

El Control de Constitucionalidad de la Ley: Análisis y Críticas

MAXIMILIANO SAPIAIN NÚÑEZ

RESUMEN

El presente trabajo consiste en un análisis del control judicial de constitucionalidad de la ley, en el que se revisan las críticas basadas en el problema contramayoritario de la institución. De igual forma, se estudian los argumentos que la defienden basados en su aptitud para proteger la supremacía constitucional y los derechos fundamentales. Finalmente, el trabajo busca identificar aquellas alternativas teóricas y prácticas que logren compatibilizar la protección de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales con la democracia.

PALABRAS CLAVES

Control de constitucionalidad de la ley, Jeremy Waldron, Contramayoritario, Democracia, Supremacía constitucional.

ABSTRACT

The present work consists of an analysis of the judicial control of the constitutionality of the law, in which the criticisms based on the countermajoritarian problem of the institution are reviewed. Secondly, the arguments that defend it based on its aptitude to protect constitutional supremacy and fundamental rights are studied. Finally, the work seeks to identify those theoretical and practical alternatives that make the protection of constitutional supremacy and fundamental rights compatible with democracy.

KEYWORDS

Judicial control of the constitutionality, Jeremy Waldron, Countermajoritarian, Democracy, Constitutional supremacy.

INTRODUCCIÓN

El día 27 de marzo del presente año, el Tribunal Constitucional, por medio de un comunicado de prensa, informaba su determinación de declarar inconstitucional el artículo 63 y el artículo transitorio número 18 de la ley de educación superior¹ recientemente aprobada por el congreso. Como era de esperar, la declaración del Tribunal Constitucional provocó airadas reacciones de los distintos sectores de la sociedad. La pregunta que con toda justificación se plantearon es ¿Por qué una ley que fue discutida ampliamente tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara Alta, y que fue aprobada a través de los mecanismos democráticos, es anulada² por la decisión de un órgano compuesto por tan solo diez miembros no electos democráticamente?

El debate resurgido en Chile producto de la resolución del Tribunal Constitucional, no es nuevo para la realidad política institucional del país, sino que es uno más de una larga serie de controversias entre la sociedad civil y el Tribunal Constitucional³. Lo cierto, es que el problema

¹ El fallo final fue promulgado el 26 de abril del 2018 con el rol 4317-18.

² Si bien el fallo no declara la inconstitucionalidad de toda la ley, los artículos declarados inconstitucionales son fundamentales para el objetivo que esta perseguía.

³ Discusiones de igual magnitud son frecuentes en la realidad nacional. Discusiones similares surgieron recientemente respecto al fallo respecto a la ley de aborto en tres causales (rol 3729-17) o en el emblemático fallo respecto a la pastilla del día después (rol 740-07).

no es exclusivo de nuestro país, sino que forma parte de una discusión de larga data en la filosofía política y constitucional, la referida al control de constitucionalidad de la ley.

El debate respecto al control de constitucionalidad de la ley es mucho más que una discusión sobre la forma de hacer efectiva la vigencia normativa de la constitución. La opción que tomemos respecto a alguno de los modelos de control es el resultado de una perspectiva específica de lo que son los derechos, de lo que es la democracia, de nuestra teoría de la legitimidad, entre otras. Por tanto, el debate en torno al control de constitucionalidad es un debate complejo, en el que están en juego decisiones fundamentales para la vida política de un país.

La discusión surgida en Chile en torno a la legitimidad que tiene un juez para invalidar la legislación emanada de los órganos democráticos se enmarca, como ya decíamos, en una larga serie de discusiones en las que el problema recurrente es el denominado problema contramayoritario, concepto con el que se hace referencia al problema de justificar desde el punto de vista de la legitimidad democrática el control de constitucionalidad de la ley. Dentro del marco de esta discusión, es que a lo largo de este trabajo analizaré las principales respuestas históricas, teóricas y prácticas al problema.

El trabajo se dividirá en 4 capítulos. En el primer capítulo analizaré el origen histórico del control de constitucionalidad de la ley. El capítulo a su vez se dividirá en tres apartados. En el primer apartado analizaré el origen de la institución en los Estados Unidos. El objetivo del apartado es realizar un análisis de los fundamentos históricos, políticos y teóricos del control de constitucionalidad. En el segundo apartado analizaré el caso francés, donde a diferencia de en los Estados Unidos, la figura ha sido históricamente objeto de rechazo producto de un respeto a los principios de separación de poderes y de respeto hacia la voluntad popular. En el último apartado analizaré el modelo europeo continental a través del modelo teórico propuesto por Hans Kelsen. Analizaré la defensa que este hace de la institución frente a las críticas del jurista alemán Carl Schmitt.

El segundo capítulo está dedicado a un análisis de las críticas al control de constitucionalidad. Analizaré las críticas surgidas en torno al problema contramayoritario que trae aparejado dicha institución. Las críticas que presentaré atacan la falta de legitimidad de jueces no electos democráticamente para resolver desacuerdos que deberían ser resueltos por el pueblo. En este capítulo presentaré dos líneas de argumentación. La primera de ellas sostenida por los defensores del constitucionalismo popular, en específico, por Larry Kramer y por Mark Tushnet. La segunda de ellas, y en torno a la cual girará gran parte de mi crítica, la defendida por Jeremy Waldron.

El tercer capítulo está dedicado a aquellas respuestas teóricas que buscan defender el control de constitucionalidad de la ley negando relevancia a la crítica democrática. Analizaré dos líneas de argumentación. La primera de ellas apela a la supremacía constitucional que emana del mayor valor democrático de la constitución por sobre la ley. Esta teoría es sostenida por Alexander Hamilton en el *Federalista* y por el juez Marshall en *Marbury vs Madison*. La segunda línea de argumentación apela al valor de los derechos como fundamentación de eliminar ciertas materias del debate democrático. Para este apartado analizaré la teoría de John Rawls.

En el último capítulo analizaré aquellas respuestas que reconocen el problema de legitimidad democrática del control de constitucionalidad, pero que dada la necesidad de resguardar los derechos de las personas y la supremacía constitucional, plantean formas de

compatibilizar el control de constitucionalidad con la democracia. Presentaré las que considero las respuestas más interesantes desde un punto de vista teórico. La teoría de la democracia dualista de Bruce Ackerman, la teoría de las precondiciones de la democracia en las formulaciones hechas por Hart Ely y por Carlos Nino, y la teoría de la deferencia hacia el legislador de James Thayer. Por último, analizaré el principal modelo práctico que busca compatibilizar el control de constitucionalidad con la democracia, el modelo de constitucionalismo dialógico, principalmente a través de un análisis del sistema constitucional canadiense.

Este trabajo persigue tres objetivos. En primer lugar, busca identificar los sustentos políticos y jurídicos sobre los cuales descansa el control de constitucionalidad. En segundo lugar, busca demostrar que no es posible defender el control de constitucionalidad de la ley, como ha sido concebido y aplicado hasta ahora, por ser una institución que no goza de legitimidad democrática para resolver los desacuerdos. Por último, busca proponer formas de compatibilizar el control de constitucionalidad con la democracia.

