uno y otro pueden

¹⁰⁷³ Como lo hace Lawrence G. Sager, *Juez y democracia*, *op. cit.*, p. 208.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 201.

¹⁰⁷⁵ William N. Eskridge y John Ferejohn, "Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review", *op. cit.*, p. 1282.

¹⁰⁷⁶ Como dice Waldron, la contraposición entre tribunales y legislaturas como órganos que dan o no razones para tomar sus decisiones, respectivamente, es una oposición falsa. Jeremy Waldron, "The core of the case against judicial review", *op. cit.*, p. 1382. Ahora bien, es cierto que en principio las legislaturas están estructuralmente más abiertas y conectadas a la diversidad de opiniones e intereses que los jueces. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 311.

¹⁰⁷⁷ Como dice Zurn, si fuera cierto que los jueces son mejores para razonar en materia de derechos, no tendría sentido aceptar cualquier forma de construcción, ratificación y reforma constitucional a través de mecanismos electorales. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁷⁸ Lawrence G. Sager, *Juez y democracia*, *op. cit.*, p. 207.

¹⁰⁷⁹ Así lo sostiene Robert Alexy, "Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático", *op. cit.*, p. 40.

ser lugares adecuados (o no) para la interpretación constitucional, incluyendo la de los derechos fundamentales.

Con esto no pretendo idealizar al proceso legislativo ni difuminar las diferencias e incentivos propios de cada institución¹⁰⁸⁰, sino deshacernos de los estereotipos que tenemos sobre los legisladores y el proceso legislativo¹⁰⁸¹, para así situar en sus justos límites la función que los jueces pueden cumplir en este proceso. Esto, porque “no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos en general y los legisladores en particular actúan sistemáticamente movidos por estrechas consideraciones de interés propio y nunca por razones de principio”¹⁰⁸², como tampoco es verdad que los tribunales estén libres de los grupos de presión, de ideología y de prejuicios¹⁰⁸³ y que en su trabajo estén ajenos a consideraciones estratégicas, transacciones y componendas, motivos prudenciales, una agenda política, etc.¹⁰⁸⁴ Así, ya sea que se basen en sus virtudes personales o en las condiciones institucionales en las que desarrollan su función, quienes afirman

¹⁰⁸⁰ Para Gema Marcilla la diferencia entre legislación y jurisdicción está en que la primera atiende a una racionalidad de fines, orientada hacia el cumplimiento de objetivos, mientras que la racionalidad jurisdiccional es fundamentalmente una racionalidad de carácter formal, dirigida a la resolución normativa de los casos, esto es, conforme a las reglas preestablecidas. Sin embargo, nos dice, el divorcio no es absoluto. Gema Marcilla, “Sobre contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza”, *Isonomía*, núm. 11, 1999, p. 188. Para Mark Tushnet tanto legislaturas y tribunales están influenciados por cuestiones de interés como de derechos, aunque los tribunales más por los segundos. Mark Tushnet, “Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

¹⁰⁸¹ Así, suele considerarse que a los legisladores no les interesa mucho la Constitución o que ven en las cuestiones constitucionales una distracción innecesaria. En este sentido, véase Neal Devins, “The D’OH! of Popular Constitutionalism”, *op. cit.*, p. 1344. En nuestro entorno esa visión del legislador la ha expresado Miguel Carbonell, cuando dice que los tribunales constitucionales han dejado en claro “que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de *regateo político* ni estaban a la *libre disposición* de los partidos con representación parlamentaria”. Miguel Carbonell, “Los guardianes de las promesas. Poder Judicial y democracia en México”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre 2004, p. 30.

¹⁰⁸² Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, p. 321. Con esto no quiero decir que los legisladores sean grandes filósofos. Sin embargo, el hecho de que no operen conforme a las condiciones exigidas por la situación ideal del habla *habermasiana*, eso no quiere decir que los legisladores no puedan atender cuestiones de principios o no deliberen. Larry Kramer, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 239, también Larry Kramer “Undercover Anti-Populism”, *op. cit.*, pp. 1356 y 1357.

¹⁰⁸³ Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁸⁴ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, pp. 224 a 226.

que los jueces son los mejores intérpretes constitucionales tienen una ardua tarea por delante para demostrarlo¹⁰⁸⁵.

De esta manera, según la posición que he defendido la clave judicial no es la única para interpretar la Constitución, ni el hecho que se haga de otra manera le resta obligatoriedad¹⁰⁸⁶. En efecto, la distinción (débil) entre las formas de argumentar en sede política y judicial no debe llevarnos a concluir que la primera no sea racional¹⁰⁸⁷, o que la interpretación constitucional de nuestros representantes está exenta de justificación¹⁰⁸⁸.

Por otro lado, debe tenerse presente que esas mismas condiciones institucionales que hacen de la justicia constitucional un foro de deliberación distinto, y que permite a los jueces hacer aportaciones importantes al proceso deliberativo son, desde otro punto de vista, sus deficiencias¹⁰⁸⁹. Así, los límites propios del oficio de juzgador tales como las voces que puede escuchar, la información que tiene a su alcance, el tiempo con que cuenta para resolver y escuchar argumentos, las peculiaridades técnicas de los procesos judiciales, el lenguaje tecnificado y cerrado

¹⁰⁸⁵ Para Kramer esta es una cuestión empírica que debe ser probada. Larry Kramer, *The People Themselves, Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 236. Aunque en otro lado reconoce que “probar” qué institución es mejor intérprete es prácticamente imposible. Larry Kramer “Undercover Anti-Populism”, *Fordham Law Review*, *op. cit.*, p. 1359.

¹⁰⁸⁶ Como lo estima Ignacio De Otto y Pardo, *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 1540. En sentido parecido Alexy afirma que “con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad”. Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁸⁷ Para Ma. del Carmen Barranco la diferencia entre la interpretación legislativa y el judicial está en el modo en que se justifican las decisiones. De ahí que para ella no puede sostenerse la distinción entre “interpretación política” e “interpretación jurídica”. María del Carmen Barranco Avilés, *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 100 y 101.

¹⁰⁸⁸ Como dice Zurn, no es posible diferenciar entre instituciones judiciales e instituciones representativas como sensibles unas a razones y otras a deseos mayoritarios. Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, pp. 163 y 164. En sentido semejante, Bellamy considera que “no hay evidencia suficiente para asumir que son los propios intereses o el prejuicio ciego los que motivan a la mayoría o incluso a muchos miembros del electorado y a sus representantes. Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁸⁹ Incluso podría ponerse en cuestión si esas condiciones institucionales, como la independencia judicial, cumplen en realidad su cometido. Así, por ejemplo, Bellamy ha dicho que no hay razón para suponer que los tribunales sean menos susceptibles que los parlamentos a los ciclos de votaciones, o que sean imparciales e independientes a todos los sesgos o prejuicios sociales. Richard Bellamy, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, *op. cit.*, pp. 55 y 57.

dirigido especialmente a los juristas y cuyas principales fuentes son los propios precedentes jurisprudenciales¹⁰⁹⁰, etc., impiden que los jueces puedan deliberar sobre principios morales abstractos de manera libre y desinhibida y tomen en cuenta todos los intereses en juego¹⁰⁹¹, es decir, que la justicia constitucional sea ese foro ideal que muchos quisieran¹⁰⁹².

Eso no significa que para el cumplimiento de su función -en una democracia deliberativa- los tribunales constitucionales tengan que asemejarse a los parlamentos. En primer lugar, porque los aportes que los jueces pueden hacer a la política deliberativa precisamente presuponen que estos no están en las mismas condiciones institucionales que los otros participantes de la deliberación, las partes y terceros. Con ello no me estoy refiriendo a que son los jueces los que al final de cuentas toman la decisión, sino a su independencia e imparcialidad. Es decir, estas dos garantías judiciales son las que nos permiten esperar que los jueces nos den razones que no fueron esgrimidas o escuchadas en otras sedes de discusión, por lo que eliminar dichas garantías haría imposible el cumplimiento de su función.

2. Sobre las contribuciones de la justicia constitucional a la democracia deliberativa

¹⁰⁹⁰ Ángeles López Moreno, “El discurso jurídico en la jurisprudencia constitucional”, en Francisco Fernández Segado (Coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 1030 y 1036. Para Kramer si se comparan los debates del Congreso de los EE.UU. con los tribunales, es claro que en términos de enfoque, énfasis y energía puesta, los debates legislativos son mucho más sustantivos que los de los jueces. Larry Kramer, “Undercover Anti-Populism”, *op. cit.*, p. 1355. Sin embargo, aquí no intentaré hacer esa valoración empírica y supondré que ninguna de las dos instituciones puede declararse vencedora en términos de “mejores” resultados, pues la justificación del control judicial sin supremacía que aquí defiende se basa en las posibles aportaciones que los jueces constitucionales pueden hacer al proceso deliberativo, y no en que los jueces sean mejores para interpretar la Constitución.

¹⁰⁹¹ Diego Morales Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 179, 193, 194 y 195.

¹⁰⁹² Para Waldron los asuntos ordinarios con los que se enfrentan los jueces en un sistema de control difuso, o el desarrollo de su doctrina y precedentes en un sistema de control concentrado, son características que los distraen de la consideración directa de los argumentos morales y de los razonamientos sobre derechos que tienen que atender. Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, *op. cit.*, p. 1359.

A lo largo de esta tesis he defendido la idea de que una posible solución a la objeción contramayoritaria es enfocar nuestros esfuerzos en determinar quién ostenta la última palabra sobre la interpretación de la constitución, y no en quién debe tener la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. La solución que propuse, por razones normativas, fue adoptar una solución dialógica, según la cual ninguna institución debe tener la última palabra interpretativa, aun cuando sean los tribunales los que tengan la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley.

En ese sentido, nuestro panorama es distinto a aquel en el que suelen plantearse los debates sobre el control judicial, pues en estos se asumen que el debate es sobre quién debe tener la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. Así, se buscan comparar las cualidades y deficiencias de cada institución con el fin de determinar cuál es la más apta para esta tarea. Sin embargo, al cambiar el objetivo de nuestro análisis, en el que el debate no radica en determinar quién debe tener la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, pues por las razones que hemos dado más arriba debe quedar en manos de los tribunales, ni en determinar quién debe tener la última palabra interpretativa, ya que hemos argumentado a favor de que nadie la ostente, nuestra pregunta es qué aportes puede hacer la justicia constitucional para mejorar la deliberación democrática desde un punto de vista constitucional a la luz de sus capacidades y limitaciones institucionales.

Permítanme desmembrar esta última oración. El objetivo es pensar en a) cuáles pueden ser los aportes que la justicia constitucional puede hacer para mejorar la deliberación democrática, la que puede darse tanto en el parlamento como fuera de este, b) desde un punto de vista constitucional, c) a la luz de sus capacidades y limitaciones institucionales.

Así, habrá que distinguir entre los aportes que la justicia constitucional puede hacer a la deliberación parlamentaria, a la que se da fuera del parlamento, y a los esfuerzos que puede hacer para servir como canal de comunicación entre la deliberación que se da fuera del parlamento con la que se da entre muros.

2.1. Contribuciones a la deliberación parlamentaria

2.1.1. Hacer que legislen.

Pudiera parecer que esta es una cuestión obvia, pues una de las funciones principales de los parlamentos es legislar. Sin embargo, esto no siempre sucede así. Ely, por ejemplo, se refiere al hecho de que un buen número de leyes son elaboradas por funcionarios de la administración que no son elegidos ni sujetos a un proceso de reelección, y solo son controlados pasmodicamente por funcionarios que sí lo son.¹⁰⁹³ De hecho, en tiempos recientes Philip Pettit ha abogado por la despolitización de la democracia mediante la conformación de comisiones de expertos que eviten que las decisiones parlamentarias sean guiadas por pasiones populares, cuestiones de moralidad o intereses de fracciones, con el fin de blindar la deliberación y que las decisiones sean tomadas por razones compartidas.¹⁰⁹⁴

En México tenemos un buen ejemplo de ello: el Consejo Rector del Pacto por México. El Pacto por México fue una agenda política que se fijaron las tres principales fuerzas políticas del país al inicio del sexenio del presidente Enrique Peña Nieto -recalco las tres principales mas no todas las fuerzas representadas en el Congreso-. Por su parte el Consejo Rector era un grupo de parlamentarios, representantes de los partidos y del gobierno que redactaron distintas iniciativas de ley que finalmente fueron aprobadas sin mayor discusión por el Congreso.

Es decir, el Consejo sirvió para vaciar del sentido que tiene un parlamento en una democracia, pues aun cuando pudiera aceptarse que las propuestas legislativas se hubieren originado en el Consejo, es ineludible que sean discutidas por los representantes populares.¹⁰⁹⁵ En efecto, el parlamento debe ser un espacio en el que todas las fuerzas políticas que han sido electas por los ciudadanos¹⁰⁹⁶ –y

¹⁰⁹³ John Hart Ely, *Democracia y desconfianza*, *op. cit.*, p. 161 y 162.

¹⁰⁹⁴ Philip Pettit, "Depoliticizing Democracy", *Ratio Juris*, *op. cit.*, p. 54, 59.

¹⁰⁹⁵ Véase Bernard Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997, p. 191.

¹⁰⁹⁶ Que sean las personas electas las que legislen refleja nuestro compromiso democrático, Jeremy Waldron, "Principles of legislation", en Richard W. Bauman y Tsvi Kahana (eds.) *The Least Examined*

no sólo unas cuantas- puedan deliberar siguiendo ciertas reglas y decidir a través de la regla de la mayoría sobre la forma más adecuada de cumplir con los principios y reglas establecidos en la constitución. Ahora bien, la diferencia con el Consejo Rector es que en el Congreso solo participan aquellos que fueron electos y funcionan de acuerdo con reglas establecidas para el procedimiento de discusión y votación, en el que las minorías pueden hacer valer su punto de vista aun cuando su voz no sea la que al final obtenga el mayor número de votos. En efecto, el número de parlamentarios, el sistema de mayorías y representación proporcional, las reglas del debate etc., tienen como fin que todos los diferentes intereses que existen en una sociedad plural –por una cuestión de respeto y con el objetivo de obtener mejores resultados- se vean plenamente representados, es decir, tengan voz y voto, y sean directamente confrontados.¹⁰⁹⁷ Además, se trata de discusiones que son públicas, lo que permite al ciudadano conocer la posición de cada uno de los partidos y así tener mayor información a la hora de emitir su voto en la próxima elección. Desde este punto de vista, el establecimiento y cumplimiento de las reglas procedimentales no es una cuestión baladí.¹⁰⁹⁸

Así, los procedimientos parlamentarios previstos constitucional y legalmente pretenden garantizar el carácter democrático de las decisiones adoptadas, por lo que su cumplimiento es una condición necesaria para su validez jurídica. En efecto, los votos deben expresarse después del cumplimiento de los procedimientos previstos en la constitución, en las leyes y en los reglamentos respectivos.

De hecho, se dispuso que la soberanía fuera ejercida regularmente por nuestros representantes, también previmos procedimientos constitucionales y legales para que la representación popular pudiera tomar decisiones. En un país regido por los desacuerdos profundos sobre la mejor forma de convivir, estos procedimientos constituyen la única forma legítima de tomar decisiones para seguir adelante a pesar de nuestros desacuerdos. Esos procedimientos tienen como fin

Branch The Role of Legislatures in the Constitutional State, United States of America, Cambridge University Press, 2006, p. 25.

¹⁰⁹⁷ Jeremy Waldron, "Principles of legislation", *op. cit.*, p. 26. Jeremy Waldron, "Legislating with integrity", *Fordham Law Review*, Vol. 72, 2003, p. 383.

¹⁰⁹⁸ Jeremy Waldron, "Principles of legislation", *op. cit.*, p. 18.

que las decisiones sean tomadas de forma más reflexiva, en los que se puedan manifestar todos los intereses afectados y todas las voces puedan ser escuchadas.¹⁰⁹⁹

En otras palabras, para la validez constitucional de la aprobación de leyes o reformas constitucionales no basta con la aprobación mayoritaria de la decisión, sino que es necesario el cumplimiento de los procedimientos de participación y deliberación previstos para ello. La deliberación en sede parlamentaria es tan significativa que hay quienes dicen que el poder legislativo es el poder deliberante.¹¹⁰⁰ No podemos olvidar que los procedimientos parlamentarios tienen como fin institucionalizar ese punto de encuentro para el debate, como condición de una práctica política democrática que permita a los individuos identificarse con ella. Imponer decisiones a través de negociaciones cerradas a la ciudadanía e ignorando las voces disidentes, implica romper con esa finalidad y con la legitimidad que se espera tenga un sistema democrático. Más aún, empuja a la crispación e impide el entendimiento entre ciudadanos que tienen que convivir todos los días.

En efecto, el cumplimiento de los procesos deliberativos previstos en el la constitución tiene como objeto garantizar que: 1) se puedan escuchar a todas las voces y tener en cuenta todos los intereses afectados; 2) la ciudadanía conozca las razones por las cuales se tomó la decisión y, por tanto, pueda adherirse y eventualmente ejercer su derecho al voto de manera libre e informada; 3) los representantes cumplan con su papel como agentes que sirven para procesar y tramitar de manera detenida y transparentemente la información; y 4) las minorías parlamentarias puedan hacer valer sus intereses, puntos de vista y objeciones.

Si estos postulados significan algo, es que las decisiones deben tomarse atendiendo a los intereses y preferencias de los gobernados a través de los procedimientos establecidos para tal efecto. Esto tiene aún mayor calado en cuanto a reformas constitucionales se trata, pues el establecimiento de procedimientos más exigentes para la reforma de la constitución comparados con los necesarios para la

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹¹⁰⁰ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Granada, Editorial Comares, [1916] 2003, p. 514.

aprobación de leyes ordinarias, tiene por fin asegurar una expresión de la voluntad popular más integral y deliberada¹¹⁰¹. Solo en la medida del cumplimiento de los procedimientos establecidos es que los representantes populares pueden ejercer la soberanía de la que somos titulares.

En esta tesitura, el juez constitucional debe garantizar una deliberación parlamentaria efectiva, representativa y democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad.

2.1.2. Garantizar una deliberación parlamentaria efectiva, representativa y democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad.

2.1.2.1 Deliberación efectiva.

Como ya hemos dicho, el sistema representativo puede servir como un instrumento para filtrar, refinar y mediar el proceso de formación de la voluntad política, aliviando los problemas de inmediatez en la toma de decisiones. Además, puede valer para despersonalizar los reclamos y opiniones, permitiendo la mezcla y asociación de los ciudadanos. Sin embargo, esto no puede lograrse si los procedimientos no son cumplidos y la representación es ejercida solamente como un mecanismo de decisión, en el que la mayoría gana y las minorías parlamentarias, así como la ciudadanía en general, se ve privada de su derecho a participar y deliberar. Por ello, es que los representantes deben cumplir con los procedimientos y entablar un diálogo continuo con la ciudadanía.

En esta tesitura, la primera tarea de los jueces es verificar que haya existido una efectiva deliberación parlamentaria¹¹⁰², en tanto la deliberación puede ayudar a tomar decisiones imparciales, pues sirve para comprender de qué modo otras personas evalúan ciertas opciones; obliga a una persona a modificar su argumento a fin de volverlo aceptable para otras; sirve para la educación de la gente; así como

¹¹⁰¹ Paloma Requejo, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 49.

¹¹⁰² Víctor Ferreres Comella, "Una defensa de la rigidez constitucional", *op. cit.*, p. 40.

ayuda a cada participante a clarificar y purificar su propia posición, descubriendo los errores fácticos y lógicos de su razonamiento.¹¹⁰³

De hecho, cuando los procedimientos se convierten en una mera fachada y a través del control de las cúpulas partidarias se vacían de contenido, se configura un fraude a la Constitución. En efecto, para que una reforma legal o constitucional sea democrática y, por tanto constitucional, no basta con que se reúnan los números de votos necesarios para la aprobación de las reformas, sino que es necesaria la discusión. Decisión y discusión que deben ser públicas,¹¹⁰⁴ salvo circunstancias excepcionales.

2.1.2.2 Deliberación representativa y democrática

En teoría que el debate parlamentario sea representativo se logra a través de la elección de representantes que provea un espectro lo más amplio posible de perspectivas de interpretación expectables, incluyendo la comprensión que de sí y del mundo tienen los grupos marginales¹¹⁰⁵.

Ahora bien, una cosa es que la mayoría de voces cuenten con representantes y otra es que éstos actúen siendo sensibles con los intereses que dicen representar. Esto es, que los representantes sirvan para comunicar al cuerpo legislativo y deliberar sobre los intereses de quienes los eligieron¹¹⁰⁶. En teoría el voto y la

¹¹⁰³ Roberto Gargarella, "Representación plena, deliberación e imparcialidad", *op. cit.*, pp. 323 a 325, 334.

¹¹⁰⁴ Jeremy Waldron, "Principles of legislation", *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁰⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 251.

¹¹⁰⁶ Jeremy Waldron, "Principles of legislation", p. 28. Esta afirmación tiene varias complicaciones. La primera es que en algunos casos los representados no tienen ningún interés o conocimiento del tema, Hanna Fenichel Pitkin, *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967, p. 163. En segundo término la pregunta es si los intereses de quienes los eligieron son objetivos o se refieren a las opiniones de la gente, *Ibid.*, p. 197. Tercero, ¿los parlamentarios deben ser sensibles a los intereses de quienes los eligieron o una vez electos deben velar por el interés de la nación? Pedro de Vega, "Significado de la representación política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, marzo-abril 1985, p. 29. Cuarto, cómo ser sensibles a la opinión pública si está en constante conformación y cambio. Robert Post, "First Lecture: A short history of representation and discursive democracy", *Citizens divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014, p. 35, 36, 37. Finalmente, está la dificultad estructural de que los grupos sociales suelen estar conformados por minorías diferentes que no tienen posiciones uniformes, Roberto Gargarella, "Representación plena, deliberación e imparcialidad", *op. cit.*, pp. 335.

celebración de elecciones recurrentes son medios para lograr que la deliberación sea efectivamente representativa. Sin embargo, muchas veces estos mecanismos no son suficientes.

Así, puede suceder que aun cuando en teoría ciertos intereses tienen representantes en el congreso éstos no son representados. De hecho, los parlamentos tienden cada vez más a comportarse solo como un poder del estado – que gobierna- olvidando su función representativa.¹¹⁰⁷ Esto puede deberse, por ejemplo, al control que los partidos políticos ejercen sobre los representantes.¹¹⁰⁸

Esta no es una coincidencia. El sistema representativo vigente en muchas democracias contemporáneas fue diseñado con el objetivo de separar a los representantes y representados, es decir, a la clase dirigente y a la ciudadanía, teniendo como consecuencia que los sistemas políticos sean más permeables a las influencias de los grupos de interés, que a la voluntad de las mayorías¹¹⁰⁹.

Ahora bien, si el ideal es que los representantes permanezcan “permeables, sensibles y abiertos a incitaciones, a temas e intervenciones, a informaciones y razones que les afluyen de un espacio público que se estructura a su vez discursivamente”¹¹¹⁰, la justicia constitucional debe ser garante de los canales de comunicación entre representantes y representados como: la libertad de expresión y el derecho a la protesta, la celebración de elecciones periódicas, un sistema de partidos que compiten con base en principios, la conformación de una opinión

¹¹⁰⁷ Ángel Garrorena, *Representación política y consitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991, p. 49, 95. Como explica García Roca siguiendo a Kriele, la representación es una adjudicación de *competencia* que se completa con una *responsabilidad* que tiene el representante de actuar en interés de los representados. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, 1999, pp. 55 y 56.

¹¹⁰⁸ Ángel Garrorena, *op. cit.*, p. 66-71. Sobre el mandato de facto que tienen los partidos sobre los representantes véase Jurgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Shpere*, trad. de Thomas Burger, MIT press, 1991, p. 205.

¹¹⁰⁹ Roberto Gargarella, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *op. cit.*, p. 89.

¹¹¹⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 251, 252. Aquí se defiende una concepción dependiente de la representación, según la cual los intereses relevantes para el representante son dependientes de las preferencias de los representados discutidas en la esfera pública, por lo que los representantes deben ser sensibles a ellos. Cabe aclarar que la actividad representativa siempre necesita de un cierto margen de discrecionalidad o independencia para poder ser deliberativa. José Luis Martí, *La República Deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 223, 224, 227. En mi opinión, la discusión radica en los mecanismos de comunicación que se establezcan entre representantes y representados.

pública, así como de la efectividad de mecanismos de democracia directa como las iniciativas populares, los referéndums y la revocación de mandato¹¹¹¹

Por otro lado, para que la representación sea democrática, no basta con que los representantes sean sensibles a los intereses de la ciudadanía y a la opinión pública, sino que las minorías parlamentarias puedan ser escuchadas y sus argumentos debatidos¹¹¹², es decir, se preste igual atención y respeto tanto a las minorías como a las mayorías.¹¹¹³ Lo que se traduce en respetar sus derechos al debate, a la información, a la investigación y a la inclusión de asuntos en el orden del día de las sesiones de la cámara.¹¹¹⁴

2.1.2.3 Deliberación pública

Por su parte, el requisito constitucional de deliberación pública -la publicidad se traduce en permitir la asistencia de las personas y los medios de comunicación a las sesiones del pleno o de las comisiones, así como la publicación de los debates- es un elemento indispensable para que la ciudadanía pueda formar una opinión pública¹¹¹⁵ y ejercer de manera libre e informada su derecho al voto, es decir, que

¹¹¹¹ Robert Post, "First Lecture: A short history of representation and discursive democracy", *op. cit.*, p. 8, 13, 20, 21, 22, 36. Sobre la libertad de expresión y las elecciones como canales de comunicación también véase Bernard Manin, *The principles of representative government*, *op. cit.*, p. 170, 175.

¹¹¹² Jeremy Waldron, "Legislating with integrity", *op. cit.*, p. 383.

¹¹¹³ John Hart Ely, *Democracia y desconfianza*, *op. cit.*, p. 125. En el mismo sentido García Roca, quién además nos recuerda que una minoría son tanto los grupos como cada uno de los parlamentarios individualmente considerados. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, *op. cit.*, p. 120, 291. Para Ekkehart Stein el problema constitucional más importante del parlamento consiste en la protección de minorías. Ekkehart Stein, *Derecho Político*, trad. de Fernando Sainz Moreno, Madrid, Aguilar, 1973, p. 53. En el mismo sentido Ignacio Torres Muro, "Actos internos de las cámaras y recurso de amparo. Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, núm. 12, 1984, p. 167. También Paloma Requejo, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

¹¹¹⁴ Manuel Aragón Reyes, "Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio", en J. Jesús Orozco Henríquez (comp.), *Democracia y Representación en el umbral del Siglo XXI Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999, pp. 21 y 22. También véase Ignacio Torres Muro, "Los derechos de los parlamentarios", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 257-281.

¹¹¹⁵ Bernard Manin, *The principles of representative government*, *op. cit.*, p. 167.

los representantes puedan ser supervisados.¹¹¹⁶ De hecho, una de las razones por las que se exige a los representantes deliberar en un foro público tiene como objetivo que los ciudadanos podamos conocer el proceso de deliberación y las razones por las cuales tomaron cierta decisión con el fin de poder exigirles responsabilidad antes, durante y después de las elecciones.¹¹¹⁷ Ya sea porque no deliberaron, no tomaron en cuenta nuestros intereses, se basaron en intereses sectoriales, etc.

Así, la transparencia de las deliberaciones es un elemento indispensable para que pueda ejercerse el voto de manera libre e informada¹¹¹⁸, lo que no es cosa menor. No podemos olvidar que las elecciones solo pueden servir como mecanismo de comunicación con los representantes y de rendición de cuentas -entre otros- si los ciudadanos conocen las razones por las cuales sus representantes tomaron o dejaron de tomar una decisión. Cuando este tipo de control no puede hacerse valer porque los representantes deliberaron en la oscuridad o no dieron razones de sus decisiones es que los intereses sectoriales o de ciertos grupos pasan a ejercer una tremenda influencia en las políticas públicas. Es decir, se dejan de lado las razones recíprocas y universales que pueden justificar la imposición de la fuerza en un sistema democrático.

2.1.2.4 Deliberación libre y en condiciones de igualdad.

¹¹¹⁶ De acuerdo con Habermas, el principio de supervisión del poder es una contribución del modelo liberal de la esfera pública, Jürgen Habermas, "The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)", en Jostein Gripsrud et. al. (eds.), *The Idea of Public Sphere*, USA, Lexington Book, 2010, p. 117.

¹¹¹⁷ En el mismo sentido, Jeremy Waldron, "Principles of legislation", *op. cit.*, p. 22. También Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, *op. cit.*, p. 516. Pedro de Vega, "El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, 1985, p. 49.

¹¹¹⁸ De Vega, *ibid.*, pp. 49 y 50.

Asimismo, los tribunales pueden ayudar a garantizar que la deliberación parlamentaria sea libre y en condiciones de igualdad con el fin de dar un tratamiento racional a las cuestiones políticas¹¹¹⁹.

Una discusión libre implica estar informado sobre lo que se va a debatir y significa que los miembros de la asamblea puedan renunciar a su cargo cuando así lo deseen¹¹²⁰, así como poder hacer uso de la palabra, discutir y votar la determinación que les parezca más razonable, lo que se opone, por ejemplo, al mandato imperativo.¹¹²¹

La inexistencia de mandato imperativo no solo se refleja frente a los electores sino también frente a los partidos políticos y los grupos parlamentarios, pues una cosa es que los partidos políticos presenten una candidatura y otra muy distinta que los representantes representen a los partidos políticos; o que sea conveniente por razones prácticas tener órganos directivos y estructurar el Parlamento en torno a grupos antes que a individuos, a que eso se traduzca en vaciar de contenido el libre mandato parlamentario.¹¹²²

Ahora bien, la garantía judicial del libre ejercicio del cargo parlamentario frente a los partidos políticos es una tarea delicada, en la medida en que éstos también pueden servir como canal de comunicación entre representantes y representados, si es que incentivan al parlamentario individual a orientarse por los programas de campaña.¹¹²³ De hecho, esa fue una de las funciones de los partidos

¹¹¹⁹ Es que como dice Habermas, la dominación política debe su fuerza a legitimadora a un procedimiento democrático que tiene por fin garantizar un tratamiento racional de las cuestiones políticas. Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, op. cit., p. 238.

¹¹²⁰ Javier García Roca, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, op. cit., p. 121.

¹¹²¹ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, op. cit., p. 516 y 517. En el mismo sentido, Javier García Roca, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, op. cit., p. 123. También Paloma Biglino, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, CEPC, 1991, p. 82 y 83. Sobre las instrucciones y la prohibición de mandato imperativo véase Bernard Manin, *The principles of representative government*, op. cit., pp. 163-167.

¹¹²² Javier García Roca, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, op. cit., p. 64, 123, 253 y 254. Sobre el papel de los grupos parlamentarios véase Piedad García-Escudero Márquez, "El parlamentario individual en un parlamento de grupos: La participación en la función legislativa", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, pp. 205-242.

¹¹²³ Se trata de orientarse por los programas, no de seguirlos a raja tabla, pues también eso sería contrario a la posibilidad de deliberar y de atender a las circunstancias particulares que se van presentando. Bernard Manin, *The principles of representative government*, op. cit., pp. 213, 221.

en sus inicios.¹¹²⁴ El problema está cuando los partidos se convierten en asociaciones enfocadas en mantener el poder y a través de la disciplina partidaria someten al parlamentario individual a los designios del partido y no a los programas electorales.¹¹²⁵

Por su parte, el derecho del representante a ser tratado de manera igual deriva del derecho que tienen sus representados a ser tratados de esa forma.¹¹²⁶ La igualdad se debe reflejar tanto en la ley como en su aplicación y proyectarse sobre las relaciones entre mayorías y minorías, pudiendo implicar tanto deberes negativos como acciones positivas.¹¹²⁷

2.1.2.5 Metodología.

Dicho esto, es importante decir algo sobre la metodología para abordar este tipo de vicios. En efecto, uno de los temas recurrentes al tratar el control de los vicios procedimentales del procedimiento legislativo es el grado de deferencia que se debe tener con las decisiones de los parlamentos. Sobre el punto, en España, se constata un extendido rechazo a utilizar la antigua categoría de los *interna corporis* que excluía del control jurisdiccional los actos puramente internos de las cámaras, pues no se compadece con la supremacía de la Constitución y las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional.¹¹²⁸ Más aún, diría yo, no se compadece con la importancia que tiene el cumplimiento de los procedimientos deliberativos y participativos para una concepción deliberativa de la democracia.

Ahora bien, aun cuando la idea de los *interna corporis* ha quedado en desuso, el control judicial de los vicios en el procedimiento legislativo, así como la garantía del ejercicio libre del cargo representativo y en condiciones de igualdad, debe

¹¹²⁴ Pedro de Vega, "Significado constitucional de la representación política", *op. cit.*, pp. 35-37. Bernard Manin, *The principles of representative government*, *op. cit.*, p. 196.

¹¹²⁵ *Id.* Sobre la disciplina partidaria también Robert Post, "First Lecture: A short history of representation and discursive democracy", *op. cit.*, p. 24.

¹¹²⁶ Jeremy Waldron, "Principles of legislation", *op. cit.*, p. 30.

¹¹²⁷ Javier García Roca, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 335, 343, 345.

¹¹²⁸ Ignacio Torres Muro, "Actos Internos...", *op. cit.*, pp. 161-163. Paloma Biglino, "Parlamento, Principio Democrático y Justicia Constitucional", *Revista de Derecho*, Vol. X XII, agosto 2001, p. 187.

hacerse compatible con la autonomía política de las cámaras que impone el reconocimiento de un margen de apreciación a los órganos parlamentarios en la interpretación y aplicación de su normativa, lo que se puede lograr con la aplicación, en principio, de un test semejante al de razonabilidad.¹¹²⁹

Adicionalmente a la intensidad del control, la garantía del tribunal constitucional del procedimiento legislativo nos plantea qué parámetro utilizar, ya sea que esté conformado por la constitución o también por las leyes y reglamentos que regulan el procedimiento legislativo; la distinción o no entre tipos de infracciones y el criterio para hacer esa distinción; la necesidad de compatibilizar la economía en el procedimiento y los medios de sanación de los vicios, etc.

Siguiendo a Biglino, la conformación del parámetro de control para este tipo de vicios depende del orden jurídico en que nos encontremos, pues “junto a la forma específica de control de constitucionalidad existente, influyen otros temas, tales como el grado de autonomía reconocida al Parlamento, la naturaleza y rango atribuido al Reglamento Parlamentario y también al hecho de que se reconozca como límite a la ley no sólo la constitución sino también otro tipo de normas interpuestas”.¹¹³⁰

Por su parte, resulta relevante distinguir entre los distintos tipos de infracciones. En primer lugar, no toda infracción a la Constitución, a la Ley o al Reglamento parlamentario tienen la misma trascendencia, sino que depende de la norma infringida y de la finalidad buscada por la misma.¹¹³¹ Ahora bien, definir cuál sea la finalidad o el valor que una norma procedimental busca lograr o proteger, depende en buena medida de la concepción de democracia que defendamos. Por ejemplo, para una concepción deliberativa de la democracia las normas que tienen

¹¹²⁹ Javier Jiménez Campo, “Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios”, en Francesc Pau i Vall, *Parlamento y Justicia Constitucional: IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados Parlamentarios*, 1997, pp. 422, 425.

¹¹³⁰ Paloma Biglino, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, *op. cit.*, p. 31.

¹¹³¹ *Ibid.*, p. 54.

como fin garantizar la participación y deliberación libre, pública y en condiciones de igualdad son de la mayor relevancia.¹¹³²

Por otro lado, es necesario compatibilizar la revisión con el principio de economía en el derecho, que implica que algunos de los vicios procedimentales puedan ser solventados porque se consiguió el fin buscado, fue consentido o convalidado.¹¹³³ En mi opinión, la aceptabilidad de alguno de estos tres remedios depende del tipo de vicio en cuestión, cuya gravedad será valorada desde una determinada concepción de la democracia. Por ejemplo, Biglino nos dice que la obtención de la mayoría necesaria solventaría en determinadas circunstancias ciertos defectos procedimentales, como los votos mal emitidos por la minoría.¹¹³⁴ En este supuesto, nos dice Biglino, no tendría sentido reponer todo el procedimiento para llegar al mismo resultado, en tanto la mayoría no se altera.

Ahora bien, cuestión distinta sería que la minoría emita sus votos correctamente, pero no hubiera tenido oportunidad de participar en condiciones de igualdad porque las oportunidades de tomar la palabra fueron desproporcionadas. En ese caso se vería afectada su participación, cuestión que en mi opinión, no queda en sus manos consentir. Finalmente, como ejemplo de vicio consentido por la parte perjudicada Biglino nos da el de un procedimiento legislativo en el que se debatía la elaboración la Ley Orgánica del Poder Judicial con la ausencia del informe del Consejo General del Poder Judicial, sin que éste haya protestado.¹¹³⁵

2.1.3. Enriquecimiento de la deliberación parlamentaria

La legitimidad de las reglas emitidas por el parlamento atiende a su producción en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, es decir, en el que se asegure que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes

¹¹³² En un sentido parecido, Biligino considera que la finalidad del procedimiento legislativo es la garantía del principio democrático, el cual se ve reflejado en la regla de la mayoría, la participación de las minorías y la publicidad. *Ibid.*, p. 68-72.

¹¹³³ *Ibid.*, 121, 132.

¹¹³⁴ *Ibid.*, p. 138.

¹¹³⁵ *Ibid.*, p. 141.

puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles¹¹³⁶.