I. ORIGEN HISTÓRICO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

En el presente capítulo abordaré el origen histórico de los principales modelos de control de constitucionalidad de la ley. El objetivo es, en primer lugar, identificar los antecedentes históricos y políticos que motivaron a los estados a adoptar alguna postura respecto a la institución. En segundo lugar, buscaré identificar las bases teóricas que respaldan cada una de dichas posturas. Para esto analizaré el sistema norteamericano y el europeo continental, en los que se adoptaron modelos distintos de control de constitucionalidad de la ley, y el modelo francés postrevolucionario en el que se rechazó la adopción de una figura de este tipo.

1. El Caso Norteamericano.

El origen del control de constitucionalidad de la ley se remonta al siglo XVIII en los Estados Unidos. Si bien tiene su expresión teórica más conocida en *El Federalista*⁴ y su máxima expresión concreta en el reconocido caso de *Marbury vs Madison*, es el resultado de una serie de procesos y circunstancias históricas especiales, que hicieron propicio el ambiente político para la instauración de un poder judicial fuerte con amplias facultades de revisión y control.⁵

Lo importante, es analizar cuáles eran esas específicas condiciones materiales que propiciaron la instauración de la institución del control de constitucionalidad de la ley. En primer lugar, se hace necesario situarse en el momento constituyente norteamericano. Como su nombre lo indica, los Estados Unidos de Norteamérica, son precisamente un conjunto de estados, herederos de la vieja organización colonial impuesta bajo el periodo de control del Imperio Británico. Lo anterior, provoca que al momento de declararse la independencia de las colonias norteamericanas, la estructura de la organización política de la época no se viera radicalmente afectada. La influencia de las asambleas locales sobre la política de la confederación siguió siendo notable en los primeros años de gobierno independiente. Lo relevante es en este punto, la forma

⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *El Federalista*. (Madrid, Ediciones Akal, 2015).

⁵ De esta manera autores como Gottfried Ditzte entienden que el surgimiento del control de constitucionalidad, es una reacción a las condiciones materiales históricas del momento, y que por lo tanto, no es una casualidad que su surgimiento se haya dado en un país joven que se encontraba en proceso de organización de la república, y no en alguno de los países europeos de larga tradición jurídica. DIETZE, Gottfried, *America and Europe. Decline and Emergence of Judicial Review*, (Virginia, Law Review, s.d), p.1241, Cit. por FERNÁNDEZ, Francisco, *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad*, en *Revista Pensamiento Constitucional*, 4 (1997), p.168.

de proceder de dichas asambleas locales, que se encontraban estrechamente vinculadas a la voluntad de la mayoría.⁶ De esta manera la sociedad civil norteamericana buscó formas de agruparse y organizarse, de tal modo, que lograron identificar los intereses comunes al interior de cada uno de los estados y articular formas organizadas de generar presión política sobre las respectivas asambleas legislativas, produciendo el efecto de tener asambleas que eran voceras de la voluntad del pueblo, bajo el amedrentamiento de la presión popular de las distintas asambleas locales.

La época de la historia norteamericana que estamos analizando se caracteriza por una gran cantidad de conflictos surgidos como repercusiones de la guerra de independencia. Su principal expresión es el conflicto entre los acreedores que recurrían al poder judicial para hacer efectivo su derecho de acreencia, y los deudores que recurrían a las asambleas legislativas para conseguir que se promulguen normas que autoricen la emisión de papel moneda, lo que les permitiría cumplir con sus obligaciones⁷.

Lo importante de aquella situación, es que desembocó finalmente en la rebelión de Springfield, que fue un intento de los deudores de la ciudad de obstaculizar el correcto funcionamiento de los tribunales de justicia, a través de revueltas organizadas por Daniel Shays, que fueron reprimidas por las tropas nacionales norteamericanas. La magnitud del incidente provocó que las asambleas legislativas de los distintos estados decidieran tomar medidas legislativas a favor de los deudores para evitar futuras situaciones como la acontecida en Springfield. De todos los estados en los que las asambleas legislativas se pusieron al servicio de los deudores, el caso más significativo es el del estado de Rhode Island, donde se llegó al punto de que la comunidad logró elegir a uno de los suyos como gobernador, el cual desarrolló un plan de gobierno orientado casi exclusivamente en apoyar a los suyos⁸.

La situación acontecida en estos estados dejó perpleja a una clase dirigente norteamericana, que veía como sus propias instituciones se tornaban en su contra. El problema era que contrario a lo sucedido en el caso de la rebelión de Springfield en el que la falta de legitimidad del curso de acción tomado por los ciudadanos permitió tomar medidas como la represión de las manifestaciones por parte del ejército, en este caso, los deudores habían logrado objetivos de manera legítima siguiendo el cauce institucional. Esta situación, provocó una serie de reacciones de temor dentro de la clase dirigente, dado que “era la fuerza de la misma ley de los estados, y no la anarquía o la ausencia de leyes, lo que estaba afectando a las nuevas repúblicas”⁹.

⁶ “Las cámaras de representantes funcionaban como eficaz caja de resonancia de los más graves problemas de la época. Una de las causas de este fenómeno es que dichas legislaturas aparecían permanentemente acosadas por organizaciones populares relativamente eficientes y representativas”. GARGARELLA, Roberto, *La Justicia Frente Al Gobierno* (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012), p. 36.

⁷ *Ibid.*, pp. 36-39.

⁸ “En efecto, en 1786 los deudores eligieron a Jonathan Hazard (quien actuaba como su principal portavoz) como gobernador de Rhode Island. Su programa de gobierno consistía casi íntegramente en medidas tendentes a aliviar los problemas de la deuda, que comenzaron a ser aplicadas tan pronto como Hazard accedió al poder. En Rhode Island, no solo se emitió moneda, sino que se dispusieron multas para aquellos que se negasen a aceptar dicho circulante. Más aún, se estableció que los jueces debían convocar públicamente a los acreedores que se negasen a recibir la nueva moneda, y dar las obligaciones por canceladas, en caso de que aquellos persistiesen en su negativa”. *Ibid.*, p. 41.

⁹ WOOD, Gordon, *The Creation of the American Republic*, (Nueva York, University of North Carolina Press, 1969), pp. 405-406, cit. por FERNANDEZ, Francisco, cit (n.5), p.42.

De esta manera, la situación norteamericana sumaba dos rasgos de vital importancia. En primer lugar, se encontraba en un momento constituyente originario en el que no tenían que sujetarse al peso de tradiciones constitucionales, en otras palabras, eran libres de decidir el método de organización que más les acomode en base a sus intereses, lo que explica porque fue más fácil la adopción de este modelo de control judicial en Norteamérica que en Europa¹⁰.

El segundo elemento, como acabamos de ver, es el resquemor surgido en la clase dirigente norteamericana a que la influencia del pueblo en las asambleas legislativas desembocara en una dictadura de las mayorías. Las mayores expresiones de estas ideas se encuentran en las páginas de *El Federalista*, texto político, escrito por algunas de las mentes más importantes de la clase dirigente norteamericana. En el *Federalista* N°10, podemos encontrar un ejemplo representativo del sentir de la clase dirigente. En este texto Madison presenta una argumentación, a favor del estado Federal, pero lo que nos interesa para objeto de este trabajo, son los argumentos que presenta en contra del actuar mayoritario.