En esa tesitura, una de las formas en que los tribunales constitucionales pueden enriquecer el proceso de deliberación democrática es compensando las deficiencias argumentativas de las instituciones representativas. Los tribunales pueden a) ser un foro para la expresión y un canal de comunicación de argumentos que de otra manera serían ignorados, b) proveer de nuevos argumentos e c) impugnar otros ya dados (por ej. resultantes de la falta de información, el prejuicio, o impulsos de índole meramente perfeccionista)¹¹³⁷. Distingamos estas tres tareas.

2.1.3.1 Ser un foro para la expresión y un canal de comunicación de argumentos que de otra manera serían ignorados.

En este supuesto, los tribunales pueden ser un foro de inclusión para aquellos que no tienen injerencia en el proceso de toma de decisiones¹¹³⁸ y/o ser un medio para la expresión de voces que no se han podido escuchar durante la deliberación parlamentaria¹¹³⁹ y resultan afectadas por la decisión.

Pero además de ser un foro de expresión de los excluidos de la sede parlamentaria, los tribunales constitucionales pueden adoptar los argumentos de éstos y comunicarlos a los parlamentarios. En este último supuesto, el tribunal hace suyos los argumentos y los transmite a través de sus decisiones.

¹¹³⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 92 y 238.

¹¹³⁷ Roberto Gargarella, "Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado", *op. cit.*, p. 165. En el mismo sentido, Limbach opina que cuando se haya echado en falta información, competencia profesional y reflexión, cabe al Tribunal devolver al legislador una decisión normativa de valor, que en su momento bien pudo haber decidido mayoritariamente de forma diferente. Pero el *Bundesverfassungsgericht* se guardará mucho de prescribir los contenidos de la regulación a los autores de la ley. Jutta Limbach, "El papel y poder del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, p. 101.

¹¹³⁸ Carlos S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, *op. cit.*, p. 696.

¹¹³⁹ Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, *op. cit.*, p. 178. Aunque para algunos si de los que se trata es de otorgar vías de participación a los grupos aislados existen otras maneras de perfeccionar las instituciones representativas, sin necesidad de echar mano de un procedimiento cuya legitimidad y eficacia resulta cuando menos dudosas. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, "Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica", *op. cit.*, p. 341.

Cabe recordar que a desatención sobre ciertos intereses puede deberse a problemas de inercia que derivan de las limitaciones de las sesiones o de las prioridades electorales del poder legislativo, a los costos políticos que implican para el grupo político mayoritario o a la falta de revisión parlamentaria¹¹⁴⁰.

El caso más extremo de intereses no tomados en cuenta es el de quienes no tienen derecho al voto.¹¹⁴¹ Así, por ejemplo, la interpretación conforme y garantista hecha por el Tribunal Constitucional español en la STC 115/1987, de 7 de julio, de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y, en particular, el art. 26.2 relativo a la detención preventiva de los extranjeros, a instancias del Defensor del Pueblo, sirvió para corregir los términos ambiguos y equívocos empleados por el legislador en beneficio de los extranjeros detenidos preventivamente -requiriendo que después de 72 horas fueran puestos a disposición judicial- y para orientar las normas legislativas posteriores¹¹⁴². De esta forma, una institución como el Defensor del Pueblo cuya legitimidad para interponer recursos de inconstitucionalidad fue prevista como un paliativo por la ausencia de una acción popular para recurrir en inconstitucionalidad, hizo valer los intereses de un grupo que no cuenta con representación política, provocando que el Tribunal Constitucional adopte e incida positivamente en la situación de un grupo cuyas posibilidades de influir democráticamente sobre el cambio de su propio status son muy reducidas¹¹⁴³.

2.1.3.2 Evaluar argumentos y pruebas ya considerados en sede parlamentaria.

¹¹⁴⁰ Rosalind Dixon, "Creating dialogue about socio-economic Rights: Strong v. Weak-form judicial review revisited", *op. cit.*, pp. 3-4, 19-29. En el mismo sentido Jiménez Campo señala "El todavía llamado legislador negativo es visto, cada vez más, como árbitro de la razonabilidad de un segundo procedimiento que daría ocasión para ponderar y antender lo que se juzga mal apreciado o indebidamente postergado en el procedimiento parlamentario". Javier Jiménez Campo, "Qué hacer con la ley inconstitucional", *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁴¹ John Hart Ely, *Democracia y desconfianza*, *op. cit.*, p. 146.

¹¹⁴² Sobre este punto véase Nuria Sangüesa Ruiz, "Privaciones de libertad en extranjería: Un examen a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional español", en Roberto Niembro Ortega, Luis Pomed y Luis Alberto Trejo Osornio (coords.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, México, Porrúa, 2011, p. 168.

¹¹⁴³ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, *op. cit.*, p. 143.

En esta actividad, los jueces deben contrastar las razones y pruebas aportadas en el procedimiento legislativo¹¹⁴⁴. Asimismo, pueden ayudar a distinguir entre acuerdos genuinos y pseudo compromisos basados en relaciones de poder; señalar lo que es interés del público en contraposición con lo que es de interés particular de un grupo¹¹⁴⁵.

Así, la justicia constitucional puede hacer ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, así como las contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, forzándola de ese modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas¹¹⁴⁶.

En otras palabras, como regla general el proceso judicial puede conducir a un proceso reflexivo de deliberación pública que sirva para corregir la parcialidad o suplir la generalidad de la ley¹¹⁴⁷ y observar las debilidades, fracasos y rupturas del sistema político¹¹⁴⁸

2.1.3.3 Proveer de nuevos argumentos.

A diferencia del primer apartado en el que los jueces sirven para transmitir lo que otros les han comunicado, en este supuesto son los jueces los que generan argumentos morales o prácticos distintos a los ya tomados en cuenta. Por un lado, los jueces pueden servir para recordarnos, si es que no lo hemos hecho antes, nuestro compromiso con los derechos fundamentales¹¹⁴⁹. Así, los tribunales pueden participar en un diálogo presentado cuestiones de principio a la atención del

¹¹⁴⁴ Víctor Ferreres Comella, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 40. Christopher F. Zurn, “A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Cour-Based Constitutional Review”, *op. cit.*, p. 443.

¹¹⁴⁵ Seyla Benhabib, “Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation”, *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁴⁶ Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *op. cit.*, pp. 353- 355.

¹¹⁴⁷ Horacio Spector, “Democracia y control de constitucionalidad: Una tensión aparente”, en Marcelo Alegre et. al. (coordinadores), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 232-238.

¹¹⁴⁸ Roberto Gargarella, “Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁴⁹ Ya sean derechos vinculados al proceso participativo o derechos sustantivos.

gobierno y de la gente¹¹⁵⁰. Con ello no quiero decir que el lenguaje de los derechos no pueda estar presente en sede política o que ésta no sea un lugar idóneo para su exposición. Como tampoco puedo aseverar que la consideración de los argumentos de principio por parte de las fuerzas políticas se deba sólo a la labor de los jueces, al tratarse de una cuestión contra fáctica¹¹⁵¹. Sin embargo, mientras que en los procesos constitucionales es necesaria la presentación de argumentos basados en la constitución y su resolución está basada en este y otro tipo de razones, en la deliberación política su consideración es eventual¹¹⁵². Sobre este punto volveré más adelante al tratar el test de proporcionalidad.

Por el otro lado, los jueces puede ayudar a subsanar los que Dixon ha denominado como puntos ciegos que se deben a que el legislativo no siempre puede prever los casos en que la inconstitucionalidad de una ley deviene de su aplicación¹¹⁵³; al no poder anticiparse al impacto que pueden tener las leyes en personas con muy distintas experiencias y perspectivas, o por no haber intuido la forma de compatibilizar los derechos con los objetivos políticos.

De hecho, es una forma de que los legisladores cumplan con el deber de cuidado. Este deber de cuidado implica que los legisladores pongan atención sobre los efectos de las decisiones que toman o dejan de tomar sobre los ciudadanos y la

¹¹⁵⁰ Kent Roach, "A dialogue about principle and a principled dialogue: Justice Iacobucci's substantive approach to dialogue", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 57, No. 2, 2007, pp. 449-477. En el mismo sentido, Moreno considera que en un contexto institucional en el que los tribunales no tienen la última palabra, estos puede ayudar a disciplinar el discurso político o colaborar a que el mismo sea conducido con arreglo a consideraciones de principio. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, "Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica", *op. cit.*, p. 286. Para Tushnet, la dificultad de este argumento es que no es fácil distinguir las situaciones en las que las legislaturas no prestaron atención a los principios, de aquellas en que sí lo hicieron pero les dieron un peso distinto al que le los tribunales consideran adecuado. Mark Tushnet, "Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism", *op. cit.*, p. 364.

¹¹⁵¹ Christopher F. Zurn, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, *op. cit.*, p. 204.

¹¹⁵² En este punto coincido con Ferreres, quien afirma que los tribunales constitucionales no huyen de los principios más abstractos de moralidad política que figuran en el catálogo de derechos y libertades de la Constitución. Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 87.

¹¹⁵³ Para Jiménez Campo, en estos casos lo que corresponde es que el Tribunal sugiera al legislador su modificación. Véase, por ejemplo, la STC 3/1983. Javier Jiménez Campo, "Qué hacer con la ley inconstitucional", *op. cit.*, p. 70.

sociedad, cuál es el impacto que una decisión individual tiene sobre los derechos e intereses de los ciudadanos.¹¹⁵⁴

2.1.3.4 Metodología.

Al igual que cuando tratamos los vicios en el procedimiento legislativo, es necesario repasar la metodología que los tribunales utilizan para enriquecer la deliberación parlamentaria. De hecho, los tribunales constitucionales aplican métodos específicos para evaluar las razones y las bases empíricas que sustentan la constitucionalidad de las “decisiones” de los otros poderes como el test de proporcionalidad, y exigen distintos niveles de justificación según se trate de una minoría social que deber ser especialmente protegida.¹¹⁵⁵ Veamos las dos herramientas.

El test de proporcionalidad.

Empecemos por repasar qué es lo que se evalúa con el test de proporcionalidad. En principio se trata de analizar la constitucionalidad de la posible restricción de un derecho fundamental o la afectación de un principio por una decisión legislativa, administrativa o judicial. Incluso, esa posible restricción o afectación puede derivarse de un conflicto entre particulares. Pero qué es exactamente lo que se analiza cuando se plantea una posible restricción de un derecho fundamental.

¹¹⁵⁴ Jeremy Waldron, “Principles of legislation”, *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁵⁵ De acuerdo con Kenji Yoshino, tratándose de la interpretación de la cláusula de igualdad de la Corte Suprema norteamericana, para determinar si un grupo merece escrutinio estricto, los tribunales consideran si: 1) el grupo ha sufrido un historia de discriminación (este análisis se divide en dos pasos, primero se compara si el grupo comparte alguna característica con los grupos ya protegidos, segundo se piensa en las especificidades de opresión del grupo), 2) si el grupo no tiene poder político y 3) si el grupo se define por una característica inmutable. Con este análisis lo que se busca es que los jueces eviten los mismos prejuicios que las legislaturas, forzándolos a plantearse reflexivamente qué tipo de grupo es y las cuestiones que tienen asumidas sobre el mismo. “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *Columbia Law Review*, Vol. 96, pp. 1755, 1766, 1774.

Si partimos de que “tener un derecho” puede significar tener un derecho subjetivo, una libertad, una potestad y/o una inmunidad y la imposición correlativa de un deber (de abstención o de hacer), un no derecho, una sujeción o una incompetencia, respectivamente,¹¹⁵⁶ lo que analizamos a través del test de proporcionalidad es si la regulación legislativa, la determinación administrativa o judicial, o la actuación de los particulares sobre esos derechos subjetivos, libertades, etc. se justifican a la luz de los fines, la relación medio-fin y el balance entre principios.

Además, a través del test de proporcionalidad podemos evaluar si se justifican las condiciones que se imponen al titular del derecho, libertad etc. para que este se cumpla. Por ejemplo, si el titular debe o puede exigir, facilitar, hacer posible o colaborar con el sujeto pasivo para que ese derecho, libertad, etc. se cumpla.¹¹⁵⁷ Ahora bien, para llevar a cabo dicho análisis el test de proporcionalidad verifica lo siguiente:

(1) El para qué de la restricción a un derecho fundamental o afectación de un principio, es decir, el fin que se busca proteger, cuya definición puede estar dentro del ámbito de discrecionalidad de la autoridad o mandado o excluido por la constitución.¹¹⁵⁸ Ese fin puede ser un bien colectivo u otro derecho fundamental.

(2) El cómo de la restricción ¿hay una relación (idónea) entre el medio y el fin y los medios son los menos lesivos para el derecho fundamental afectado siendo igualmente efectivos (necesidad)? El grado de idoneidad entre el medio y el fin admite distintos niveles, cuya exigencia dependerá del escrutinio que se aplique.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁶ Manuel Atienza, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos, Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez*, núm. 4, 1986-87, pp. 29-43.

¹¹⁵⁷ Sobre esas condiciones y su carácter deóntico también llama la atención Atienza, *ibid.* p. 36.

¹¹⁵⁸ Alexy habla del margen de acción estructural para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de intervención que deja abiertas las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que se produzca la intervención legislativa, sino que sólo permite que esto sucede en caso de que concurren dichas razones. Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, p. 23.

¹¹⁵⁹ Para Alexy, el margen para la elección de medios no origina demasiados problemas cuando los diversos medios son igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin, y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen un significado destacable. Esto no ocurre, sin embargo, cuando los diversos medios fomentan el fin en diferente medida o cuando no es seguro en qué

Por ejemplo, se puede utilizar la idoneidad como un criterio negativo para excluir los medios que no son idóneos, o como un criterio para exigir el medio más idóneo.¹¹⁶⁰

(3) ¿La intensidad de la restricción de un derecho fundamental o de afectación a un principio¹¹⁶¹ se justifica a la luz de la importancia¹¹⁶² y satisfacción del fin buscado y otros principios en juego?¹¹⁶³

En primer lugar, cabe reiterar que en los tres preguntas hay márgenes de apreciación sobre cuestiones normativas y empíricas¹¹⁶⁴; ejemplo de lo primero, ¿el derecho a la igualdad exige una acción afirmativa?, ejemplo de lo segundo, ¿a la luz de los hechos y estudios científicos el diseño de tal acción afirmativa a favor de las mujeres es efectiva para lograr su participación política? Asimismo, en relación con las cuestiones normativas y empíricas puede haber errores, por no haber contemplado argumentos normativos o no haber tenido a la mano o no haber tomado en cuenta investigaciones empíricas¹¹⁶⁵. Y en los tres pasos pueden aplicarse distintos niveles de escrutinio, más o menos estrictos, según la intensidad de la restricción o afectación, o por las personas involucradas, etc.

medida lo hacen; o cuando los diversos medios se comportante negativamente una medida distinta en relación con otros fines o principios, o cuando no es seguro en qué medida lo hacen. *Ibid.*, p. 25.

¹¹⁶⁰ De acuerdo con Alexy al Legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo. *Ibid.*, pp. 28 y 29.

¹¹⁶¹ Alexy habla de afectación leve, intermedia y grave, que siempre son concretas. *Ibid.*, p. 33

¹¹⁶² La importancia de los principios puede ser abstracta aunque se termina definiendo en los casos concretos. *Ibid.*, p. 38. De acuerdo con Alexy, los elementos del caso concreto que resultan esenciales para la decisión son la medida examinada y las consecuencias que su ejecución y no ejecución tienen para los principios implicados.

¹¹⁶³ Se podría decir que las preguntas que plantea el test de proporcionalidad buscan sacar a la luz errores de la deliberación como: a) se tomen decisiones sin comprender cabalmente las alternativas y consecuencias, b) se tengan visiones incompletas de las opciones que tiene la institución, c) solo se tomen en cuenta las necesidades e intereses de una fracción de la comunidad. Eskridge y Ferejohn, "Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review", *op. cit.*, p. 1227. En palabras de Pettit, el control judicial es un mecanismo de réplica que nos permite evitar falsos positivos, es decir, la identificación errónea de política que son en beneficio de intereses de fracciones. Mientras que las instituciones parlamentarias son las indicadas para evitar falsos negativos, es decir, fallas en percibir opciones públicas. Philip Pettit, "Depoliticizing Democracy", *op. cit.*, p. 60-63.

¹¹⁶⁴ Esto es inevitable pues se trata de cuestiones políticas, que no son tan arbitrarias como escoger entre dos tipos de comida, pero tampoco son cuestiones de conocimiento en las que los expertos nos puedan dar una respuesta correcta. Hanna Fichel Pitkin, *The Concept of Representation*, *op. cit.*, p. 212.

¹¹⁶⁵ Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", *op. cit.*, p. 60.

Desde un punto de vista discursivo el test de proporcionalidad puede evaluarse como estructura de justificación para los individuos afectados por la decisión¹¹⁶⁶ y/o por los resultados que arroja. Como estructura de justificación tiene las siguientes características.

En primer lugar, se analiza la decisión de otros poderes y los problemas se plantean en términos de derechos, lo que implica que están presentes en la discusión¹¹⁶⁷. Como dijimos, esta es una contribución de la justicia constitucional a la deliberación, pues nos obliga a discutir sobre los mismos.

En la literatura especializada suele afirmarse que el punto de partida del test de proporcionalidad es la existencia de una pretensión protegida por un derecho fundamental *prima facie*, por lo que tiene cierta prioridad y las razones para negarla deben tener una fuerza especial.¹¹⁶⁸

Así, en tanto la aplicación del test exige la posible violación a un derecho *prima facie*, esto provoca la inflación de los derechos, lo que conlleva que todos los problemas legales, por triviales que sean, se plantean en términos de derechos y libertades.¹¹⁶⁹ Es lo que según Möller ha pasado en Alemania, en donde a través

¹¹⁶⁶ Así lo ha llamado Matthias Kumm, "Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalists Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review", *EJLS*; Vol. 1, núm. 2, p. 2. Para Kumm, el principio de proporcionalidad permite a los tribunales evaluar todas las consideraciones morales y pragmáticas relevantes de manera explícita, sin ser una mera discusión legal. El énfasis de que se trata de una justificación *para los individuos* lo hace David Dyzenhaus, "Proportionality and Deference in a Culture of Justification", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, pp. 254 y 258.

¹¹⁶⁷ Cabe resaltar que muchas veces a través del test de proporcionalidad los conflictos se entienden como un enfrentamiento entre los derechos de un individuo y los derechos de otros, y no necesariamente entre los derechos de uno frente a las preferencias mayoritarias de otros. Bradley W. Miller, "Justification and Rights Limitations", en Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press, New York, 2008, p. 105.

¹¹⁶⁸ A este modelo Tremblay lo denomina modelo de prioridad de derechos que contrapone al modelo de optimización. Luc B. Tremblay, "An egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Journal of Constitutional Law*, 2014, Vol. 12, núm. 4, p. 866. Cabe aclarar que no en todas las concepciones los derechos tienen cierta prioridad especial sobre otros intereses. Véase Matthias Klatt y Moritz Meister, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, 2012, p. 16-42.