MADISON señala al comienzo del *Federalista* N°10, que los críticos del gobierno lo atacan argumentando que algunos de los problemas más grandes del estado provienen de acciones del mismo gobierno. Frente a esta crítica, Madison responde que si bien es cierto, que los principales problemas del estado emanan del mismo gobierno, esto se debe a la existencia de facciones al interior del mismo¹¹, estas facciones eran la de los acreedores y la de los deudores.

MADISON argumenta que cuando las asambleas legislativas resuelven basados en pretensiones particulares, lo que realmente están haciendo es utilizar al poder legislativo como juez¹². Es por esto que frente al problema afirma que “la conclusión a que debemos llegar es que las causas del espíritu de facción no pueden suprimirse y que el mal sólo puede evitarse teniendo a raya sus efectos”¹³. La solución planteada por MADISON es una República Federal. Lo importante de la visión de MADISON es que a pesar de que su solución va orientada a un tipo de organización estatal, la lógica presente en su argumentación, es la del temor a las mayorías, temor

¹⁰ “En América, como apareció el órgano antes que la función era preciso rodearlo de seguridades a fin de que, permaneciendo inalterable, el proceso funcional marchara siempre por los mismos cauces hasta conseguir que si en algún momento el órgano desaparecía, la misma inercia de la función originara otro nuevo igual, o más perfecto quizá. En Europa, los pueblos contaban con un viejísimo historial (...); se hallaba arraigado en la conciencia el hecho de ser causa de sí, de regirse libremente (...). Las Constituciones no fueron por tanto sino cambios más o menos bruscos en su organización interna (...). No eran, pues, apremiantes e imprescindibles las garantías de inalterabilidad”. ALVARADO, Jorge, *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes* (Madrid, editorial Reus, 1920), p.81.

¹¹ “Por facción entiendo cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, cit. (n.4), p.47.

¹² “Ningún hombre puede ser juez en su propia causa, porque su interés es seguro que privaría de imparcialidad a su decisión y es probable que también corrompería su integridad. Por el mismo motivo, más aún, por mayor razón, un conjunto de hombres no puede ser juez y parte a un tiempo; y, sin embargo, ¿qué son los actos más importantes de la legislatura sino otras tantas decisiones judiciales, que ciertamente no se refieren a los derechos de una sola persona, pero interesan a los dos grandes conjuntos de ciudadanos? ¿Y qué son las diferentes clases de legislaturas, sino abogados y partes en las causas que resuelven? ¿Se propone una ley con relación a las deudas privadas? Es una controversia en que de un lado son parte los acreedores y de otro los deudores. La justicia debería mantener un equilibrio entre ambas. Pero los jueces lo son los partidos mismos y deben serlo; y hay que contar con que el partido más numeroso o, dicho en otras palabras, el bando más fuerte, prevalezca”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. Cit. (n.4), p. 48.

¹³ *Ibid.*, p.49.

que es precisamente el que lleva posteriormente a adoptar el control judicial de constitucionalidad.¹⁴

En el mismo Federalista se encuentra el que es, probablemente, el antecedente teórico más importante de la institución en los Estados Unidos. En El Federalista 78 HAMILTON argumenta sobre cuáles deberían ser las facultades del poder judicial al interior de la Federación. Lo fundamental, para objeto de este trabajo, es la elocuente defensa que hace del control de constitucionalidad, por la vigencia que aún tiene en el debate. HAMILTON analiza las limitaciones que se deben imponer al interior de la Federación a las mayorías. Al respecto señala que “las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta”¹⁵. Lo importante de este texto no es solo el hecho de que HAMILTON señale que el poder judicial es el órgano encargado de resguardar la integridad de la constitución, sino que este va más allá, y logra identificar inmediatamente, la principal crítica que se esgrimirá contra el control judicial de constitucionalidad. Efectivamente, HAMILTON advierte de manera temprana que la institución entrega a un órgano no electo democráticamente la facultad de anular decisiones de órganos representativos. A estas críticas, HAMILTON responde que “esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”¹⁶. Como veremos, esta es una de las principales líneas argumentales sostenida por los defensores del control judicial de constitucionalidad de la ley.

La teoría de HAMILTON encuentra su consagración en materia jurisdiccional en el caso *Marbury vs Madison*, donde el juez Marshall señaló que “*hay sólo dos alternativas (demasiado claras para ser discutidas): o la Constitución, controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero sí en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza*”¹⁷.

Cabe recordar que el sistema jurídico norteamericano, se define en gran medida por las sentencias emanadas de la Corte Suprema. Lo anterior sumado a la falta de consagración constitucional expresa del control judicial de constitucionalidad de la ley, es por lo que ciertos autores han señalado que el poder judicial ha usurpado dicha facultad¹⁸. Una temprana crítica al

¹⁴ Así lo entiende DAHL, para quien “*la forma de argumentar madisoniana suministró una satisfactoria y persuasiva ideología, destinada a proteger a las minorías con riqueza, estatus y poder, que desconfiaban de sus más encarnizados enemigos (los artesanos y granjeros inferiores en riqueza, estatus y poder) que (según ellos) constituían las mayorías populares*”. DAHL, Robert, *Un Prefacio a la Teoría Democrática* (Argentina, Grupo Editor Latinoamericano, 1989), p.31.

¹⁵ *Ibid.*, p. 295.

¹⁶ *Ibid.*, p. 296.

¹⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁸ MELONE, Albert; MACE, George, *Judicial Review and American Democracy*, (Iowa, Iowa State University Press, Ames, 1988), pp. 65-73 cit. por GARCÍA-MANSILLA, Jorge, *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en*

fallo de Marshall fue la realizada por Tomas JEFFERSON¹⁹, para quien ninguna norma de la carta constitucional de los Estados Unidos autorizaba al juez a declarar la inconstitucionalidad de la norma, según él, la postura planteada por Marshall rompe el sistema de frenos y contrapesos de la constitución y le da al poder judicial unas facultades que lo vuelven un poder despótico.

Un segundo ejemplo de la crítica contra el control judicial de constitucionalidad de la ley en los Estados Unidos, es la realizada por el presidente Lincoln. Para Lincoln *“el ciudadano común debe confesar que si la política de gobierno respecto a cuestiones vitales, que afectan a todos, va a ser fijada irrevocablemente por decisiones de la Corte Suprema, en el instante en que son emitidas en litigios comunes entre partes actuando en causa propia, el pueblo habrá dejado de ser soberano y habrá resignado prácticamente su gobierno en las manos de ese eminente tribunal”*²⁰.