¹¹⁶⁹ Kai Möller, "Proportionality and Rights Inflation", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 155.

del derecho a libre desarrollo de la personalidad cualquier tipo de interés alegado puede encuadrarse dentro de un derecho fundamental.¹¹⁷⁰

Si esto es así, es decir, que todo tipo de pretensión está protegida en principio por algún derecho fundamental, pues en última instancia si no se puede enmarcar en un derecho específico está el libre desarrollo de la personalidad, resulta que la pretendida contribución de la justicia constitucional de poner en el centro de la discusión a “los derechos fundamentales” no es tal, pues solo cambia de nombre a los conflictos. En otras palabras, lo que afuera de los tribunales es un conflicto sobre un interés x, una vez que se presenta en una demanda judicial y se encuadrada en un derecho fundamental *prima facie* lo que sucedió fue un cambio de *nomen iuris*, pues seguimos discutiendo sobre el mismo tipo de conflicto, pero con la peculiaridad de que para para negar la pretensión -en tanto enmarcada *prima facie* en un derecho fundamental- exigimos, según la visión tradicional, razones especiales.

En mi opinión, si cualquier pretensión se puede enmarcar en un derecho fundamental *prima facie*, entonces no es posible darle prioridad normativa a ese derecho fundamental *prima facie*, pues la prioridad tiene sentido si las pretensiones protegidas son de una especial calidad moral, pero no si cualquier tipo de interés entra por la puerta de un derecho fundamental *prima facie*.¹¹⁷¹

Ante esta situación tenemos dos alternativas: conservar la idea de la prioridad normativa de los derechos fundamentales *prima facie* o no hacerlo. Una posible solución para salvar la prioridad normativa de los derechos fundamentales *prima facie* es confiar en que los tribunales no encuadrarán todo tipo de pretensión en un derecho fundamental, sino que sabrán distinguir entre las que merecen enmarcarse en un derecho fundamental y las que no.

Esta solución no es plausible, por un lado, porque es difícil fijar la diferencia de manera no arbitraria entre pretensiones importantes y no importantes y al hacerlo no invadir la agencia moral del ciudadano para decidirlo por si solo, por el otro, porque la práctica nos ha enseñado que los tribunales constitucionales echan mano

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 159.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 166. Mattias Kumm, “Political liberalism...”, *op. cit.*, p. 139.

de derechos como el libre desarrollo de la personalidad o de la dignidad para plantearse cualquier problema que se les presenta en términos derechos fundamentales.¹¹⁷²

Si esto es así, entonces enmarcar una pretensión en un derecho fundamental *prima facie* no debe conllevar cierta prioridad normativa ni las razones para negarlas deben tener una fuerza especial. Lo único que este encuadramiento exige es que su plausibilidad sea analizada con el test de proporcionalidad. La prioridad normativa y la exigencia de razones especiales para negarla atenderán al sesgo que se presente, a las personas involucradas o las circunstancias del caso concreto, pero no al hecho de enmarcarse en un derecho fundamental *prima facie*.¹¹⁷³

Pensemos, por ejemplo, que un quejoso solicita en vía de amparo la protección para circular una sátira sobre el presidente de la república. Desde mi perspectiva, si el tribunal le da entrada y se lo plantea como un problema de libertad de expresión, lo que está haciendo -al calificarlo como una pretensión “protegida *prima facie*” por la libertad de expresión - es reconocer al quejoso su derecho a la justificación bajo un esquema determinado¹¹⁷⁴, en el caso, bajo el esquema de la libertad de expresión. Así, le serán aplicados los tests específicos desarrollados para ese derecho, por ejemplo, si se trata de una expresión con contenido político, entonces se requieren de fuertes razones para no protegerlo. De esta forma, solo cuando determinada pretensión haya sido valorada y aprobada mediante el test de proporcionalidad en la modalidad correspondiente, entonces puede concluirse que

¹¹⁷² *Ibid.*, pp. 159, 160 y 164. En el mismo sentido, Luc B. Tremblay, señala que si los tribunales distinguen entre intereses más o menos importantes para efectos de avizorar una afectación de un derecho fundamental *prima facie* no tratarían con igual consideración y respeto a los individuos, además de ser difícil de concebir en una sociedad plural, *ibid.*, pp. 872 y 876.

¹¹⁷³ De acuerdo con Kumm, esta es la consecuencia que deriva de prácticas jurisdiccionales como la de Alemania. Por contra, en EEUU el ámbito de intereses protegidos por los derechos es más reducido y, por tanto, los límites también exigen de mayor nivel de exigencia para su justificación. Mattias Kumm, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en George Pavlakos (ed.), *Law Rights and Discourse The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 150, 166.

¹¹⁷⁴ En términos similares, *ibid.*, p. 172.

la pretensión en cuestión en la circunstancia particular está o no protegida por un derecho fundamental y, por tanto, tiene una prioridad normativa.¹¹⁷⁵

En segundo lugar, el test de proporcionalidad es una estructura ordenada y transparente de argumentación que sirve para disciplinar y racionalizar las decisiones judiciales¹¹⁷⁶, en las que se explicitan y evalúan los fines, los medios, la relación entre ellos y la fuerza que tienen a la luz de otros principios o consideraciones en las circunstancias particulares. Asimismo, cabe recalcar que el análisis que se hace por medio del test de proporcionalidad tiene en cuenta el contexto en el momento que se analiza la decisión, el que puede ser diferente al del momento en que se tomó la decisión. Además, es un análisis que atiende a las características del caso concreto que lo distingue de proceso de toma de decisiones del legislador, lo que para algunos puede conllevar una perspectiva reductora.¹¹⁷⁷

Eso no quiere decir que no haya un amplio margen de apreciación en cada uno de los pasos que componen el test¹¹⁷⁸, ni que su aplicación sirva para obtener la respuesta correcta o salve la objeción democrática de que los jueces tengan la última palabra interpretativa¹¹⁷⁹, pues no excluye un alto grado de subjetividad en un terreno de profundos desacuerdos.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁵ Grégoire Webber, "On the Loss of Rights", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 131. Este autor critica la visión común del test de proporcionalidad, pues considera que ha provocado que los derechos pierdan su prioridad normativa y fuerza perentoria al equipararse con intereses. *Ibid.*, pp. 1266, 132, 141, 143.

¹¹⁷⁶ Matthias Klatt y Moritz Meister, *The constitutional structure of proportionality*, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁷⁷ Richard Ekins, "Legislating Proportionately", pp. 367-369; Bradley W. Miller, "Proportionality's Blind Spot: Neutrality and Political Philosophy", p. 375, ambos en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

¹¹⁷⁸ Mark Antaki, "The Rationalism of Proportionality's Culture of Justification", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 294.

¹¹⁷⁹ Como sí sostiene Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

¹¹⁸⁰ Por ello es que comparto la conclusión de Gardbaum que el principio de proporcionalidad no es suficiente para justificar el control de constitucionalidad, sino que debe darse una forma de *weak judicial review* como los del *new Commonwealth model*. Stephen Gardbaum, "Proportionality and Democratic Constitutionalism", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 279 y 283. Por otro lado, no comparto la afirmación del autor que en los modelos débiles de control judicial se puede revertir la sentencia de inconstitucionalidad sin pasar la carga de la

En tercer lugar, el test de proporcionalidad da la oportunidad para que las autoridades expliciten las razones, los fines, los medios, etc. de sus decisiones que dan contenido a los derechos fundamentales. En otras palabras, no es una estructura monológica en la que el juez fija los límites a los derechos sino dialógica y, por ende, democratizadora.¹¹⁸¹ Ahora bien, la aplicación del test de proporcionalidad en sede judicial no debe conducirnos al error de pensar que es la única forma de razonar sobre derechos o que formalmente así lo deben hacer los legisladores,¹¹⁸² pues solo es una estructura de justificación que sirve para verificar que se hayan dado razones, evaluarlas y en su caso excluir algunas e incluir otras que no fueron tomadas en cuenta; además sirve para evaluar los hechos, la forma de caracterizarlos y el peso que se les dio en la decisión.¹¹⁸³

En tanto filtro de razones instrumentales y morales,¹¹⁸⁴ el test de proporcionalidad requiere de algo más, pues para decidir si una razón es buena o no, si es una razón perfeccionista, si está excluída absolutamente, si trata a las

justificación del test de proporcionalidad (*ibid.* p. 276), pues si la facultad para sobreponerse a la sentencia se aplica con posterioridad a que ésta fue dictada el test de proporcionalidad ya se aplicó.

¹¹⁸¹ No entro al debate sobre si fijar límites es justificar restricciones, interferencias en el derecho o si es delimitar, especificar los límites del derecho. Sobre el punto véase Grégoire Webber, “On the Loss of Rights”, *op. cit.*, pp. 146-149 y Stephen Gardbaum, “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, *op. cit.*, p. 280 y 281, ambos en.

¹¹⁸² Kai Möller, “Proportionality and Rights Inflation”, *op. cit.*, p. 152. David Dyzenhaus, “Proportionality and Deferencia in a Culture of Justification”, *op. cit.*, p. 242.

¹¹⁸³ David Dyzenhaus, “Proportionality and Deferencia in a Culture of Justification”, *op. cit.*, p. 251.

¹¹⁸⁴ Mattias Kumm, “Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalists Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 20. Sobre estas dos racionalidades que se evalúan por el test de proporcionalidad llama la atención George Pavlakos, “Between Reason and Strategy: Some Reflections on the Normativity of Proportionality”, en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 92. Pavlakos objeta la idea de filtro por tratarse un filtro que llega demasiado tarde, pues el acto será moralmente arbitrario hasta que sea pasado por el test de proporcionalidad y por generar una presunción en contra de la legitimidad de las normas legales, *ibid.*, pp. 91 y 110. En mi opinión, el test de proporcionalidad no llega demasiado tarde, pues la evaluación moral de las decisiones autoritativas también se hace en otras sedes sin necesidad de aplicar el test de proporcionalidad. Es decir, solo cuando se piensa que es el único método para evaluar la calidad moral de las decisiones, es que se piensa que llega demasiado tarde.

personas como medios¹¹⁸⁵, si es o no una “razón pública”¹¹⁸⁶ se requiere de una teoría para evaluarlas. Así, por ejemplo, en muchas ocasiones definir cuál es el fin de una legislación y si está protegido o no por la constitución, si los medios son los menos restrictivos e igualmente eficaces, si es o no aplicable un precedente, son en parte cuestiones valorativas influidas por la filosofía política.¹¹⁸⁷ Y es sobre este punto que el principio de proporcionalidad puede servir para oscurecer, en lugar de transparentar, la discusión. Pues bajo el ropaje de un método técnico, los tribunales pueden esconder las razones últimas de su análisis, sobre las que sin duda hay también desacuerdos.¹¹⁸⁸

Finalmente, por los resultados que podemos esperar del citado test, Alexy considera -y comparto su conclusión- que en algunos casos puede obtenerse un resultado de manera racional.¹¹⁸⁹

Una cuestión distinta pero más importante aún, es cómo se afecta el debate subsecuente cuando un tribunal determina que tal interés está protegido o no por un derecho. De hecho, cuando un tribunal considera que cierto interés está protegido por un derecho fundamental, éste toma una posición especial en el discurso. Este es uno de los privilegios de los tribunales, pues una vez que ellos hablan y dicen que se trata de un interés protegido por un derecho fundamental, debatir sus conclusiones es mucho más difícil, incluso en un sistema dialógico.

En conclusión, ya sea que el test de proporcionalidad lo evaluemos como estructura de justificación o por los resultados que arroja, considero que es un

¹¹⁸⁵ Mattias Kumm, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, *op. cit.*, p. 133. Para Kumm, el discurso de los derechos además de utilizar el principio de proporcionalidad se acompaña de razones excluidas (por ej. en el ámbito del derecho a libertad de expresión, discriminar entre opiniones con base en su plausibilidad o corrección) y prohibiciones de usar a las personas como medios. En mi opinión, el principio de proporcionalidad nos da la oportunidad de analizar si estamos frente a ese tipo de circunstancias.

¹¹⁸⁶ Para Kumm el principio de proporcionalidad es una estructura de justificación de un acto en términos de la razón pública. “Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalists Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *op. cit.*, p. 12. Estoy de acuerdo con la primera parte de la afirmación – es una estructura de justificación- pero no necesariamente con la segunda –que se hace en términos de razón pública- si por ello se entiende un tipo de razones y no una método para razonar.

¹¹⁸⁷ Bradley W. Miller, “Proportionality’s Blind Spot: Neutrality and Political Philosophy”, *op. cit.*, pp.375-394. Mattias Kumm, “Political liberalism...”, *op. cit.*, p. 148.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 396.

¹¹⁸⁹ Robert Alexy, “Epílogo”, *op. cit.*, p. 32.

instrumento que contribuye a legitimar las decisiones -sin que asegure su justicia-, pues racionaliza y transparenta la discusión a través de un método que puede aceptarse razonablemente.

Escrutinios y minorías sociales

Pasemos ahora a analizar algunas de las circunstancias que deben tenerse en cuenta al momento de aplicar el test de proporcionalidad para modular el nivel de escrutinio con que debe aplicarse el test.¹¹⁹⁰ Estas circunstancias pueden estar relacionadas con el expertise o con razones morales. Comunmente el expertise es una razón para ser deferente y se debe a la experiencia o conocimientos que tiene la administración o el legislador para conocer o evaluar ciertos factores (aun cuando el peso que se les dé se modulará según la certeza que el legislador tenga y pueda demostrar de los hechos o factores a tomar en cuenta y a la intensidad de la interferencia en los derechos).¹¹⁹¹

Por su parte, hay ciertas razones morales que exigen un mayor nivel de escrutinio, siendo caso paradigmático el de la protección de las minorías. Tratándose de minorías sociales sin poder político tenemos, por ejemplo, la concepción clásica derivada de la nota al pie número cuatro, párrafo tercero del caso *Carolene Products* de la Corte Suprema norteamericana, que establece la posibilidad de una exigencia especial de justificación de las decisiones que afecta minorías discretas e insulares contra las que hay un prejuicio que nos les permite utilizar el proceso político para defender sus intereses.

Esta nota al pie ha sido interpretada por Ely, quien señala que si bien estas minorías pueden estar técnicamente representadas se hallan en una situación funcional de impotencia, al encontrarse durante largos períodos de tiempo en un estado permanente de incapacidad para protegerse políticamente (por bloqueos

¹¹⁹⁰ Para un primer acercamiento a esta relación véase Julian Rivers, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, núm. 65, 2006, pp. 174-207.

¹¹⁹¹ T.R.S. Allan, "Democracy, Legality, and Proportionality", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014, p. 217.

oficiales o extraoficiales a sus argumentos) de tratos menos favorables comparados con los que se dan a la mayoría, la que se los niega por simple hostilidad o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses.¹¹⁹²

Ely llama la atención sobre los dos componentes que tiene la fórmula de Carolene: el político y el social. Así, dice Ely que si bien el acceso político es importante, mientras no se tenga la mayoría un grupo minoritario no puede protegerse contra la hostilidad declarada o corregir los prejuicios. De ahí que sea importante que las interrelaciones sociales aumenten, pues pueden ayudar a disminuir la hostilidad o los estereotipos y como consecuencia, permitir la cooperación política.¹¹⁹³

Por su parte, en 1985 Bruce Ackerman propuso dejar atrás las características de discretas e insulares, entendiendo por discretas aquellas minorías que pueden ser identificadas por un rasgo visible, e insulares a aquellas que conviven recurrentemente y han generado una comunidad. Esto, pues dichas características les permitirían actuar organizadamente en su beneficio.¹¹⁹⁴ En lugar de proteger minorías discretas e insulares como las personas de color, sugiere que los estándares de revisión más exigentes se apliquen para proteger minorías anónimas y/o difusas. El carácter anónimo se refiere a la posibilidad que tienen sus integrantes de mantener en privado la característica que los hace una minoría, por ejemplo, la homosexualidad, pues tienen un incentivo para no organizarse y pasar desapercibidos. Por su parte, el carácter difuso se refiere al nivel de interacción entre sus miembros, por ejemplo, las mujeres, que si bien son una minoría discreta son difusas.¹¹⁹⁵ Para Ackerman, no es que el perjuicio en contra de las minorías discretas e insulares sea algo del pasado, sino que éstas tienen mayores posibilidades de protegerse políticamente si se les compara con las minorías anónimas y difusas.¹¹⁹⁶

¹¹⁹² John Hart Ely, *Democracia y desconfianza*, *op. cit.*, pp. 109, 127, 130, 186, 202.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 195.

¹¹⁹⁴ Bruce Ackerman, "Beyond Carolene Products", *Harvard Law Review*, Vol. 98, núm. 4, p. 724.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 729.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 737. Cabe destacar que Ackerman apunta muy bien a la inevitabilidad de hacer consideraciones sustantivas –en contraposición a procedimentales– al proteger minorías, pues determinar si algo es un perjuicio o no involucra ese tipo de argumentos. *Ibid.*, pp. 739 y 740.

Una tercera propuesta vino de la pluma de Kenji Yoshino, quien en 2010 puso en cuestión que el carácter difuso y anónimo de la comunidad gay les haya impedido obtener poder político.¹¹⁹⁷ Asimismo, crítica la consideración hecha en el caso *Frontiero* en el que una pluralidad de jueces dijo que las mujeres podían ser consideradas como sin poder a pesar de su número, al estar infrarepresentadas en los councils. Para Yoshino este es un estándar muy indulgente, pues casi cualquier grupo puede aducir o formular este argumento. También critica el estándar del caso *Cleburne* en el que las personas con retraso mental no podían considerarse como sin poder porque habían podido atraer la atención de los legisladores, pues solo los que fueran desatendidos sistemáticamente serían considerados como sin poder, lo que es un estándar muy exigente.¹¹⁹⁸ Por tanto, propone una aproximación flexible para fijar quienes no tienen poder político, para lo cual deben atenderse diversos factores: i) el ingreso y riqueza del grupo, 2) salud y longevidad, 3) protección frente a la violencia pública y privada, 4) posibilidades de ejercer sus derechos políticos, 5) nivel de educación, 6) posición social, y 7) existencia de prejuicios en su contra.¹¹⁹⁹

En mi opinión, la idea de minorías sean discretas y/o insulares, anónimas y/o difusas, etc., nos llama la atención sobre el trato sistemático¹²⁰⁰ menos favorable que se da a un grupo de personas por no tener derecho al voto, tener dificultades para organizarse, la existencia de estereotipos o alguna otra causa que les impide

Además, llama la atención sobre como la fórmula de *Carolene Products* se refiere a dos problemas distintos, el primero las desventajas sistemáticas que sufren ciertos grupos para defenderse en el proceso político, y el segundo el prejuicio como cuestión sustantiva. *Ibid.*, pp. 740 y 741.

¹¹⁹⁷ Kenji Yoshino, "The gay tipping point", *UCLA Law Review*, Vol. 57, p. 1542. Del mismo autor, "Assimilationist Bias in the Equal Protection, The Visibility Presumption and the Case of Don't Ask, Don't Tell", *Yale Law Journal*, Vol. 108, 1998, p. 565 y 566. En un trabajo anterior Yoshino distingue entre una parte de la comunidad gay que es anónima y difusa y otra que es discreta e insular "Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays", *op. cit.*, p. 1809.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 1542 y 1543. El indicio de que un grupo ha podido llamar la atención de los legisladores es la cantidad de legislación aprobada que le favorece, "Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays", *op. cit.*, p. 1805.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 1543. Del mismo autor, "Assimilationist Bias in the Equal Protection, The Visibility Presumption and the Case of Don't Ask, Don't Tell", *op. cit.*, p. 565 y 566.

¹²⁰⁰ Como señala Fraser, cuando los arreglos sociales benefician sistemáticamente a unos y perjudican a otros, hay razones *prima facie* para pensar que el "bien común" es una mistificación, por lo que cualquier consenso en este contexto social debe ser visto con sospecha. Nancy Fraser, "Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy", en Craig Calhoun, *Habermas and the Public Sphere*, MIT University Press, 1992, p. 131.

hablar, ser escuchados y debatir en condiciones de igualdad sobre los méritos de sus intereses, expectativas, etc. o combatir los estereotipos.

Lo perverso de la situación de las minorías es que para revertir el trato discriminatorio al que se ven sujetas tendrían que poder cambiar o combatir las condiciones que les impiden participar en condiciones de igualdad y, eventualmente, ganar votaciones en el parlamento. Sin embargo, no pueden hacerlo ya que esas condiciones están más allá de su alcance. Así, al ser minorías que no tienen derecho al voto no pueden participar en el parlamento y, lógicamente, no pueden dotarse del derecho al voto; al ser minorías anónimas y difusas tienen dificultades para organizarse políticamente y ser escuchadas, derivadas de condiciones que no puede modificar sus integrantes, o siendo minorías que si bien están organizadas políticamente no son escuchadas por las mayorías que tienen perjuicios en su contra, los que no pueden cambiar por sí solos.

Por tanto, debemos distinguir entre los diferentes problemas que pueden aquejar las minorías. Algunas no tienen voz, otras tienen serias dificultades intrínsecas para organizarse y otras aunque organizadas no son escuchadas por la mayoría al ser estereotipadas.¹²⁰¹ El rasgo común es que por distintas razones no pueden participar en condiciones de igualdad y las condiciones que se los impiden no pueden cambiarlas por sí solas.

2.2. Promover y garantizar la deliberación y participación en la esfera pública

En el apartado anterior repasamos algunas de las contribuciones que la justicia constitucional puede hacer al procedimiento de deliberación parlamentaria. Ahora toca pensar en las contribuciones que puede hacer para vitalizar el proceso comunicativo en la esfera pública, como base de la legitimidad democrática y realización del autogobierno¹²⁰². En efecto, un procedimiento parlamentario público

¹²⁰¹ No descarto la posibilidad de que una minoría sufra de los tres problemas.

¹²⁰² Robert Post, *Citizens Divided*, *op. cit.*, p. 5, 36, 38, 41.

sin una esfera pública serviría solo para dotarlo de prestigio pero no de legitimidad.¹²⁰³

La idea de esfera pública se refiere a la deliberación crítica entre individuos y grupos sobre cuestiones de interés general que genera una opinión pública. La opinión pública tiene como tarea criticar y controlar formal (elecciones) e informalmente el ejercicio del poder estatal.¹²⁰⁴ Aunque también puede ser objeto de manipulación en beneficio de personas, instituciones, consumidores o programas¹²⁰⁵. En la esfera pública puede haber tantos públicos como asuntos controvertidos.¹²⁰⁶

2.2.1. Igualar las oportunidades para participar discursivamente en el debate público.

De acuerdo con Manin uno de los principios que definían la democracia en Atenas era el de isegoría, según el cual todo aquél que quisiera hablar y hacer propuestas en la Asamblea tenía la misma posibilidad de hacerlo.¹²⁰⁷ En nuestros tiempos, este ideal se traduce en la posibilidad de participar en condiciones de igualdad en la esfera pública con el fin de influir a los otros ciudadanos y conformar la opinión pública o comunicar algo a los representantes.

Es cierto que la justicia constitucional no puede asegurarnos que todos tengamos el mismo nivel de influencia en los demás o en la conformación de la opinión pública, pero sí puede reducir la desigualdad de oportunidades para hacerlo en atención al derecho de igualdad política, “según el cual todos los ciudadanos deben poder participar en condiciones de igualdad en el autogobierno de su

¹²⁰³ Jürgen Habermas, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)”, *op. cit.*, p. 119.

¹²⁰⁴ *Ibid.*, p. 114 y 115.

¹²⁰⁵ Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, MIT Press, 1991, p. 200, 236.

¹²⁰⁶ Seyla Benhabib, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, en Craig Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, MIT University Press, 1992, p. 87. En el mismo sentido Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, *op. cit.*, p. 122-128.

¹²⁰⁷ Bernard Manin, *The principles of representative government*, *op. cit.*, p. 30, 31. , 38.

comunidad”¹²⁰⁸. En otras palabras, debe preservar la igualdad de oportunidades de expresión, más no igualar la eficacia de los distintos tipos de expresión.¹²⁰⁹

De especial importancia es que los jueces sirvan para garantizar que los poderes económicos y sociales no distorsionen los canales de comunicación entre la esfera pública y los poderes democráticos¹²¹⁰. En efecto, en la medida en que los candidatos necesitan hacerse conocer y para ello necesitan dinero y exposición en los medios de comunicación, es posible esperar que éstos apelen a ellos y se inclinen por favorecer sus intereses una vez electos.¹²¹¹ En esa medida, por ejemplo, es necesario establecer topes a las contribuciones privadas a las campañas y regular el papel de los medios de comunicación en tiempos electorales, pues de lo contrario sería el poder del dinero el que defina quienes serán los representantes más atractivos, violando la igualdad de oportunidades para influir en los demás.¹²¹²

2.2.2. Promover la deliberación en asuntos controvertidos.

De acuerdo con Nino, la justicia constitucional de la democracia deliberativa tiene como fin incentivar el diálogo y mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y De acuerdo con Nino la justicia de toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas¹²¹³.

En mi opinión, la promoción intencionada del diálogo es imperiosa cuando existe un fuerte desacuerdo sobre lo que la constitución exige. En qué medida

¹²⁰⁸ José Luis Martí, *La República Deliberativa*, op. cit., p. 262.

¹²⁰⁹ Nadia Urbinati, “Free Speech as the Citizen’s Right”, *Citizens Divided, Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014, p. 136, 137, 139. Sobre el tema también Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, op. cit., p. 227.

¹²¹⁰ Christopher F. Zurn, “A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review”, op. cit., p. 443.

¹²¹¹ Bernard Manin, *The principles of representative government*, op. cit., p. 144.

¹²¹² *Ibid.*, p. 159.

¹²¹³ Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., p. 293. Según Kramer, esta forma de concebir al control judicial empezó a gestarse desde 1790, cuando se divisó a este como otro mecanismo que haría prevalecer “la razón” en la discusión pública, al agregar otra voz capaz de promover la deliberación constitucional. Sin que con ello, por cierto, se quitara al pueblo la última palabra. Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, op. cit., p. 114.

existen esos desacuerdos es una cuestión subjetiva, pues mientras hay autores como Alexy que consideran que en todas las áreas de la constitución existen abundantes supuestos pacíficos¹²¹⁴, otros pensamos que nos los hay tantos. En este sentido, no se trata de establecer a priori una serie de supuestos en los que dicho impulso resulta adecuado, pues estimo que esa es una empresa destinada al fracaso. Lo importante es que para arribar a su conclusión establezcan un discurso (horizontal) en varios niveles con el legislador, la opinión pública y la ciencia¹²¹⁵.

Lo anterior no equivale a decir que en caso de cuestiones controvertidas la decisión deba ser dejada en manos de la política, mientras que las pacíficas deban ser definidas por los jueces¹²¹⁶. Lo que quiero manifestar es que tratándose de asuntos constitucionales en los que tenemos desacuerdos profundos¹²¹⁷, el juez debe procurar incentivar un diálogo entre los otros actores constitucionales a fin de intentar obtener, en un momento determinado, la mejor respuesta posible¹²¹⁸. De la misma manera que si el juez estima que hay una interpretación constitucional que ha prevalecido durante un largo período, debe poner de manifiesto a la ciudadanía que una nueva ley se desvía profundamente de ésta y que es necesario el desarrollo de un nuevo debate en la esfera pública¹²¹⁹.

Es verdad que esta propuesta parece presentar una contradicción con la filosofía de un juez deliberativo, en tanto la decisión sobre la existencia o no del desacuerdo queda (aparentemente) sólo en sus manos. Sin embargo, esto no es exactamente así. En primer lugar, porque los jueces viven ese desacuerdo al igual que todos y son capaces de percibirlo. Pero también porque a través de diferentes

¹²¹⁴ Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *op. cit.*, p. 46.

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. 47. He agregado entre paréntesis la palabra “horizontal” para enfatizar que debe tratarse, por lo menos, según la teoría deliberativa, de un discurso en posición de igualdad de los participantes. Contrario a lo que sucede con un discurso “vertical”.

¹²¹⁶ *Id.*, p. 47.

¹²¹⁷ Lo que no sucede, por ejemplo, con la pena de muerte en Europa o con las reglas establecidas en términos específicos y categóricos. Sobre este último punto véase Víctor Ferreres Comella, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, *op. cit.*, p. 15.

¹²¹⁸ Aulis Aarnio, “La tesis de la única repuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *op. cit.*, pp. 36. Esto no significa que efectivamente se obtenga la “mejor interpretación”, sino que buscan obtenerla.

¹²¹⁹ Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 127.

medios pueden conocer lo que opinan los diferentes actores constitucionales, como son las audiencias públicas, los *amicus curiae*, las respuestas del legislador ordinario a sus sentencias, etc. En cualquier caso, es importante hacer notar que estamos ante supuestos en los que el juez actúa intencionadamente como un motor de discusión, pues habrá ocasiones en que sin buscarlo también promueva el diálogo.¹²²⁰

De este modo, la justicia constitucional puede ser un medio de promoción del debate popular sobre el sentido de la Constitución, que nos ayude como demos a tomar decisiones basadas en procesos deliberativos más robustos.

2.2.3. Fortalecer el debate en tiempos electorales.

Como sabemos, la base del sistema representativo está en la celebración de elecciones periódicas.¹²²¹ Ahí donde los tribunales tienen la función de garantizar las condiciones equitativas de la contienda electoral, se abre la posibilidad de que estos sirvan para promover la deliberación pública en tiempos electorales¹²²², pues la campaña electoral es un momento idóneo para una amplia comunicación entre representantes y representados, entre partidos y sociedad¹²²³.

Este es el caso, por ejemplo, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mexicano, órgano encargado de garantizar la constitucionalidad de las elecciones y que en las últimas elecciones presidenciales dejó pasar una gran oportunidad para incentivar la discusión entre los entonces candidatos a la

¹²²⁰ Así, por ejemplo, Friedman considera que éste es una consecuencia inevitable de una decisión importante o controvertida. Barry Friedman, "The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review", *op. cit.*, p. 1296.

¹²²¹ Bernard Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997, p. 6.

¹²²² Función que presupone que los jueces son imparciales. Sin embargo, como bien se hizo manifiesto en el caso *Bush v. Gore* los jueces también tienen preferencias políticas que ponen en duda la imagen de tercero imparcial. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, "Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica", *op. cit.*, p. 372 y 373.

¹²²³ Manuel Aragón Reyes, "Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio", *op. cit.*, p. 23. Sobre la importancia de la preparación de elecciones y el proceso electoral para el análisis de la esfera pública véase Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, *op. cit.*, p. 210, 211.

presidencia, dejando en manos del mercado y de los propios candidatos la organización de los debates entre los contendientes. En efecto, ante la petición de uno de los candidatos a la presidencia de realizar doce debates temáticos, confirmó la negativa del entonces Instituto Federal Electoral de no organizar más de los dos previstos en el art. 70 de la Ley Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Asimismo, ratificó la negativa del mismo Instituto de solicitar a la Secretaría de Gobernación una cadena nacional para la transmisión del primero de los debates, en tanto una de las principales cadenas de televisión había dispuesto transmitir a la misma hora del debate un partido de fútbol. A través de estas decisiones el Tribunal Electoral decidió dar primacía a los medios de comunicación de masas y a las estrategias publicistas que bajan el nivel discursivo del circuito de comunicación pública en lugar de elevarlo¹²²⁴, contribuyendo a que el voto sea solo un acto de aclamación y no el acto que concluye una controversia continua entre argumentos y contraargumentos¹²²⁵.

2.2.4. Proveer de argumentos y convertir problemas en asuntos públicos.

Como ya hemos visto, la justicia constitucional puede enriquecer la deliberación parlamentaria mediante argumentos no tomados en cuenta o proveyendo de nuevas perspectivas, etc. Lo mismo sucede con la deliberación pública, pues los jueces pueden contribuir con argumentos y puntos de vista novedosos a la esfera pública.

Por otro lado, en tanto la lucha por incluir temas en la agenda es una lucha por la justicia y la libertad,¹²²⁶ los jueces pueden identificar problemas que no pueden convertirse en públicos por la distribución imperante del poder y abogar por

¹²²⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 461. Sobre los perniciosos efectos que ha tenido la publicidad para la esfera pública véase Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Shpere*, *op. cit.*, pp. 181-235.

¹²²⁵ Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Shpere*, *op. cit.*, p. 212, 222.

¹²²⁶ Seyla Benhabib, “ Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, *op. cit.*, p. 79. Benhabib menciona como ejemplos la lucha por la inclusión en la esfera pública de las relaciones sobre la propiedad, la familia y la esfera privada, relaciones colectivas.

su inclusión en la esfera pública¹²²⁷. Es decir, sacarlos del ámbito privado para introducirlos en la disputa pública. Asimismo, pueden redefinir asuntos que se consideran “privados” como públicos y, por tanto, necesitados de ser discutidos públicamente.¹²²⁸ De especial relevancia es hacer públicas las desigualdades sociales de diversos tipos que en muchas ocasiones se consideran como cuestiones privadas.¹²²⁹

Es cierto que los jueces por si solos no pueden redefinir algo privado como público pues no es una tarea unilateral, sino que la definición queda en manos de todos los participantes en la esfera pública.¹²³⁰ El punto es que los jueces tienen herramientas eficaces para intentarlo.

3. Remedios que tienen los tribunales en sus manos para lograr su cometido deliberativo.

Para el logro de las tareas enumeradas anteriormente los tribunales constitucionales tienen en sus manos diferentes instrumentos, entre los que pueden escoger discrecionalmente. El uso que hagan de éstos dependerá del conflicto que deben resolver, del vicio “deliberativo” que se quiera subsanar y del mensaje que quieran comunicar a los otros actores¹²³¹, buscando en la medida de lo posible que sea el legislador quien remedie sus errores. En otras palabras, el tipo de remedio que los tribunales escojan debe hacerse con el fin inmediato de solucionar el conflicto constitucional que tienen enfrente, pero entendiendo que son copartícipes

¹²²⁷ Seyla Benhabib, “Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation”, *op. cit.*, p. 154.

¹²²⁸ Seyla Benhabib, “ Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, *op. cit.*, p. 84.

¹²²⁹ Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, *op. cit.*, p. 120.

¹²³⁰ *Ibid.*, p. 129.

¹²³¹ Sobre las decisiones jurídicas como actos de habla, por ejemplo, la constitución como un acto de habla del constituyente, la legislación como un acto de habla del legislador, etc. véase Gregorio Robles Morchon, *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Trotta, 2009, p. 56.

en un proceso deliberativo más amplio y continuo sobre la interpretación y aplicación de la Constitución.¹²³²

Así, puede implementar medidas comunicativas tales como obligar al Congreso a repensar una norma sin imponer una solución concreta, establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite sin decidir un remedio particular, y/o sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas dejando la decisión final en sus manos¹²³³. Por ejemplo, tratándose de reformas estructurales, pueden forzar a los otros poderes a tomar cartas en el asunto y llegar a una solución consensuada a través de un diálogo inclusivo, o en el caso de omisiones legislativas, emitir una sentencia apelativa en la que se increpe al legislador a cumplir su función.

Ahora bien, si estas medidas no son efectivas, pueden optar por integrar la disposición a través de la analogía o extender su ámbito de aplicación; reducir su ámbito de aplicación, sea excluyendo uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto en el enunciado legal, o negando la pretensión de aplicación incondicionada que para determinado supuesto la regla ostenta¹²³⁴. Incluso pueden apercibir al legislador de una futura declaración de inconstitucionalidad; declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, con o sin mandato de tiempo y/o modo al legislador; reconocer la inconstitucionalidad de la disposición posponiendo su declaración; o dictar la inconstitucionalidad con nulidad¹²³⁵.

Ahora bien, este listado de soluciones comunicativas y coercitivas no es rígido ni existe un escala entre ellos, como sí se concibe por otras teorías de

¹²³² Hasta donde tengo conocimiento la selección del tipo de remedio suele ser una decisión discrecional en la mayoría de los sistemas constitucionales.

¹²³³ Roberto Gargarella, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales”, *op. cit.*, p. 22-26.

¹²³⁴ Javier Jiménez Campo, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *op. cit.*, pp. 45-50.

¹²³⁵ *Ibid.*, pp. 53-72. La declaración de inconstitucionalidad con nulidad es una medida fuerte pues expulsa la ley del sistema jurídico, que impide que el tribunal pueda recuperar dicha ley en caso de que considere que ha cometido un error de apreciación en el futuro. Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 204. Sobre la utilización de estas medidas tratándose de derechos sociales, véase Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: Por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa, 2000, pp. 125, 130, 131.

remedios constitucionales. En efecto, de acuerdo con la teoría que Fish denomina la “limitante editorial”, entre menos agresivo sea el remedio, mejor. Así, por ejemplo, la interpretación conforme resulta el remedio más adecuado pues exige menos edición, mientras que declarar la inconstitucionalidad de un supuesto de aplicación o la invalidez de una norma requiere un poder editorial fuerte, y más aún cuando se adiciona lenguaje al texto.¹²³⁶

En este sentido, creo poder señalar que la justicia constitucional deliberativa no evade el compromiso del Estado constitucional con la protección de los derechos fundamentales. Sino que implementa medidas que incitan y enriquecen el debate sobre su contenido, colaborando con u obligando a los poderes políticos a tomárselos en serio¹²³⁷. De esta forma, “colabora en la formación y consolidación de una cultura constitucional que influye en los más variados ámbitos de la vida en sociedad y que, necesariamente, condiciona el comportamiento del poder público en cualquier terreno de actividad”¹²³⁸.

La diferencia de esta propuesta con los modelos fuertes de control constitucional es que utiliza sus herramientas (declaración de inconstitucionalidad con nulidad, inconstitucionalidad sin nulidad, inconstitucionalidad con nulidad aplazada, sentencias interpretativas, apelativas, manipulativas, etc.) atendiendo al tipo de faltas deliberativas en que incurren los otros poderes¹²³⁹, con el fin de que

¹²³⁶ En original es “editorial restraint”, Eric S. Fish, “Choosing Constitutional Remedies”, *UCLA Law Review* (en prensa), p. 4. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2579113 Fish critica esta forma de acercarse a los remedios constitucionales y propone otra que denomina la “preservación del propósito del legislador”.