Actualmente el debate respecto al control judicial de constitucionalidad ha girado en torno a su falta de justificación democrática. Si bien analizaremos estas discusiones más adelante, es importante tener desde ya en cuenta dos puntos centrales respecto a los cuales hemos venido discutiendo. En primer lugar, la institución surge como respuesta a un fenómeno histórico en el que el poder legislativo se puso al servicio de las minorías (desde un punto de vista del poder político) que a su vez era una mayoría (desde el punto de vista del número), por lo que el control judicial de constitucionalidad surge como una opción viable para resguardar ciertos intereses políticos económicos, y sustraer ciertos asuntos de la capacidad de decisión de la mayoría. En segundo lugar, dicha atribución es una creación jurisprudencial, que al margen de sus resultados prácticos tiene una legitimidad que no se encuentra libre de dudas. Ambos puntos serán vitales para el análisis posterior.

2. El Caso Europeo.

La evolución histórica del control de constitucionalidad de la ley en Europa, sigue un camino radicalmente distinto al tomado por los norteamericanos. Como ya señalamos al principio de este capítulo, la explicación se encuentra en las circunstancias históricas y en la idiosincrasia de cada continente.

Si bien es imposible, dada la naturaleza de este trabajo, analizar con profundidad todos los hitos históricos relacionados con la materia, si analizaremos casos históricos que representan algunas de las posturas paradigmáticas a favor o en contra de la revisión de constitucionalidad de las leyes. Dentro de estas experiencias, analizaré en primer lugar, el caso de la Francia postrevolucionaria, por ser uno de los ejemplos más claros de rechazo histórico a la figura, inspirado en una firme confianza en la voluntad general de la nación y en el principio de la separación de los poderes del estado. Por otra parte, analizaré los cambios que surgieron en la materia en la postguerra, enfocado desde la perspectiva del modelo propuesto por Kelsen, y la discusión sostenida entre este y Carl Schmitt.

a. Francia postrevolucionaria.

los Estados Unidos, Exposición en Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (2008) I, p. 311.

¹⁹ Carta del 11 de septiembre de 1804 publicada en BERGH, Albert Ellery (ed.), *Writings of Thomas Jefferson* (Washington D.C, Thomas Jefferson Memorial Association, 1903), pp. 49-53, cit. por GARCÍA-MANSILLA, Jorge, cit. (n.18), p. 311.

²⁰ VAN DOREN, Philip (ed.), *The Life and Writings of Abraham Lincoln*, (The Modern Library, New York, 1940), pp.653 y 654, cit. por GARCIA-MANSILLA, Jorge, cit. (n.18), p. 313.

En el caso de la Francia postrevolucionaria resulta de vital importancia, analizar tanto las circunstancias ideológicas como políticas del momento. El contexto histórico que se vivía en Francia era radicalmente contrario a la experiencia estadounidense. En el caso de este último, la creación de la facultad de controlar la constitucionalidad de la legislación por la Corte Suprema, se encontraba estrechamente relacionada con la voluntad de la clase dirigente (quienes llevaron adelante el proceso constituyente) de evitar un exceso de poder de las asambleas legislativas, controladas principalmente por las clases populares. En el caso francés ocurría todo lo contrario. La revolución francesa tuvo como resultado el derrocamiento de una monarquía que utilizaba a los jueces como extensión de su gobierno y el establecimiento de un gobierno popular, en el que el ideal democrático era extremadamente fuerte, por lo que cualquier limitación a la voluntad de la Asamblea General era inconcebible.

El contexto ideológico se encontraba a su vez fuertemente influenciado por autores como Montesquieu y Rousseau, lo que hacía prácticamente imposible que se aceptara una institución como la del control de constitucionalidad contraria a las teorías por ellos sostenidas.

En primer lugar, la doctrina de la separación de poderes planteada por MONTESQUIEU²¹ propone una esfera de actividad e influencia de cada poder, en la que cualquier interferencia de un poder del estado respecto a otro se entiende como una usurpación de facultades y como una vulneración del principio de separación de poderes. Precisamente en base a esta concepción del rol que debe ejercer cada poder del estado, es que Francia adopta en la constitución de 1791 un sistema de control político de la constitucionalidad de las leyes, en la que el trasfondo es precisamente que el poder judicial no tenga interferencia en el contenido de las leyes²². La desconfianza en el poder judicial por su rol en el gobierno monárquico y la firme creencia en la separación de poderes, llevaron a los revolucionarios franceses no solo a oponerse a la posibilidad de que el poder judicial controle al legislativo, sino que por el contrario a disponer que el poder legislativo se encargue de controlar que el poder judicial se mantenga siempre dentro de los límites de lo establecido por la asamblea²³.

El otro obstáculo ideológico contra la adopción de una figura como el control judicial, viene de la mano de Jean Jaques ROUSSEAU y su teoría de la voluntad general. El pueblo francés adoptó una profunda confianza en la voluntad general de la nación, lo que conllevó a la concepción de que el órgano encargado de tomar las decisiones es la Asamblea General por ser el representante legítimo de la voluntad general²⁴. Del pensamiento de ROUSSEAU no solo se llegó a la concepción de que el encargado de hacer las leyes debía ser el órgano de representación democrática, sino que además, se llegó a la conclusión de que la ley era siempre justa por emanar

²¹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes* (Traducción de Mercedes BLÁZQUEZ, Barcelona, Editorial Tecnos, 1996)

²² “En el título III de la Constitución de 1791 se explicitaba este principio de estricta separación de poderes. Sobre todo, se dejaba en claro que ni el poder ejecutivo ni el poder judicial podían asumir funciones legislativas” GARGARELLA, Roberto, cit. (n.6), p. 114.

²³ “si los magistrados pudiesen sustituir la ley por su propia voluntad, se convertirían en legisladores. Es por ello necesario establecer la vigilancia que mantenga a los tribunales dentro de los principios de la legislación. ¿Este poder de vigilancia deberá ser parte del poder judicial? No, porque es el propio poder judicial el vigilado. ¿Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se convertiría en dueño de la ley. ¿Debe ser, en fin, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? No, porque yo no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este derecho de vigilancia es, por tanto, una dependencia del poder legislativo”²³. ROBESPIERRE, Jean Jaques, cit. por BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución* (Madrid, Alianza editorial, 2006), p. 237.

²⁴ “Es manifiesto que no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general (...), ni si la ley puede ser injusta, puesto que no hay nada injusto con respecto a sí mismo” ROUSSEAU, Jean Jaques, *El Contrato Social* (Barcelona, Herder Editorial, 2013), p. 63-64.

precisamente de esta voluntad. De esta manera, surge la concepción de la ley como la mayor garantía de libertad del pueblo respecto del soberano²⁵. La ley emanada de la Asamblea General se concibe, por lo tanto, como la sumatoria de todas las voluntades individuales, por lo que se entiende es un reflejo perfecto de la voluntad de la nación, lo que hace que deba ser protegida y respetada²⁶.

A pesar de las razones teóricas y políticas en contra de un control de constitucionalidad de la ley, es posible constatar que en Francia a lo largo de su historia constitucional se han presentado varios modelos de justicia constitucional, con la particularidad, que estos se enmarcan dentro de un tipo de control político de la constitución, es decir, le dan a la disputa constitucional el carácter de discusión política y no jurídica, otorgando por tanto la competencia de su resolución a un órgano político.

Esto se debe a que a pesar del rechazo natural que les producía la figura, la época del terror de ROBESPIERRE llevó a algunos teóricos franceses a buscar formas de justicia constitucional, que lograran asegurar el cumplimiento de la constitución, pero que a la vez fueran respetuosas con el principio de separación de poderes y con la voluntad general. Esta mezcla de motivaciones políticas, históricas y teóricas, lleva a que la historia constitucional francesa presente varios modelos de justicia constitucional únicos en relación a los establecidos por el resto de ordenamientos jurídicos.²⁷

Si bien estos modelos de justicia popular no tuvieron en un principio gran influencia a nivel mundial, al analizar la discusión actual encontraremos que muchas de las propuestas del denominado constitucionalismo dialógico van orientadas en una dirección ya abordada por el constitucionalismo francés postrevolucionario.

b. Modelo europeo continental: discusión Kelsen-Schmitt.

En los estados constitucionales contemporáneos, hay dos modelos de justicia constitucional que han tenido una influencia mayor por sobre el resto. El primero de ellos, es el ya analizado sistema de control difuso norteamericano. El segundo de ellos, y que ha tenido una mayor aplicación práctica a nivel mundial (por ejemplo, en el caso chileno), es el denominado modelo europeo continental. Este modelo, si bien tiene antecedentes en algunos cantones suizos o algunos rasgos compartidos con el sistema alemán, tiene su ejemplo paradigmático en el tribunal constitucional austriaco, inspirado a su vez por el desarrollo teórico del jurista vienés Hans Kelsen.

El modelo de justicia constitucional austriaco es la concreción práctica de las teorías jurídicas de Hans Kelsen, por lo que ocupa un lugar fundamental en la historia, la teoría y la práctica de la justicia constitucional. En primer lugar, porque como ya se señaló, gran parte de

²⁵ “Francia es el país de gobierno por parte de la asamblea por excelencia, la idea de supremacía legislativa y la glorificación resultante de las normas escritas estaba aquí más firmemente arraigada que en los otros países”. DIETZE, G, cit (5), p. 157.

²⁶ “Todos los individuos asociados tienen el derecho inalienable y sagrado de concurrir a la formación de la ley, y, si cada uno pudiese hacer oír su voluntad particular, la unión de todas estas voluntades formaría una voluntad verdaderamente general, lo que constituiría el último grado de perfección política [...] todas las veces en que es posible a una nación manifestar claramente sus intenciones debe hacerlo, y constituye un crimen oponerse”²⁶. VILLENEUVE, Jérôme Pétion, cit. por BLANCO VALDÉS, Roberto. Cit. (n.23), p. 22.

²⁷ Dentro de los sistemas más destacables de los adoptados por los franceses se encuentra el *jurie constitutionnaire* de Sieyes, FERNÁNDEZ, Francisco, cit. (n.5), p.185. El establecido en el código constitucional del año VII, *Ibid*, p.191. El adoptado por la constitución de 1946.

los tribunales constitucionales modernos se encuentran influenciados por el tribunal austriaco de 1920, por ejemplo, los tribunales constitucionales alemán e italiano, quena pesar de algunas modificaciones, mantienen gran parte del modelo original²⁸.

Lo fundamental para este trabajo, es el fundamento teórico de este modelo, el cual analizaré a través de la discusión sostenida entre KELSEN y Carl SCHMITT. Para comprender el debate entre ambos autores lo primero a lo que hay que hacer referencia, es que ambos tienen distintas concepciones respecto a lo que es la jurisdicción, el derecho y la constitución. KELSEN es un normativista y estructura su teoría del derecho en base a la idea de jerarquía entre las normas. Por tanto, para Kelsen el derecho no está compuesto por normas iguales en jerarquía, sino que el derecho es una unidad en la que cada norma obtiene su validez de una norma de grado superior²⁹.

El que cada norma reciba su validez de adecuarse a una norma de grado superior, le da al derecho “regularidad”, en este sentido KELSEN señala que “La regularidad no es más que la relación de correspondencia de un grado inferior con un grado superior del orden jurídico”³⁰. KELSEN al desarrollar las distintas relaciones de correspondencia que se dan al interior de un sistema jurídico, encuentra en la constitución la norma de la que emana la validez de todo el resto de las normas. Es por lo anterior, que él considera que la garantía que da la constitución es “la regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes”³¹.

Es importante distinguir dentro del sistema de validez normativa kelseaniano, dos concepciones de norma fundamental. Por un lado, KELSEN hace referencia a constitución como un concepto jurídico normativo para hablar de la norma jurídica fundamental de un estado, por otro lado habla de norma fundamental, como aquella norma presupuesta y no dada, de la que emana toda la validez del ordenamiento jurídico, incluso la norma fundamental en sentido jurídico normativo³². KELSEN, siguiendo con la idea de las garantías que da la constitución señala que “la garantía jurisdiccional de la constitución es un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”³³.

A propósito de la inconstitucionalidad de la ley, el vienes señala que “La inconstitucionalidad de una ley puede consistir no solamente —como aparece a primera vista— en el hecho de que la ley no fue creada de acuerdo con el procedimiento establecido por la Constitución, sino también por el hecho de que ésta tiene un contenido que de acuerdo con la Constitución no puede tener; la Constitución, en efecto, no sólo regula el procedimiento legislativo, sino también, de alguna manera, el contenido de las leyes futuras, por ejemplo, a

²⁸ Dentro de las características fundamentales del modelo austriaco se encuentran:

- La facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y sobre la legalidad de los reglamentos.
- Sus sentencias tienen valor de cosa juzgada que produce el efecto de anular la norma inconstitucional o ilegal.
- El tribunal actúa como legislador negativo con sentencias con valor Erga Omnes.
- Los distintos órganos y poderes del estado tienen legitimación activa para recurrir al tribunal.

²⁹ “cada grado del ordenamiento jurídico constituye, por lo tanto, al mismo tiempo, producción del derecho en relación con el grado inferior y reproducción del derecho respecto del grado superior”²⁹. KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, (México, UNAM, 1974), p. 148.

³⁰ *Ibid.*, p. 197 y ss.

³¹ *Ibid.*, p. 198.

³² *Ibid.*, p. 200.

³³ *Ibid.*, p. 198.

través de la determinación de directrices, principios, etcétera”³⁴. Siguiendo la lógica argumentativa de KELSEN, tenemos entonces una norma inconstitucional, cuando esta no se ajusta ni formal ni materialmente, a lo estipulado en la constitución. Corresponde entonces, aplicar la garantía jurisdiccional de la constitución, es decir, aquellas medidas técnicas que buscan asegurar el ejercicio de las funciones estatales. La medida técnica elegida por KELSEN para resguardar la integridad del sistema normativo, es la nulidad de los actos inconstitucionales. Una vez determinado lo anterior, el siguiente paso es decidir, quien y como, anulará las normas inconstitucionales.

El primer paso que da KELSEN para analizar a quién le corresponde cumplir la tarea de resguardar la constitución, es descartar inmediatamente que esta recaiga sobre algunos de los dos poderes que constituyen el gobierno. El principal motivo es que en la gran mayoría de los casos en los que hay vulneración de la constitución, estos son producto de acciones del poder ejecutivo o del legislativo, por ende, como nadie puede ser juez en su propia causa, no es posible dotar de la facultad de anular actos al propio órgano encargado de generar estos actos³⁵.