¹²³⁷ En este sentido, mi tesis no busca que el argumento de respeto a la voluntad mayoritaria se utilice como forma de complicidad entre poderes. Véase Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: Por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, *op. cit.*, p. 133.

¹²³⁸ Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, *op. cit.*, pp. 60 y 61.

¹²³⁹ Como explica Jiménez Campo “la inconstitucionalidad de la ley es una expresión bajo la que cobijamos realidades diversas, diversidad que no sólo procede del distinto modo en que una regla legal puede entrar en contradicción con la Constitución, sino también de otros factores, como son, en especial, el carácter de la ley inconstitucional o el tipo de vicio que la afecta.” Javier Jiménez Campo, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *op. cit.*, p. 62. En relación con este punto, considero que Ferreres se equivoca cuando afirma que en tanto la autoridad de los tribunales constitucionales para fiscalizar la validez de las leyes está fundada explícitamente en la propia Constitución, pueden ir más allá del control débil, es decir, pueden invalidar leyes aun cuando no fueran evidentemente inconstitucionales. Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de*

sea el propio pueblo a través de sus representantes, en la mayor medida posible, quien defina en qué consisten esos compromisos¹²⁴⁰. Esto es así, pues aun cuando se puede reconocer que los tribunales tienen la capacidad de aportar algo en beneficio de la democracia deliberativa, “desde el punto de vista del ideal participativo, importa no sólo la deliberación, por más argumentativa que ésta sea, sino quién toma finalmente la decisión”¹²⁴¹. Sobre todo en un contexto en el que existe un pluralismo razonable sobre la interpretación de la Constitución y en el que se toma en serio el ideal del autogobierno colectivo.

En ese sentido, la respuesta al planteamiento que nos hace Ferreres respecto a “¿Qué sentido tendría establecer un órgano cuyo cometido primordial es controlar la validez de las leyes, si al final resulta que ese órgano casi nunca invalida una ley?”¹²⁴² Es que sí tiene mucho sentido, pues el hecho de que los tribunales constitucionales hayan sido creados con el propósito de controlar las leyes, no nos lleva a concluir que una parte significativa de las leyes impugnadas deben ser declaradas total o parcialmente inconstitucionales¹²⁴³. Como ya he mencionado, para una justicia constitucional deliberativa la forma de hacer efectivos los derechos fundamentales no pasa necesariamente por el activismo judicial.

Desde mi perspectiva, éste es el ideal que debe guiar el control judicial de constitucionalidad, como punto intermedio entre los extremos de supremacía legislativa y supremacía judicial, pues refleja la relación compleja entre una democracia deliberativa y el reconocimiento de derechos fundamentales¹²⁴⁴.

constitucionalidad, *op. cit.*, p. 94. En mi opinión, el tipo de control que se lleve a cabo, sea fuerte o débil, no tiene una conexión necesaria con la previsión o no del control judicial en la Constitución, pues como afirmé en un principio, esta circunstancia no nos asegura el carácter democrático de su funcionamiento.

¹²⁴⁰ Según Sunstein el principal objetivo de una Constitución es crear las precondiciones para un orden democrático funcional, en el que los ciudadanos pueden gobernarse a sí mismos. Cass Sunstein, “Introduction”, *Designing Democracy What Constitutions Do*, *op. cit.*, p. 6.

¹²⁴¹ Diego Moreno Rodríguez Alcalá, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, *op. cit.*, p. 129 y 396.

¹²⁴² Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, *op. cit.*, p. 130.

¹²⁴⁴ Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, p. 293.

VI. Conclusiones

Primera. Uno de los problemas centrales del control judicial de constitucionalidad radica en cómo el discurso de justificación y, por tanto, de creación del derecho que utilizan los tribunales constitucionales suele convertirse por decisión de los propios tribunales y con el apoyo de un sector de la doctrina en un discurso cerrado y monológico, en tanto buscan ser los intérpretes supremos. Los jueces han logrado este cometido a través de diferentes medios, entre los cuales están: a) utilizar cánones más agresivos de revisión de la actuación del legislador, disminuyendo su creatividad constitucional; b) reducir los espacios de decisión de los otros actores constitucionales, es decir, eliminando lo que se conoce como la división constitucional del trabajo, y c) establecer a través de su propia interpretación la vinculación de los otros poderes del Estado a su doctrina, lo que conlleva que sus interpretaciones no puedan ser revisadas.

Segunda. Es necesario distinguir entre la última palabra interpretativa y la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley. La última palabra interpretativa se refiere a quién tiene institucionalmente atribuida la palabra final dentro del proceso de interpretación constitucional, lo que se traduce en que su interpretación es vinculante para los otros actores constitucionales. Si un tribunal tiene atribuida la última palabra interpretativa la doctrina que dicte en cualquier proceso de su conocimiento, cuyo objeto sea o no el control de la ley, es vinculante para el legislador y/o el ejecutivo. Por su parte, la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley se refiere a quién tiene la facultad para decidir en último término sobre la adecuación o no de una ley a la constitución.

Tercera. En el modelo defendido en la tesis el tribunal constitucional conserva la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, pero no así sobre la interpretación de la constitución. Para decirlo claramente se trata de un modelo en el que nadie tiene la <decisión final> sobre la interpretación. Pues si bien el control judicial puede ayudar a enriquecer y fortalecer el proceso deliberativo, y sólo en esa

medida está justificado, ello no conlleva que se le deba atribuir institucionalmente la última palabra interpretativa.

Cuarta. La supremacía judicial ha sido sustentada por élites políticas e intelectuales que promueven una concepción de la democracia como un mecanismo para la selección de élites, en la que el elemento participativo debe ceder ante el principio representativo, ejercido por partidos cada vez más similares entre sí, y acompañado de una elevada presencia de expertos y técnicos en la gestión de lo público.

Quinta. La tendencia hacia la supremacía judicial no es una mera casualidad, sino que es deudora de una forma de concebir a la constitución y la función de los tribunales constitucionales en el Estado contemporáneo. En efecto, con motivo de la instauración de tribunales constitucionales después de la segunda postguerra y, en particular, del Tribunal Constitucional alemán como garante de la democracia y de un orden objetivo de valores se han difundido diversas teorías constitucionales de carácter progresista que han determinado el papel expansivo que tienen los jueces en una democracia

Sexta. Que sean los jueces los que definen en último término en qué se traducen nuestros compromisos constitucionales y, particularmente, los derechos fundamentales implica una serie de dificultades para un sistema democrático en tanto: a) el proceso judicial no trata igualmente la perspectiva de cada individuo; b) los jueces no tienen los incentivos suficientes para atender las opiniones de sus conciudadanos; c) la probabilidad de un desacuerdo razonable sobre temas constitucionales reduce seriamente las posibilidades de que algún tipo de uso público de la razón produzca convergencias hacia la solución correcta, como suelen argüir los partidarios de la supremacía judicial, y d) las ideas judiciales de la moralidad tienen las mismas posibilidades de ser tan diversas y falibles como las de los legisladores.

Séptima. Esta forma de institucionalizar jurídicamente las argumentaciones morales extiende indebidamente el poder de los jueces, pues aun suponiendo que se ha decidido dejar en sus manos la resolución de ciertos conflictos constitucionales, ello no implica que éstos tengan una autoridad superior para interpretar la constitución o para encontrar la verdad y, por tanto, sean renuentes al diálogo y su interpretación sea definitiva y vinculante para todos.

Octava. Los distintos argumentos que explícita o implícitamente sostienen el modelo de supremacía judicial son: a) la Constitución es una norma preponderantemente jurídica; b) la Constitución es una norma completa; c) los jueces son mejores intérpretes constitucionales, y d) el riesgo de la anarquía interpretativa.

Novena. El problema de concebir a la Constitución como una norma preponderantemente jurídica no es que las constituciones tengan carácter normativo, sino que se empieza a desconocer que son documentos fundacionales de la política con un alto voltaje político, y se dejan de lado las implicaciones políticas que tiene que sea el tribunal constitucional el que en última instancia sea el que la interpreta.

Décima. Es cierto que el parámetro de control es preexistente, pero menos cierto es que sea indisponible para el órgano de control, pues la vaguedad del lenguaje en que está escrita la Constitución le da amplios márgenes de maniobra, que hace que cuando intentamos extraer conclusiones prácticas de los catálogos de derechos comienzan a surgir diferencias profundas.

Décima primera. Es difícil sostener –como lo hace Rawls– que los jueces y, en particular, la corte suprema tiene una exigencia especial de actuar conforme a la razón pública y es el ejemplo de ello. Por tanto, es necesario atender cómo las deliberaciones y toma de decisiones están diseñadas, es decir, valorar si desde una concepción procedimental de la razón pública los jueces salen victoriosos.

Décima segunda. El argumento de la anarquía interpretativa parte de una premisa errónea al equiparar los diferentes fines a los que sirven la constitución y la ley. Mientras que la ley vale para cerrar la discusión sobre lo que debe hacerse, con el fin de evitar los conflictos que surgen cuando cada uno determina por sí mismo lo que es justo e injusto, la constitución deja abierta la discusión al prever principios abstractos e indeterminados. Por ello es que desde mi perspectiva, la función del juez como intérprete constitucional no puede ser la de terminar definitivamente la deliberación a través de sus sentencias -que el propio constituyente quiso dejar abierta-, sino la de promoverla.

Décima tercera. De acuerdo con el paradigma discursivo el sujeto no aparece como un mero observador sino que desempeña los papeles de hablante y oyente, lo cual presupone su <capacidad comunicativa>, es decir, la capacidad de los hablantes no ya sólo para producir o genera oraciones gramaticales bien formadas -siguiendo ciertas reglas-, sino también para comunicarse entre sí. El punto de partida para pensar un proyecto político de carácter democrático es el radical pluralismo cultural de las sociedades modernas. Este pluralismo refleja el desacuerdo que existe corrientemente no sólo sobre cuestiones acerca de la vida buena, sino también sobre cuestiones de justicia que abarcan a los derechos fundamentales.

Décima cuarta. La deliberación sirve para detectar errores de razonamiento, recordar a los demás cosas que han subestimado, aunar experiencias y recoger información, enriquecer las perspectivas de unos y otros, etc. A través de ella pueden transformarse las preferencias iniciales en otras más ricas, más matizadas y mejor informadas. Así, la deliberación nos permite: a) obtener información y b) llevar a cabo una reflexión crítica sobre nuestras opiniones y puntos de vista. Además, es la única fuente para una solidaridad entre extraños que hacen renuncia a la violencia y que, al regular cooperativamente su convivencia, se conceden también mutuamente el derecho de permanecer extraños los unos a los otros.

Décima quinta. Tratándose del discurso sobre derechos la teoría del discurso reconoce que los derechos tienen una textura intencionalmente abierta y que su contenido específico está sujeto a desacuerdos profundos y razonables. Los resultados que obtenemos de la interpretación de la constitución son normas sólo discursivamente posibles, pues la argumentación que se lleva a cabo no tiene un carácter concluyente y, por tanto, no puede hablarse de una fundamentación definitiva.

Décima sexta. La teoría discursiva propone el diseño de instituciones que propicien una discusión constitucional abierta, justa e igualitaria que permita que sean los mejores argumentos los que se impongan, pues es en los procedimientos jurídicamente institucionalizados de formación de la opinión y de la voluntad comunes sobre los que recae la carga de legitimación de producción del derecho. Conforme al paradigma discursivo una sociedad deliberante y un espacio público-político se sitúan por razones de legitimidad, en un primer plano.

Décima séptima. En los modelos dialógicos el proceso de interpretación se lleva a cabo a través de un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la última palabra, es decir, como una práctica racional y comunicativa en la que los jueces (pero no sólo ellos) escuchan y a la vez responden. Esta práctica implica considerar atenta y detenidamente los pros y contras de los motivos de una decisión, así como las razones para adoptarla. Es decir, se trata de un intercambio y valoración de razones sobre un curso de acción. En esa tesitura, el diálogo no sólo está enfocado en promover alternativamente la manifestación de ideas o afectos, sino en una deliberación políticamente relevante y efectiva en la que las razones constituyen la moneda de un intercambio discursivo, mediante el que se desempeñan pretensiones de validez susceptibles de crítica.

Décima octava. Para el paradigma abierto del proceso de interpretación constitucional, los tribunales son parte de un proceso político más amplio en el que las preferencias autointeresadas de las personas pueden formarse y transformarse

en otras orientadas a la satisfacción de los intereses comunes mediante la comunicación y el diálogo.

Décima novena. La deliberación constitucional involucra cuestiones pragmáticas, éticas y morales que requieren de la precisión y ponderación de fines colectivos, de la construcción y selección de estrategias aptas para la consecución de esos fines, así como de la configuración de valores y de programas que sean buenos para todos por igual.

Vigésima. Hay que distinguir entre fundamentación de normas, para lo cual se examina si los intereses son susceptibles de universalización, y aplicación de normas, para lo cual se analiza si se han tenido en cuenta de forma adecuada y completa todos los aspectos relevantes de una situación dada a la luz de reglas que pueden colisionar entre sí.

Vigésima primera. Es necesario recordar los distintos momentos en que se da la deliberación. A efectos didácticos podemos dividirlos en los siguientes: a) tiempos de revolución en los que se abandona una Constitución y se establece una nueva; b) tiempos de creación o reforma del texto constitucional en los que se adiciona su texto; c) tiempos de construcción política en los que las partes interesadas utilizan abiertamente argumentos políticos; d) tiempos de interpretación judicial donde se expresan argumentos jurídicos; y e) tiempos de elaboración de políticas públicas en los que se determinan las acciones de gobierno.

Vigésima segunda. Como sedes de deliberación tenemos el espacio público, el parlamento, las oficinas administrativas, los tribunales constitucionales, etc. En cuanto a los actores contamos con la sociedad civil conformada por sindicatos, organizaciones vecinales, iglesias, gremios profesionales, movimientos sociales; legisladores y partidos políticos, el Presidente, los jueces, etc.

Vigésima tercera. Si nos enfocamos en la justicia constitucional los tribunales pueden apreciarse como sedes, promotores, garantes o interlocutores en la deliberación antes, durante y después de la toma de decisión. La visión dialógica de los tribunales requiere de un juez “Pericles” que no pretende tener la única respuesta correcta y estima valiosa y necesaria la colaboración entre poderes y la participación ciudadana. O sea, un juez abierto al aprendizaje y comprometido con el cumplimiento de los derechos a través del respeto y enriquecimiento de los espacios de deliberación democrática.

Vigésima cuarta. Las teorías del diálogo pueden dividirse en teorías descriptivas y teorías normativas, y éstas últimas en teorías elitistas y teorías democráticas. Una de las teorías descriptivas surgió para describir la cláusula 33 de la Constitución canadiense que permite a los parlamentos blindar su legislación respecto a un examen por violación de derechos. Con esta previsión, se quita a los jueces la palabra final sobre la constitucionalidad de las leyes y obliga tanto a legisladores como a jueces a poner atención en lo que tienen que decir. Otra teoría descriptiva es la de Barry Friedman con la que busca justificar el control judicial en EE.UU., 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.

Vigésima quinta. Entre las teorías normativas están la teoría del diálogo judicial y el constitucionalismo popular. La teoría del diálogo judicial tiene un tinte elitista al enfocarse sólo en la interacción que se da entre los jueces nacionales e internacionales. Por el contrario, el dialogo judicial debe analizarse como una manifestación más del diálogo constitucional que se presenta todos los días en distintas sedes y en el que participan e interactúan una pluralidad de actores. Es decir, concibo a los tribunales como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas.

Vigésima sexta. Tratándose de la relación entre la CoIDH y la SCJN tenemos que la CADH y la Constitución Mexicana han establecido algún tipo de comunicación <<ex lege>>, pues han sido los propios ordenamientos los que obligan a tener en cuenta la jurisprudencia ajena y a reconocerse como interlocutoras. Hay dos resoluciones fundamentales para analizar la relación entre la Suprema Corte mexicana y la Corte Interamericana a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011. La primera es la resolución dictada en el expediente varios 912/2010 y la segunda resolución es la dictada en la contradicción de tesis 293/2011.

Vigésima séptima. El constitucionalismo popular es una teoría normativa del diálogo que se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la posición elitista de los jueces, aunque no todos los populares necesariamente son “anti-Corte” o “anti-control judicial”. El punto clave es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo. El constitucionalismo popular reconoce que el debate público sobre la Constitución se lleva a cabo con independencia de las interpretaciones judiciales o incluso en su contra. La Constitución obliga a todos los poderes de gobierno, sin que ninguno -incluido el poder judicial- tenga alguna autoridad especial sobre ella.

Vigésima octava. El tránsito a una justicia constitucional deliberativa requiere además de una teoría de la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo. Los partidarios de la teoría del diálogo tienen, al menos, dos preocupaciones a este respecto. Cómo diseñar el diálogo en el tribunal y el diálogo entre tribunales y poder legislativo durante el proceso y con posterioridad a la sentencia.

Vigésima novena. La idea de los procesos judiciales como instrumentos de participación política y los tribunales como sedes de diálogo han sido estudiadas por teóricos preocupados por el déficit democrático de la justicia constitucional, aun

cuando ambas vertientes están relacionadas, a mi entender tienen lógicas distintas. Mientras quienes ven a los procesos constitucionales como instrumentos de participación política buscan integrar a los excluidos del proceso político para que puedan deliberar con la administración y la legislatura, los que miran a los tribunales como sedes de diálogo buscan incluir más voces en los tribunales por razones epistémicas. Es cierto que un mismo autor puede sostener ambas posturas, pero debe quedar claro que la finalidad que se busca con la inclusión de voces es distinta.

Trigésima. Para que la participación en los procesos judiciales sea un mecanismo de participación política deben darse dos condiciones. Por un lado, que quienes participan en el proceso judicial sean los excluidos o los tratados sistemáticamente de manera desigual en el proceso político o quienes defienden sus intereses. En segundo lugar, para que la intervención en un proceso judicial sea un mecanismo de participación política es necesario poder deliberar e intentar influir en las instituciones que toman las decisiones. Naturalmente en todos los procesos judiciales se dialoga más o menos con los jueces, por lo que no es esta característica la que lo hace un mecanismo de participación política. Lo que la participación política exige es que el diálogo se dé con la administración o el poder legislativo.

Trigésima primera. En contextos en los que los tribunales pueden controlar el actuar de la administración e invalidar leyes bajo un parámetro muy amplio y a través de diversas vías procesales, la justicia constitucional se convierte en un foro privilegiado para el diálogo constitucional. El diálogo en los tribunales constitucionales puede darse en las distintas fases del proceso y entre diversos participantes. Lo más común es que a lo largo del proceso y antes de dictar sentencia el diálogo se entable entre los jueces y participantes en el proceso, ya sean los sujetos legitimados para intervenir u otros sujetos que hayan concurrido o fueron llamados al juicio. Pero una vez que se llega a la etapa de dictar sentencia, entonces el diálogo se reduce a los jueces que son los que toman la decisión. Asimismo, no debemos olvidar que de manera paralela al diálogo que se desarrolla

en el tribunal puede presentarse un diálogo entre jueces y otros interlocutores que no participan en el proceso, por ejemplo, con los medios de comunicación. Un ejemplo destacado de como los procesos judiciales se convierten en mecanismos de participación política y los tribunales en sedes de diálogo entre la administración y los afectados son los casos de litigio estructural.