KELSEN señala que la mejor opción es entregar la tarea de resguardar la constitución a un órgano autónomo para mantener el balance de los poderes del estado. Además, sostiene que la tarea de anular una disposición por ser inconstitucional es distinta al *judicial review* norteamericano, toda vez, que cuando el Tribunal Constitucional anula una norma, en realidad está realizando una labor de legislador negativo ya que dicta una norma en sentido contrario a la ley sujeta a su conocimiento. Esta ley en sentido negativo tiene validez erga omnes y produce efecto de cosa juzgada.

Si bien el modelo de justicia constitucional de KELSEN tuvo una gran acogida por los distintos sistemas europeos, no estuvo exento de críticas, siendo la más destacada la de Carl SCHMITT. La visión sostenida por SCHMITT respecto a la naturaleza y a la función de la constitución es totalmente distinta a la mantenida por KELSEN. Schmitt sostiene una diferenciación de distintos conceptos de constitución³⁶. Con la palabra constitución, podemos referirnos según el alemán; a constitución en sentido absoluto, es decir, aquella concepción de constitución que se enfoca en un todo unitario; constitución positiva, como aquel conjunto de decisiones sobre la forma y el modo de la unidad política; e ideal, como aquella concepción orientada a un cierto contenido específico esperado en la constitución.

Para SCHMITT la concepción de constitución defendida por Kelsen es absoluta, es decir, entiende a la constitución como un todo, solo que la concepción de Kelsen de ese todo es según

³⁴KELSEN, Hans, Cit. (n. 28), p.54

³⁵ “Dado que la Constitución distribuye, en sustancia, el poder entre dos órganos, parlamento y gobierno (en donde por “gobierno” debe entenderse al órgano compuesto por el jefe del Estado y por los ministros que refrendan sus actos), existe necesariamente, ya por ese mismo hecho, un antagonismo permanente entre el parlamento y el gobierno. Y el peligro de que la Constitución sea violada nace sobre todo de la posibilidad de que alguno de los dos órganos sobrepase los límites que la Constitución les ha asignado. Por el hecho de que en los casos más importantes de violaciones a la Constitución, el parlamento y el gobierno son partes en causa, resulta oportuno hacer decidir de esa controversia a un tercer órgano que esté fuera de ese contraste y que sea del todo ajeno al ejercicio del poder que la Constitución reparte esencialmente entre el parlamento y el gobierno”. KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, (Madrid, editorial Tecnos, 1995), pp. 269-270.

³⁶ Con la palabra constitución, podemos referirnos según el alemán; a constitución en sentido absoluto, es decir, aquella concepción de constitución que se enfoca en un todo unitario; constitución positiva, como aquel conjunto de decisiones sobre la forma y el modo de la unidad política; e ideal, como aquella concepción orientada a un cierto contenido específico esperado en la constitución. SCHMITT, Carl, *Teoría De La Constitución*. (Madrid: Alianza Ed, 1996.)

Schmitt meramente normativa. Entiende que la unidad es la suma de las normas jurídicas, de tal manera, que la concepción absoluta de Kelsen al no integrar conceptos de derecho natural “se ha relativizado hasta convertirse en concepto de ley constitucional en concreto”³⁷.

SCHMITT en cambio, sostiene que hay que distinguir entre las normas y la existencia jurídica del estado. Así, SCHMITT distingue entre constitución y ley constitucional. Para el, la ley constitucional presupone una constitución anterior, que a su vez surge del poder constituyente, entendido como “voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”³⁸. En base al concepto de poder constituyente, Schmitt señala que la validez de la constitución no proviene de una norma superior, sino que surge de un ser político que toma una decisión fundamental respecto a la unidad y existencia política del estado.

Estas diferentes concepciones de la naturaleza de la constitución traen aparejadas distintas concepciones sobre su protección. Mientras KELSEN tiene una visión normativista de la constitución y plantea que su protección debe ser a través de un órgano técnico jurídico, Schmitt concibe a la constitución principalmente como un texto político. Por lo anterior, entiende que mientras los tribunales pueden controlar la legalidad de las leyes con relación a la ley constitucional, no pueden proteger a la constitución entendida como la existencia política del estado³⁹.

En base a esta misma distinción entre ley fundamental y constitución, SCHMITT entiende que cuando Kelsen propone que un tribunal sea el encargado de proteger la constitución, lo que está haciendo es politizar la justicia, y no judicializar la política⁴⁰. La crítica va orientada al error en el que cae Kelsen de analizar la constitución solo desde la perspectiva de la ley constitucional, es decir, desde el punto de vista de las ficciones que vienen dadas por las normas, y no por su contenido⁴¹.

La crítica de Schmitt a la teoría de KELSEN tiene un trasfondo político. SCHMITT señala que el concebir la constitución como una ley fundamental, y judicializar la política es propio de a un pensamiento burgués que busca extraer los debates de la discusión política pública para transformarlo en un debate técnico jurídico.

KELSEN responde a esta crítica, señalando que se basa “en el típico galimatías entre teoría jurídica y política jurídica”⁴², porque la decisión de un juez, al igual que la decisión del gobierno

³⁷ SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución*, (, Madrid, Tecnos, 1983), p.36

³⁸ SCHMITT, Carl, cit (n.36), p.87

³⁹ CÓRDOVA, Lorenzo, *La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad* en *Cuestiones Constitucionales* 15(2006) Julio-diciembre, pp. 43-55.

⁴⁰ “Resulta fácil concebir como un ideal del Estado de derecho que todos los problemas políticos sean resueltos a través de cualquier tipo de forma jurisdiccional y ver, por lo tanto, cómo con la expansión de la jurisdicción a materias que tal vez no pueden ser jurisdiccionalizadas, la propia jurisdicción resulta perjudicada. Por el contrario, lo mejor... tanto para el derecho constitucional como para el derecho internacional sería, no algún tipo de jurisdiccionalización de la política, sino una politización de la jurisdicción”. SCHMITT, Carl, cit. (n.37), p.41.

⁴¹ “Una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en Jurisdicción, sino a los Tribunales en instancias políticas. No conduce a jurificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en sus mismos términos.” SCHMITT, Carl, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, en Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, (Berlín y Leipzig, 1929), pp. 154 Y ss. Cit. por FERNÁNDEZ. F, cit. (n.5), p. 204.

⁴² KELSEN, Hans, Cit (n.35), p. 151.

o el parlamento, es una decisión igualmente política, toda vez, que los actos realizados por cada uno de ellos son actos creadores de derecho⁴³. De hecho, para KELSEN, como ya se señaló, el hecho de que el control constitucional deba resolver conflictos politizados, es el que hace que un tribunal sea el órgano más idóneo para resolverlos, toda vez que es una parte que no tiene un rol directo en los asuntos sometidos a su decisión, a diferencia del gobierno o el parlamento.

La solución respecto a quien debe ser el guardián de la constitución de SCHMITT, viene precedida de un análisis de las características del estado. Según el autor, hay tres tipos de estado, el estado judicial, el estado parlamentario y el estado ejecutivo⁴⁴.

El problema se plantea porque el estado parlamentario ha evolucionado, dejando de ser neutral, para pasar a ser un estado de partidos, que se caracteriza a su vez por el pluralismo en la toma de las decisiones⁴⁵. Para SCHMITT esta pluralidad atenta contra la neutralidad del estado y es la fuente del ataque a la constitución entendida en sentido absoluto, es decir, aquella que busca la unidad y la existencia del estado. Por tanto, SCHMITT se aboca a la tarea de buscar en un sistema pluralista al órgano que debe defender la neutralidad que es “expresión de una unidad y globalidad que abarca a los agrupamientos contrapuestos y por ello relativiza en sí misma todas estas antítesis. Ésta es la neutralidad que caracteriza a la decisión estatal frente a las contraposiciones internas del Estado, frente al fraccionamiento y a la división del Estado en partidos e intereses particulares, cuando la decisión hace valer el interés del carácter unitario estatal”⁴⁶. La búsqueda de la neutralidad es la búsqueda del resguardo de la constitución absoluta para SCHMITT.

La misión del defensor de la constitución consiste en protegerla del parlamento pluralista, de tal manera que, siendo el parlamento la causa de los ataques al texto constitucional, y estando descartado el poder judicial por la naturaleza política del conflicto, la solución que resta es entregar el cuidado de la constitución al gobierno, específicamente al jefe de gobierno, el presidente del Reich. A propósito, señala SCHMITT que “Haciendo del presidente del Reich el punto central de un sistema plebiscitario como también de las funciones e instituciones políticamente neutrales, la Constitución vigente del Reich busca desprender, precisamente del principio democrático, un contrapeso al pluralismo de los grupos de poder social y económico y defender la unidad del pueblo como totalidad política”⁴⁷. Estas ideas de SCHMITT parten de

⁴³ Para Kelsen “*toda controversia jurídica es una controversia política, y todo conflicto que sea calificado como conflicto de intereses, de poder o político, puede ser decidido como una controversia jurídica*”⁴³. *Ibid.* p. 143.

⁴⁴ Identifica al estado de jurisdicción, con el adoptado en el modelo norteamericano. En este tipo de estado es concebible que el poder judicial sea el guardián de la constitución, toda vez que las decisiones no se subsumen en normas, sino que deben su autoridad al precedente vinculante. En estados de este tipo, el tribunal es la fuente del poder, por lo que al resguardar el valor de la constitución lo hacen de manera directa, a través de las decisiones judiciales que son la fuente del poder mismo. Al contrario, el estado parlamentario, que sucedió al estado ejecutivo de los gobiernos absolutistas, se caracteriza porque el parlamento es el guardián de la constitución frente al ejecutivo. HERRERA, Carlos. *La polémica Schmidt-Kelsen sobre el guardián de la constitución en Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 6(1994) p.210.

⁴⁵ “El sistema pluralista, con sus continuos acuerdos de partido y de fracción, transforma al Estado en un conjunto de compromisos y de acuerdos, a través de los cuales los partidos, que de vez en cuando participan con el objeto de la coalición gobernante, se reparten todos los encargos, los ingresos y las ventajas con base en la regla de las cuotas de poder y consideran como justicia, en la medida de lo posible, a la paridad que en tal forma respetan. La Constitución de un Estado dominado por estos métodos de formación de la voluntad política se reduce al principio “*pacta sunt servanda*” y a la defensa de los “derechos regularmente adquiridos”. SCHMITT, Carl, cit. (n.37), p.168.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 175.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 35.

una distinta concepción de lo que es la democracia. Mientras que para KELSEN la pluralidad de opiniones al interior del sistema es la esencia misma de la democracia, para SCHMITT la pluralidad es la fuente del ataque a la constitución y a la unidad del estado⁴⁸.

La idea de que el presidente del Reich debe ser el guardián de la constitución, por la supuesta neutralidad que le otorga su legitimidad plebiscitaria, es rebatida por KELSEN, quien señala que SCHMITT solo busca legitimizar el rol del ejecutivo y de diezmar el del legislativo cerrando los ojos a algunas verdades evidentes, como el hecho de que el mecanismo de la votación secreta no es sinónimo de neutralidad, y que más aun, las votaciones son entre dos opciones contrapuestas en la que se impone una mayoría por sobre una minoría, lo que no provoca en ningún caso que el ganador sea depositario de la neutralidad necesaria para defender la unidad del estado planteado por SCHMITT⁴⁹.

Las respuestas dadas por KELSEN a las críticas de SCHMITT son fundamentales para las defensas normativistas del control judicial de constitucionalidad de la ley. La teoría de KELSEN logra dar una respuesta a las críticas al control judicial de constitucionalidad de la ley en un sistema positivista, no obstante, KELSEN reconoce que si una constitución contiene una carta de derechos en forma de principios jurídicos abstractos, el otorgar al juez la facultad de determinar la sujeción material de una norma respecto de otra, es entregarle al mismo una facultad excesiva y que atenta gravemente contra los fundamentos democráticos de la sociedad. De esta manera KELSEN señala que los principios jurídicos tienen “un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”, según el austriaco en estos casos “Las disposiciones de la constitución que invitan al legislador a someterse a estos principios, podrían interpretarse como directivas relativas al contenido de las leyes (...), y en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”⁵⁰.

El problema es que la gran mayoría de las constituciones modernas incluyen cartas de derechos y principios abstractos. Frente a este tipo de constituciones, frente a las que KELSEN ya advirtió, es que surgen las críticas democráticas al control de constitucionalidad

II. CRITICAS AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

La discusión en torno al control de constitucionalidad de la ley tiene un rol importante en gran parte de los debates jurídicos actuales. A pesar de ser en Estados Unidos donde esta crítica ha destacado de mayor manera, es posible encontrar que el fundamento de la crítica es aplicable a la gran mayoría de los sistemas de justicia constitucional modernos.

Al analizar la historia de la figura en los Estados Unidos, vimos que las críticas principales en la época de su surgimiento iban referidas a la aparente usurpación de facultades que conllevaba el fallo de Marshall y a las consecuencias que esto traía aparejado para el sistema jurídico norteamericano. Al contrario, en el constitucionalismo moderno la crítica renace con especial fuerza a través de una frase acuñada por BICKEL, quien señala que “la raíz de la dificultad es que el *judicial review* es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema”⁵¹. De la mano de esta

⁴⁸ El alemán respalda su teoría en un argumento de derecho, toda vez que afirma que en virtud del artículo 48 de la constitución de Weimar, el presidente del Reich es el representante plebiscitario unitario del Reich, y por tanto el protector de la neutralidad de la constitución.

⁴⁹ KELSEN, Hans Cit. (35), p.276-277.

⁵⁰ KELSEN, Hans, cit. (28), pp. 142-143.

⁵¹ BICKEL, Alexander, *the Least Dangerous Branch* (2ª ed., Yale University Press, New Haven, 1986), p.16.

expresión, gran parte del debate constitucional moderno ha girado en torno a la dificultad contramayoritaria del control de constitucionalidad de la ley.