Trigésima segunda. Tratándose del diálogo interorgánico se analizan dos vías dialécticas como son el procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo mexicano y las respuestas legislativas ordinarias a las declaratorias de inconstitucionalidad. El procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad establece un procedimiento en el que se dan varias declaratorias con efectos particulares intercalados con avisos al legislador antes de que el Pleno de la Suprema Corte se planteé la posibilidad de hacer la declaratoria general, lo que permite un diálogo entre ésta y los poderes legislativos de la federación y de los Estados.

Trigésima tercera. Uno de los argumentos más utilizados por los defensores del control judicial fuerte para sostener la viabilidad del diálogo en de sistemas de control judicial fuerte, se refiere a la eventualidad de que el legislador revierta las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley a través de una reforma constitucional. Sin embargo, los altos costos políticos que esta solución implica y la propia dificultad que conlleva reformar la Constitución, hacen muy improbable que esto suceda, por lo que se corre el riesgo de cerrar la deliberación una vez que se ha dictado sentencia. Por ello y por sus bondades democráticas se defienden las respuestas legislativas ordinarias a las declaratorias de inconstitucionalidad, consistentes en que el legislador actúe de nuevo (responda) aprobando una ley de contenido similar (o incluso idéntico) al que fue declarado inconstitucional.

Trigésima cuarta. La viabilidad de las respuestas legislativas ordinarias a las declaratorias de inconstitucionalidad implica el análisis de categorías previstas en

el derecho positivo como los efectos generales o *erga omnes* de las sentencias, la fuerza vinculante de las sentencias y su alcance sobre la doctrina y/o el *decisium*, así como el carácter de intérprete supremo del Tribunal Constitucional. De un análisis de estas cuestiones, concluyo que en el sistema jurídico español es viable sostener la posibilidad de respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad que haga el Tribunal Constitucional. Por su parte, a la luz del derecho positivo mexicano es posible sostener con mayor contundencia la viabilidad de respuestas legislativas tanto a las declaratorias de inconstitucionalidad dictadas en acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales como en el juicio de amparo indirecto.

Trigésima quinta. La justificación de la justicia constitucional (siempre sin supremacía judicial) en una democracia deliberativa está condicionada a los aportes que haga al proceso de deliberación, incluyendo aquél que se lleva a cabo en el espacio público informal, pues la formación discursiva de la opinión y de la voluntad en modo alguno se restringe a los parlamentos. Hay que distinguir entre los aportes que la justicia constitucional puede hacer a la deliberación parlamentaria, a la que se da fuera del parlamento, y a los esfuerzos que puede hacer para servir como canal de comunicación entre la deliberación que se da fuera del parlamento con la que se da entre muros.

Trigésima sexta. Los aportes a la deliberación parlamentaria consisten en hacer que legislen, garantizar una deliberación parlamentaria efectiva, representativa y democrática, pública, libre y en condiciones de igualdad; enriquecer la deliberación al ser un foro para la expresión y un canal de comunicación de argumentos que de otra manera serían ignorados; evaluar argumentos y pruebas ya considerados en sede parlamentaria, y proveer de nuevos argumentos. Por otro lado, la promoción y garantía de la deliberación y participación en la esfera pública se traduce en igualar las oportunidades para participar discursivamente en el debate público, promover la deliberación en asuntos controvertidos, fortalecer el debate en tiempos electorales, y proveer de argumentos y convertir problemas en asuntos públicos.

Trigésima séptima. Para el logro de los aportes a la democracia deliberativa, los tribunales constitucionales tienen en sus manos diferentes instrumentos, entre los que pueden escoger discrecionalmente. El uso que hagan de éstos dependerá del conflicto que deben resolver, del vicio “deliberativo” que se quiera subsanar y del mensaje que quieran comunicar a los otros actores, buscando en la medida de lo posible que sea el legislador quien remedie sus errores.

Trigésima octava. Los tribunales puede implementar medidas comunicativas tales como obligar al Congreso a repensar una norma sin imponer una solución concreta, establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite sin decidir un remedio particular, y/o sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas dejando la decisión final en sus manos. Ahora bien, si estas medidas no son efectivas, pueden optar por integrar la disposición a través de la analogía o extender su ámbito de aplicación; reducir su ámbito de aplicación, sea excluyendo uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto en el enunciado legal, o negando la pretensión de aplicación incondicionada que para determinado supuesto la regla ostenta. Incluso pueden apercibir al legislador de una futura declaración de inconstitucionalidad; declarar la inconstitucionalidad sin nulidad, con o sin mandato de tiempo y/o modo al legislador; reconocer la inconstitucionalidad de la disposición posponiendo su declaración; o dictar la inconstitucionalidad con nulidad.

Bibliografía

Aarnio, Aulis, "La tesis de la única repuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa*, No 8, 1990.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Abramovich, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, No especial 1, 2007.

Ackerman, Bruce, "Why Dialogue?", *Journal of Philosophy*, vol. 86, núm. 1, 1989.

_____, "Beyond Carolene Products", *Harvard Law Review*, Vol. 98, núm. 4.

Ahumada, Ma. Ángeles, "Neoconstitucionalismo y constitucionalismo", en Paolo Comanducci, Ma. Ángeles Ahumada, Daniel González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Ahumada, Ruiz Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, Aranzadi, 2005.

_____, "City of Boerne v. Flores: La importancia del <<candor judicial>>", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, núm. 54, 1998.

Alexander, Larry y Solum, Lawrence B., "Popular? Constitutionalism?", *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005.

Alexander, Larry y Schauer, Frederick, "Defending judicial supremacy: A reply", *Constitutional Commentary*, Vol. 17, 2000.

_____, "On extrajudicial constitutional interpretation", *Harvard Law Review*, Vol. 110, 1997.

Alexander, Larry y Solum, Lawrence B., "Popular? Constitutionalism?" *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005.

Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2009.

_____, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2007.

_____, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 2005.

_____, “Justicia como corrección”, *Doxa* 26, 2003.

_____, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002.

Allan, T.R.S., “Democracy, Legality, and Proportionality”, en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Alterio, Micaela, *Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales*, Tesis de Doctorado leída en la Universidad Carlos III de Madrid, 2015, disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21151/alterio-am-tesis.pdf?sequence=1>

_____, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, enero-diciembre 2014.

Antaki, Mark, “The Rationalism of Proportionality’s Culture of Justification”, en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.

_____, “Democracia y representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio”, en J. Jesús Orozco Henríquez (comp.), *Democracia y Representación en el umbral del Siglo XXI Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1999.

Atienza, Manuel y Manero, Juan Ruiz, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.

Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos, Homenaje a Joaquín Ruiz Giménez*, núm. 4, 1986-87.

Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, traducción de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 10ª ed., 2011.

Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.

Balkin, Jack M., "Populism and Progressivism as Constitutional Categories", *Yale Law Journal*, Vol. 104, 1995.

Balkin, Jack M. y Levinson, Sanford, "Understanding the Constitutional Revolution", *Virginia Law Review*, Vol. 87, núm. 6, 2001.

Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Marcial Pons, 2004.

Barron, Anne, "Derecho como discurso", en Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Nuñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia y Teoría del Derecho*, México, UNAM, Vol. 1, 2015.

Bassols Coma, Martín, *El Tribunal de las Garantías Constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Madrid, BOE, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Bateup, Christine, "Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective", *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, 2007.

Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

_____, "Derechos, democracia y constitución", en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Beim, Deborah, "Learning in the Judicial Hierarchy", 2013, Disponible en: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Beim%20Learning%20in%20the%20Judicial%20Hierarchy_7_2013.pdf

Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, trad. de Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Benhabib, Seyla, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy", *Constellations*, vol. 1, núm. 1, 1994.

_____, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, en Craig Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, MIT University Press, 1992.

_____, “Liberal Dialogue Versus a Critical Theory of Discursive Legitimation”, en Nancy L. Rosenblum (ed.) *Liberalism and Moral Life*, Massachusetts, Harvard University Press, 1989.

Benvenisti, Eyal y Downs, George W., “Prospects for the Increased Independence of International Tribunals”, en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, 2012.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Biglino, Paloma, “Parlamento, Principio Democrático y Justicia Constitucional”, *Revista de Derecho*, Vol. X XII, agosto 2001.

Binder, Christian, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, 2012.

Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, “On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking”, *German Law Journal*, Vol. 12, núm. 5.

_____, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, 2012.

Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.

Brown, Eric, “Rawls and the Duty of Civility”, en S. Gorman (ed.), *Locations of the Political*, IWM Junior Visiting Fellows Conferences, Vol. 15, 2003.

Bustos Gisbert, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto 2012.

Carbonell, Miguel, “Las sentencias de la Suprema Corte: Una reflexión y un caso concreto”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y César de Jesús Molina Suárez

(coordinadores), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.

_____, “Los guardianes de las promesas. Poder Judicial y democracia en México”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre 2004.

Carpenter, Dale, “Judicial supremacy and its discontents”, *Constitutional Commentary*, Vol. 20, No. 2, 2003-2004.

Cascajo, José Luis, “Constitución e interpretación constitucional”, *Claves de la razón práctica*, núm. 138, 2003.

Chemerinsky, Erwin, “In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2004, No. 3, 2004.

Chayes, Abram, “The role of the judge in public law litigation”, *Harvard Law Review*, Vol. 89, 1976.

Christiansen, Eric, “Using constitutional adjudication to remedy socio-economic injustice: Comparative lesson from South Africa”, *Journal of International Law & Foreign Affairs*, Vol. 13, núm. 2, 2008.

Clérico, Laura, “Tendencias argumentativas jurisprudenciales en materia de igualdad en América Latina y el Caribe: más del principio antidiscriminatorio, la igualdad como no-dominación desde la perspectiva de la redistribución y el reconocimiento”, ponencia presentada en el Instituto Max Planck para Derecho Internacional Público y Derecho Público Comparado en el Seminario Justicia Constitucional y diálogo jurisdiccional, Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, celebrado el 24 y 25 de noviembre de 2011.

Cohen, Joshua, “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en Alan Hamlin and Phillip Petit (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, New York, Blackwell, 1989.

Colker, Ruth y Brudney, James J., “Dissing Congress”, *Michigan Law Review*, Vol. 80, 2001-2002.

Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.

Cover, Robert M. y Aleinikoff T., Alexander, “Dialectical Federalism: Habeas Corpus and the Court”, *Yale Law Journal*, Vol. 86, 1977.

De la Cueva Aleu, Ignacio, "Comentario al artículo 38.1 LOTC", en Juan José González Rivas (director-coordinador) *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, La Ley, 2010.

De Otto, Ignacio, *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

_____, "La creación de derecho por los jueces", en *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.

De vega, Pedro, "Significado de la representación política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, marzo-abril 1985.

_____, "El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, 1985.

Den Otter, Ronald C., *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*, USA, Cambridge University Press, 2009.

Devins, Neal, "The D'Oh! of Popular Constitutionalism", *Michigan Law Review*, Vol. 105, 2006-2007.

_____, "Tom Delay: Popular Constitutionalist?", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, 2006.

Dixon, Rosalind, "The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference", *Osgoode Hall Law Journal*, No. 47, 2009.

_____, "Creating dialogue about socio-economic Rights: Strong v. weak-form judicial review revisited", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, núm. 3, 2007.

Dixon, Rosalind y Stone, Adrienne, "Constitutional Amendment and Political Constitutionalism: A Philosophical and Comparative Reflection", en David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016.

Dor, Gal y Hofnung, Meanachem, "Litigation as Political Participation", *Israel studies*, Vol. II, núm. 2.

Dworkin, Ronald, *JUSTICE IN ROBES*, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2008.

_____, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en Harold Hong Ju y Ronald C. Style (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2008.

_____, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Gustavino, Madrid, Ariel, 2002.

_____, *Freedom’s Law The Moral Reading of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1996.

_____, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1986.

_____, “Rights as trumps”, en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*, Oxford University Press, New York, 1984.

_____, “The model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 14.

Dyzenhaus, David, “The idea of a constitution: a plea for statsrechtstehre”, en David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016.

_____, “Proportionality and Deference in a Culture of Justification”, en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Edwards, Harry T., “The effects of collegiality on judicial decision making”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 151, núm. 5, 2003.

Ekins, Richard, “Legislating Proportionately”, Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, trad. Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, 1997.

Eskridge, William N. y Ferejohn, John, “Constitutional Horticulture: Deliberation-Respecting Judicial Review”, *Texas Law Review*, Vol. 87, 2009.

Fallon, Richard H., “The core of an uneasy case for judicial review”, *Harvard Law Review*, Vol. 121, No. 7, 2008.

Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice”, en Wojciech

Sadurski (ed.), *Constitutional Justice, East and West*, Great Britain, Kluwer Law International, 2002.

Ferejohn, John, "Judicializing Politics, Politicizing Law" *Law and Contemporary Problems*, Vol. 65, núm. 3, 2002.

Fernández Miranda, Alfonso, "En torno al concepto de constitución", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados, TC, UCM, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, 2002.

Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, t. I, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Principio iuris*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez et. al., Teoría del derecho, Madrid, Trotta, 2011.

_____, "Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción", *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 15-16, 2010.

_____, "Jurisdicción y democracia", en Miguel Carbonell (editor), *democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

_____, *Derechos y garantías La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 5ª ed., 2006.

Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, "Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Año XV, 2009.

_____, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso "Ley de Medios"*, México, IIJ-UNAM, 2009.

Ferreres Comella, Víctor, "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas", en *Jurisdicción constitucional y democracia*, Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

_____, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

_____, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, No. 23, 2000.

_____, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Fish, Eric S., "Choosing Constitutional Remedies", *UCLA Law Review* (en prensa). Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2579113

Fiss, Owen, "The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, Vol. 93, 1979-1980.

Fix Fierro, Héctor, "La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994", en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica. La Reforma Constitucional en México y Argentina*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, IJ UNAM, Corte de Constitucionalidad República de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1996.

Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, 2003.

Forst, Rainer, *The right to justification*, New York, Columbia University Press, 2012.

_____, "Civil Society", *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, en Robert E. Goodin *et. al.* (eds.), Oxford, Blackwell, 2a. ed., Vol. II, 2012.

_____, "The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy", *Ratio Juris*, Vol. 14, núm. 4, diciembre 2001.

Fossas Espadaler Enric, "El Estatuto tras la sentencia", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm 27, 2011.

Fraser, Nancy, "Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy, en Craig Calhoun, Habermas and the Public Sphere, MIT University Press, 1992.

Friedman, Barry, *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar Straus and Giroux, 2009.

_____, "The Politics of Judicial Review", *Texas Law Review*, Vol. 84, 2006.

_____, "Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una repuesta a Roberto Gargarella", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, No. 1, 2005.

_____, "The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy", *New York University Law Review*, Vol. 73, 1998.

_____, "The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review" *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 72, 2004.

Gallie, W. B., "Essentially contested concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 56 (1955 - 1956).

García-Escudero Márquez, Piedad, "El parlamentario individual en un parlamento de grupos: La participación en la función legislativa", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.

García Jaramillo, Leonardo, "Recepción de los postulados deliberativistas en la jurisprudencia constitucional. Análisis crítico a partir del tribunal colombiano", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Vol. 9, junio 2008.

García Pelayo, Manuel, "El Status del Tribunal Constitucional", *Obras Completas de Manuel García Pelayo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, T. III, 1991.

García Roca, Javier, *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, 1999

Gargarella, Roberto, "'We the People' Outside the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances", *Current Legal Problems*, Vol. 67, núm. 1, 2014.

_____, "Grafting Social Rights into Hostile Constitutions", *Latin American Constitutionalism 1810-2010*, New York, Oxford University Press, 2013.

_____, "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El constitucionalismo popular frente a la teoría de Nino", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

_____, "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución", en Roberto Gargarella (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

_____, "Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América", *Isonomía Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 33, 2009.

_____, "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", *Perfiles Latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre 2006.

_____, “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, en Jon Elster (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.

_____, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, núm. 2, 1995.

_____, “Justicia Penal Internacional y deliberación democrática: Algunas notas sobre el caso Gelman”, Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Disponible en línea: <http://www.scribd.com/doc/102274883/Justicia-Penal-Internacional-y-Deliberacion-Democratica-Gargarella>.

_____, “Diálogo con Roberto Gargarella sobre Constitucionalismo popular”, *Jura Gentium Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global*, disponible en línea www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freeoter.pdf

Gardbaum, Stephen, “Proportionality and Democratic Constitutionalism”, en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

_____, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2013.

_____, “Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 2, 2010.

_____, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No. 4, 2001.

Garrorena, Ángel, *Representación política y constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.

Gascón Abellan, Marina, “La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, No. 41, mayo-agosto 1994.

Gavara de Cara, Juan Carlos, “Los efectos de la STC31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: Las implicaciones para su normativa de desarrollo y los estatutos de otras comunidades autónomas”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011.

Goldstein, Jored A., “Can popular constitutionalism survive the Tea Party movement? *Northwestern Law Review Colloquy*, Vol. 105, 2011.

Gómez Fernández, Itziar, “Una aproximación al tribunal constitucional español desde la teoría de la democracia deliberativa”, *Revista General de Derecho Constitucional*, No. 2, 2006.

Gómez Montoro, Ángel, “Comentario al artículo 38 LOTC”, en Juan Luis Requejo Pagés (coord.), *Comentarios A La Ley Orgánica Del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, BOE, 2001.

Gómez Orfanel, Germán, “La Legislación Catalana de contratos de cultivo y el Tribunal de garantías constitucionales en la segunda República”, *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2002.

Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Diálogos jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Constitucional, T. II, México, 2010.

Gozaini, Osvaldo Alfredo, “Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, No. 8, julio-diciembre 2007.

Greene, Abner S., “Against Interpretative Obligation (To the Supreme Court)”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, No. 3, 2006.

Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

Grove, Tara Leigh, “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, 2000-2001

Guastini, Ricardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM, Trotta, 4ª ed., 2009.

_____, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2008.

Günther Klaus, "Discourse theory and the ICTY", *German Law Journal*, Vol. 12, núm. 5.

_____, "Law, the State and Discourse Theory", *Reflexive Governance in the Public Interest*, Working Paper, disponible en

_____, "Legal Pluralism and the Universal Code of Legality: Globalisation as Challenge to Legal Theory", en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, T. II, Ashgate, Cornwall, 2011

Haba, Enrique P., "Contra la Santa (Charla-) Familia. Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del wishful thinking académico", *Doxa* 30, 2007.

Häberle, Peter, "La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Teoría general del derecho procesal constitucional*, México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, T. I, 2008.

_____, *El Estado Constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1ª reimp., 2003.

_____, "Proceso constituyente. Modificación e interpretación de la Constitución. Jurisdicción constitucional.", en *El Estado Constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª reimp., 2003.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 5ª ed., 2008.

_____, "Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica", *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de José Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000.

_____, *La inclusión del otro*, trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1999.

_____, "Three normative models of democracy", *Constellations*, vol. 1, núm. 1, 1994.

_____, "The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)", en Jostein Gripsrud et. al. (eds.), *The Idea of Public Sphere*, USA, Lexington Book, 2010.

_____, *The Structural Transformation of the Public Shpere*, trad. de Thomas Burger, MIT press, 1991.

_____, “Cómo es posible la legitimidad por la vía de legalidad?”, *Doxa* 5, 1988.

Hartnett, Edward A., “A matter of judgment, not a matter of opinion”, *New York University Law Review*, Vol. 74, 1999.

Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Granada, Editorial Comares, [1916] 2003.

Hernández Valle, Rubén, “La vinculatoriedad de las resoluciones de la sala constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derechos Procesal Constitucional*, núm. 1, 2004.

Hesse, Konrad, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, julio-agosto 2005.

Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008

Hoecke, Mark Van, “Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation”, *Ratio Juris*, Vol. 14, N° 4, 2001

Hogg, Peter y Bushell, Allison, “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such a Bad Thing After All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 35, No.1, 1997.

Hübner Mendes, Conrado, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2013.

Huscroft, Grant, “Constitutionalism from the top down”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 45, núm. 1, 2007.

Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa* 23, 2000.

Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Tribunal Constitucional de España, 1997.

_____, “Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios”, en Francesc Pau i Vall, *Parlamento y Justicia Constitucional: IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados Parlamentarios*, 1997.

Johnsen, Dawn E., “Functional departmentalism and nonjudicial interpretation: Who determines constitutional meaning?”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 67, 2004.

Kavanagh, Aileen, “Participation and judicial review: A reply to Jeremy Waldron”, *Law and Philosophy*, núm. 22, 2003.

Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, trad. Domingo García Belaunde, *Revista de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, [1928] 2008.

Klarman, Michael J, “What’s So Great About Constitutionalism?”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 93, 1998.

Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, 2012.

Kornhauser, Lewis A. y Sager, Lawrence G., “The Many as One: Integrity and Group Choice in Paradoxical Cases”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32, 2004.

_____, “The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts”, *California Law Review*, Vol. 81, núm. 1, 1993.

Kramer, Larry, “The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy”, *Val. U. L. Rev.*, Vol. 41, 2006-2007.

_____, “Undercover Anti-Populism”, *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005.

_____, *The people themselves, popular constitutionalism and judicial review*, New York, Oxford University Press, 2004.

_____, “Popular constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, Vol. 92, No. 4, 2004.

_____, “The Supreme Court 2000 Term, Foreword: We The Court”, *Harvard Law Review*, Vol. 115:4, 2001.

Kuhli, Miland y Günther, Klaus, “Judicial Lawmaking, Discourse theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals”, *German Law Journal*, Vol. 12, núm. 5.

Kuhli, Milan y Günther, Klaus “Judicial Lawmaking, Discourse Theory, and the ICTY on Belligerent Reprisals”, en Armin von Bogdandy e Ingo Venzke (eds.), *International Judicial Law Making, On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, 2012.

Kumm, Mattias, “¿Quién teme a la constitución total?”, en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

_____, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en George Pavlakos (ed.), *Law Rights and Discourse The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, Oregon, 2007.

_____, “Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalists Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review”, *EJLS*; Vol. 1, núm. 2.

Lafont, Cristina, “Correctness & Legitimacy in the Discourse Theory of Law”, en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason*, oxford University Press, 2012.

Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces*, trad. de Félix de la Fuente, España, Tecnos, 2010

Landa, César, “Los precedentes constitucionales: El caso del Perú”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEPC, No. 14, 2010.

Landau, David, “The reality of social rights enforcement”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, No. 1, 2011.

Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, núm. 24, 2001.

Lasser, Mitchel, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, New York, Oxford University Press, 2004.

Lawson, Gary y Moore, Christopher D., “The Executive Power of Constitutional Interpretation”, *Iowa Law Review*, Vol. 81, 1996.

Limbach, Jutta, “Papel y poder del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 2º semestre, 1999.

Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

_____, “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 70, núm. 3, 2008.

López Moreno, Ángeles, “El discurso jurídico en la jurisprudencia constitucional”, en Francisco Fernández Segado (Coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008.

Manfredi, Christopher P. y Kelly, James B., “Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 37, núm. 3, 1999.

Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, 1997.

Marcilla, Gema, “Sobre contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza”, *Isonomía*, núm. 11, 1999.

Marion Young, Iris, *Responsability for Justice*, USA, Oxford University Press, 2011.

Márquez Ignacio, “Comentario sobre el caso Verbitsky”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 8, noviembre de 2007.

_____, “El caso de la contaminación del Riachuelo”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Vol. 8, noviembre de 2007.

Martí Mármol José Luis, *La república deliberativa Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

_____, “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: Un análisis crítico de sus teoría de los derechos fundamentales, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *garantismo estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Mathen, Carissima, “Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on “Charter Dialogue Revisited”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 45, No. 1, 2007.

McCarthy, Thomas “Practical Discourse: On the Relation of Morality to Politics”, en Craig Calhoun, *Habermas and the Public Sphere*, MIT University Press, 1992.

McConnell, Michael W., “Institutions and interpretation: A critique of City of Boerne v. Flores”, *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 1, 1997-1998.

McGuire, Kevin T. y Palmer, Barbara, “Issue Fluidity on the U.S. Supreme Court”, *American Political Science Review*, Vol. 89, núm. 3, 1995.

Meese III, Edwin, "The Law of the Constitution", *Tulane Law Review*, Vol. 61, 1987.

Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, *La odisea constitucional: Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Menéndez, Agustín José *Justifying Taxes*. Dordrecht, Kluwer, 2001

Menéndez, Agustín José y Oddvar Eriksen, Erik (editores), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Michelman, Frank I., "Judicial Supremacy, the Concept of Law and the Sanctity of Life", en Austin Sarat y Thomas R. Kearns (editores), *Justice and Injustice in Law and Legal Theory*, United States, The University of Michigan Press, 1996.

Miller, Bradley W., "Proportionality's Blind Spot: Neutrality and Political Philosophy", Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

_____, "Justification and Rights Limitations", en Grant Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press, New York, 2008.

Möllers Christoph, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, München, Verlag C. H. Beck, 2009.

Möller, Kai, "Proportionality and Rights Inflation", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

_____, "Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005.

Morton, F.L., "Dialogue or monologue?" *Policy Options*, 1999.

Muñoz Machado, Santiago, "El dogma de la constitución inacabada", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, septiembre-diciembre 2010.

Murphy, Walter F., "Constitutions, Constitutionalism, and Democracy", en Douglas Greenberg et. al. (editores), *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, New York, Oxford University Press, 1993.

_____, "Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter", *Review of Politics*, Vol. 48, No. 3, 1986.

Niembro Ortega, Roberto, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto 2012.

Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, traducción de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997.

_____, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1ª Reimp., 2002

Oddvar Eriksen, Erik, "An Emerging European Public Sphere", en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, T. II, Ashgate, Cornwall, 2011

_____"Derecho democrático o gobierno de los jueces", en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (editores), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

Pavlakos, George, "Between Reason and Strategy: Some Reflections on the Normativity of Proportionality", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Pérez Díaz, Víctor, "La sociedad civil como posibilidad: carácter, retos y tradiciones", *La esfera pública y la sociedad civil*, Madrid, Taurus, 1997.

Pettit, Philip, "Depoliticizing Democracy", *Ratio Juris*, Vol. 17, núm. 1, 2004.

Pibernat Domenech, Xavier, "La sentencia constitucional como fuente del derecho", *Revista de Derecho Político*, No. 24, 1987.

Pisarello, Gerardo, *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Trotta, 2011.

Pisarello, Gerardo, "Los derechos sociales y sus garantías: Notas para una mirada desde abajo", en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2011.

_____, “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada desde abajo”, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

_____, “Ferrajoli y los derechos fundamentales ¿qué garantías?”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, No. 4, 2001.

_____, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: Por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa, 2000.

Pitkin, Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967.

Pettit, Philip, “ Depoliticizing Democracy”, *Ratio Juris*, Vol. 17, núm 1, 2004.

Polavarapu, Aparna, “Expanding standing to develop democracy: Third party public interest standing as a tool for emerging democracies”, *Yale Journal of International Law* (en prensa), disponible en línea http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2610799

Post, Robert, “First Lecture: A short history of representation and discursive democracy”, *Citizens divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014.

_____, “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics”, *California Law Review*, Vol. 98, No. 4, 2010.

Post Robert C. y Siegel Reva B., “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, 2007.

_____, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review*, *California Law Review*, Vol. 92, 2004.

_____, “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, *Indiana Law Journal*, Vol. 78, 2003.

Post, Robert C. y Siegel, Neil S., “Theorizing Law/ Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin”, *California Law Review*, Vol. 95, 2007.

Pou Jiménez, Francisca, “Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo”, en César

Rodríguez Garavito, *El Derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011,

_____, “El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2009.

Powe, Lucas A. Jr., *The Supreme Court and the American Elite 1789-2008*, Harvard University Press, 2011.

Pozen, David E., “Judicial elections as popular constitutionalism”, *Columbia Law Review*, Vol. 110, 2010.

Pozzolo, Susana, “Neocostituzionalismo e positivismo giuridico”, *diritto & questione pubbliche*, núm. 3, 2003.

_____, “Neoconstitucionalismo y especificidad e la interpretación constitucional”, *Doxa*, 21-II, 1998.

Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.

Puga Mariela, Litigio Estructural, Tesis doctoral Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Mayo 2013, disponible en línea en http://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga

Punset Blanco, Ramón, “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes (Algunas reflexiones a la luz de la Ponencia de J. Jiménez Campo)”, Madrid, CEPC, TCE, 1997.

Ray, Brian, “Engagement’s Possibilities and Limits as a Socioeconomic Rights Remedy”, 2009. Disponible en: http://works.bepress.com/brian_ray/3/

Rawls, John, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999.

_____, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.

_____, *Teoría de la justicia*, traducción de M.D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1978.

Requejo, Paloma, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Barcelona, Ariel, 2000.

Ribotta, Silvina, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*. Madrid, Dykinson, 2008.

Rivers, Julian, "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, núm. 65, 2006.

Roach, Kent, "A dialogue about principle and a principled dialogue: Justice Iacobucci's substantive approach to dialogue", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 57, No. 2, 2007.

_____, "Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience", *Texas International Law Journal*, Vol. 40:537, 2005.

Robles Morchon, Gregorio, *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, Trotta, 2009.

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogota, Dejusticia, 2010.

Rodríguez Huerta, Gabriela, "Derechos humanos: Jurisprudencia internacional y jueces internos", en Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda Hernández (Coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Secretaria de Relaciones Exteriores, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009

Ronsenblum, Nancy L., "Glorious Traditions and Anti-Partyism and Moments of Appreciation", *On the side of angels An appreciation of Parties and Partisanship*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.

Rosas, Allan, "The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue", *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, núm. 2, 2007

Rubio Llorente Francisco, "El concepto de constitución. Nota preliminar" y "La Constitución como fuente del derecho", *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 3ª ed., 2012.

_____, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, No. 22, Enero-Abril, 1998.

_____, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, núm. 35, Mayo-Agosto 1992.

Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, "La jurisdicción constitucional", en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1980.

_____, “Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 7, 1979.

Saba, Roberto, “(Des)Igualdad Estructural” en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, 2004.

Sabel, Charles F. y Simon, William H., “Destabilization rights: How public law litigation succeeds”, *Harvard Law Review*, Vol. 117.

Sadurski Wojciech, “Legitimacy of Law in a Liberal State: The Contours of Public Reason”, *Sydney Law School Research Paper 14/08*.

Sager, Lawrence G., *Juez y democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Sagüés, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.

Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE IIJ-UNAM, 2006.

Salgado Pesantes, Hernán, “Justicia constitucional transnacional: El modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad”, en Armin Von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.

Sánchez Gil, Rubén, “Funciones y alcances del procedimiento senatorial de solución de cuestiones políticas”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Edgar Danés Rojas (coords.), *La protección orgánica de la Constitución. Memorias del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Sangüesa Ruiz, Nuria, “Privaciones de libertad en extranjería: Un examen a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional español”, en Roberto Niembro Ortega, Luis Pomed y Luis Alberto Trejo Osornio (coords.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, México, Porrúa, 2011.

Schauer, Frederick, “Judicial Supremacy and the Modest Constitution”, *California Law Review*, Vol. 92, 2010.

_____, “Do Cases Make Bad Law?”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, 2006.

_____, “Precedent”, *Stan. L. Rev.*, Vol. 39, 1987.

Schor, Miguel, “Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy”, *Suffolk University Law School*, Research Paper 10-66, 2010.

Siegel, Reva B., “Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The case of the de facto ERA”, *California Law Review*, Vol. 94, 2006.

_____, “El rol de los movimientos sociales como generadores del derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos”, *Los límites de la democracia*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2004, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

_____, “Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 150, 2001-2002.

_____, “Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller”, *Harvard Law Review*, vol. 122, 2008.

Slaughter, Anne-Marie, “A typology of transjudicial communication”, *University of Richmond Law Review*, Vol. 29, 1994-1995

Solimine, Michael E. y Walker, James L., “The Supreme Court, Judicial Review, and the Public: Leadership versus dialogue”, *Constitutional Commentary*, Vol. 11, 1994.

Somin, Ilya, “The Tea Party movement and popular constitutionalism”, *Northwestern Law Review Colloquy*, Vol. 105, 2011.

Spector, Horacio, “Democracia y control de constitucionalidad: Una tensión aparente”, en Marcelo Alegre et. al. (coordinadores), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

Staton, Jeffrey K. y Vanberg, George, “The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions”, *American Journal of Political Science*, Vol. 52, núm. 3, 2008.

Stein, Ekkehart, *Derecho Político*, trad. de Fernando Sainz Moreno, Madrid, Aguilar, 1973.

Stern, Klaus, "Desarrollo constitucional universal y nuevas constituciones", en Francisco Fernández Segado (Coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008.

Stokes, Paulsen, "The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is", *Georgetown Law Journal*, Vol. 83, 1994.

Sunstein Cass, "The Most Knowledgeable Branch", *Univeristy of Penssylvania Law Review*, en prensa. Disponible en línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2630726

_____, "Incompletely theorized agreements in constitutional law", John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 322, enero 2007. Disponible en línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369

_____, *Designing Democracy What Constitutions Do*, New York, Oxford University Press, 2001.

_____, "Social and economic rights? Lessons from South Africa", *John M. Olin Law & Economics*, Working Paper nº 124, 2001.

Tocqueville Alexis, *La democracia en América*, trad. Amelie Cuesta Basterrechea, México, Gernika, 2ª ed., 2003.

Torres Muro, Ignacio, "Constitución", en Rosa Ripollés Serrano y Raquel Marañón Gómez (coords.), *Diccionario de términos de Derecho Parlamentario*, Madrid, La Ley, 2014.

_____, *La legitimación en los procesos constitucionales*, Madrid, Editorial Reus, 2007.

_____, "Una revisión del Habermas jurídico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, núm. 66, 2002.

_____, "Los derechos de los parlamentarios", *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.

_____, "Actos internos de las cámaras y recurso de amparo. Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 4, núm. 12, 1984.

Torres Pérez, Aida, *Conflict of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, New York, Oxford University Press, 2009.

Tremblay, Luc. B., "An egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Journal of Constitutional Law*, 2014, Vol. 12, núm. 4.

_____, "The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures", *Int'l J. Const. L.*, vol. 3, núm. 4, 2005.

Tribe, Laurence H., "The People Themselves: Judicial Populism", *New York Review of Books*, 24 de octubre de 2004.

Tuori, Kaarlo, "Ética discursiva y legitimidad del derechos", *Doxa* núm. 5, 1988.

Tushnet, Mark, *Why the constitution matters*, Pennsylvania, Yale University, 2010.

_____, *Weak Courts Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.

_____, "Popular constitutionalism as political law", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, 2006.

_____, "Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism", *Law and Philosophy*, No. 22, 2003.

_____, "New forms of judicial review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries", *Wake Forest L. Rev.*, Vol. 38, 2003.

_____, "Non-Judicial Review", *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 40, 2003.

_____, *Taking the constitution away from the courts*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1999.

_____, "Policy distortion and democratic debilitation: Comparative illumination of the countermajoritarian difficulty", *Michigan Law Review*, Vol. 94, 1995-1996.

Urbinati, Nadia, "Free Speech as the Citizen's Right", *Citizens Divided Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014.

_____, "Representation as Advocacy: A Study of Democratic Deliberation", *Political Theory*, Vol. 28, núm. 6, 2000.

Velasco Arroyo, Juan Carlos, *Habermas. El uso público de la razón*, Madrid, Alianza, 2013.

_____, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Pamplona, Civitas, 1ª Reimp. 2011.

Vermeule, Adrian, "The Judiciary Is A They, Not An It: Interpretative Theory and the Fallacy of Division", *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 14, 2005.

Viver Pin-Sunyer, Carles, "El Tribunal Constitucional, ¿Siempre, sólo... e indiscutible? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 91, enero-abril 2011.

Waldron, Jeremy, "Representative Lawmaking", *Boston University Law Review*, Vol. 89, 2009.

_____, "Public Reason and 'Justification' in the Courtroom", *Journal of Law, Philosophy and Culture*, Vol. 1, núm. 1, 2007.

_____, "The core of the case against judicial review", *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2006.

_____, "Principles of legislation", en Richard W. Bauman y Tsvi Kahana (eds.) *The Least Examined Branch The Role of Legislatures in the Constitutional State*, United States of America, Cambridge University Press, 2006.

_____, *Derechos y desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

_____, "Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators", *Supreme Court Law Review*, 2004.

_____, "Legislating with integrity", *Fordham Law Review*, Vol. 72, 2003.

_____, "Deliberación, desacuerdo y votación", en Harold Hongju Koh y Ronald C. Style (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 1999.

_____, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1, 1993.

Webber, Grégoire, "On the Loss of Rights", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, 2014.

Whittington, Keith E., *Constitutional Construction Divided Powers and Constitutional Meaning*, Harvard University Press, Cambridge, 1999

Yoshino, Kenji, "Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays", *Columbia Law Review*, Vol. 96.

_____, "The gay tipping point", *UCLA Law Review*, Vol. 57.

_____, "Assimilationist Bias in the Equal Protection, The Visibility Presumption and the Case of Don't Ask, Don't Tell", *Yale Law Journal*, Vol. 108, 1998.

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2004.

Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008.

Zurn, Christopher F., "A Question of Institutionalization: Habermas on the Justification of Court-Based Constitutional Review", en Camil Ungureanu, Klaus Günther & Christian Joerges, *Jürgen Habermas*, Vol. I , Ashgate, Cornwall, 2011.

_____, *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge University Press, New York, 2009.

_____, "Deliberative democracy and constitutional review", *Law and Philosophy*, núm. 21, 2002.