La dificultad contramayoritaria a la que hace referencia BICKEL, es la necesidad de justificar la legitimidad de un juez no electo democráticamente para invalidar decisiones tomadas democráticamente. En el presente capítulo analizaré algunas de las principales críticas al control de constitucionalidad de la ley. El objetivo es abstrayéndose de algún modelo concreto de control de constitucionalidad de la ley, analizar de manera crítica los fundamentos detrás de la institución.

1. Crítica del constitucionalismo popular.

Una primera forma de aproximarse a la crítica al control de constitucionalidad de la ley es la que presentan los defensores del constitucionalismo popular, quienes parten de un presupuesto en común, el gobierno le pertenece al pueblo y no a las instituciones de gobierno. Entienden por tanto, que la interpretación y la práctica constitucional deben ser una respuesta al sentir y manifestar del pueblo, y no a las decisiones particulares de una elite.

Es por esto que son críticos de una forma de entender el constitucionalismo que pone el foco en las decisiones de las cortes de justicia y que entienden son reflejo de un sentir antipopular⁵². Frente a esta sensibilidad antipopular de la elite jurídica y política, los autores populistas buscan cambiar la forma en la que debe entenderse la práctica constitucional, otorgando el lugar de supremacía al pueblo. De tal manera “quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la constitución mientras llevan adelante sus tareas de gobierno cotidianas, pero en donde su interpretación no resulta autoritativa, sino que se encuentra sujeta a la directa supervisión y corrección por parte del mismo pueblo, entendido este como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente”⁵³.

En base a esta premisa los populistas plantean distintas opciones, siendo la más radical de ellas la defendida por Mark TUSHNET⁵⁴, quien plantea derechamente eliminar dicha institución del ordenamiento jurídico norteamericano por ser parte de un constitucionalismo elitista. TUSHNET, basa su teoría en la convicción de que los órganos políticos son los únicos que hablan por el pueblo y que por ende son los encargados de interpretar sus intereses⁵⁵. Por esto plantea que el pueblo debería estar autorizado para ignorar a la Corte Suprema en materia constitucional si plantean por sí mismos una interpretación que sea razonable con la constitución⁵⁶, en otras palabras, propone dejar la decisión final en materia constitucional al pueblo, siempre que su

⁵² Los populistas advierten “una incesante identificación de límites sobre la regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes, como responsabilidad principal de los jueces y juristas; y consecuentemente, en la hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios; en la oposición a todas las reformas institucionales, particularmente a aquellas orientadas a expandir el nivel de compromiso político popular, lo cual es visto como algo que amenaza el sistema de derechos”. UNGER, Robert, *What Should Legal Analysis Become?* (London, Verso, 1996), p.72, en GARGARELLA, Roberto cit. (n.6), p. 254.

⁵³ KRAMER, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York, Oxford University Press, 2004), p. 962 cit. por GARGARELLA, Roberto, *El Nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer* en *Revista de Libros*, (2006) [visible en internet: <https://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular>]

⁵⁴ TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, (New Jersey, Princeton University Press Jersey, 1999).

⁵⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 33.

interpretación se logre ajustar a la constitución⁵⁷. Para TUSHNET, si bien es cierto que tanto el pueblo como los órganos políticos no son particularmente preocupados por los derechos constitucionales, ello se debe a que son conscientes de que el titular de la decisión final es el poder judicial, por lo que plantea que, al quitarle esa facultad, el pueblo inmediatamente recuperara un sentido cívico de respeto y preocupación respecto a la interpretación y practica constitucional.⁵⁸

Otro crítico dentro de la corriente del constitucionalismo popular es Larry KRAMER⁵⁹. Coincide con TUSHNET en la crítica realizada al control de constitucionalidad de la ley, apelando principalmente a argumentos históricos y revitalizando criticas como las de Lincoln y Jefferson analizadas anteriormente. No obstante esto, KRAMER no propone la eliminación total del control judicial de constitucionalidad de la ley, sino que propone distintas soluciones que busquen democratizarlo acercándolo más al modelo de control concentrado de constitucionalidad de la ley⁶⁰. A su vez, propone que la interpretación constitucional realizada por los tribunales esté sujeta a un diálogo político con el pueblo comprendido como el verdadero titular de la interpretación constitucional⁶¹.

Si bien la teoría política de los populistas se sostiene en unos fundamentos bastante sólidos, como es la creencia de que la práctica e interpretación constitucional debe corresponderle principalmente al pueblo, han sido ampliamente criticados por la falta de delimitación de su teoría y por no proponer soluciones eficientes a los problemas que acarrearía el no contar con un sistema de control de constitucionalidad⁶².

2. Critica de Jeremy Waldron.

La crítica de Jeremy WALDRON es probablemente una de las críticas más elaboradas en la materia, y que cuenta además con la ventaja de presentar una argumentación netamente teórica alejándose de los argumentos históricos o enfocados en un sistema en concreto. WALDRON⁶³, busca abstraerse de algún sistema constitucional en concreto y discutir teóricamente sobre el fondo del asunto, esto es, la búsqueda de una justificación a la facultad de los jueces de decidir desacuerdos legítimos cuya resolución debería corresponderle al pueblo. Esta pretensión de WALDRON se basa en dos consideraciones previas. WALDRON cree que el debate respecto al control de constitucionalidad de la ley ha estado influenciado por la postura de cada sector político respecto a los fallos de la Corte Suprema, por lo que cree que al analizar la institución en abstracto se podrá discutir respecto a sus fundamentos sin que influyan las posturas de cada

⁵⁷ Se le ha criticado a Tushnet y a gran parte de los teóricos del populismo, la falta de desarrollo de su teoría en lo referido a su aplicación práctica. No queda claro en Tushnet quien y como determinaría si la interpretación del pueblo es acorde a la constitución, ni en qué casos estaría autorizado a desobedecer a la Corte Suprema. Esta es una de las críticas sostenidas por, Alexander y Solum. ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence, *Popular Constitutionalism?*, en *Harvard Law Review*, 118 (2005), p. 1594.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 120 – 127.

⁵⁹ KRAMER, Larry, cit. (n.53).

⁶⁰ *Ibid.* p. 256.

⁶¹ *Ibid.* pp. 249-253.

⁶² Además de la crítica de ALEXANDER y SOLUM, cit. (n.57) es posible encontrar una crítica similar en, TRIBE, Laurence, *The People Themselves: Judicial Populism*, en *The New York Times*, 24 de octubre de 2004.

⁶³ “Lo que quiero es identificar un argumento central contra el control judicial de la legislación que sea independiente, tanto de sus manifestaciones históricas como de las cuestiones sobre sus efectos particulares- las decisiones (buenas o malas) que ha concedido, las desilusiones que ha generado y los logros positivos que ha alcanzado”. WALDRON, Jeremy, *El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación* en FABRA, José y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *Filosofía del derecho constitucional, cuestiones fundamentales*, (México, Unam, 2005), p.155.

uno respecto a un tema en concreto⁶⁴. En segundo lugar, plantea que la crítica a esta institución es aplicable a sistemas con historia y modelos distintos al norteamericano, por lo que la abstracción permite llegar a realidades jurídico políticas distintas.

WALDRON critica al control de constitucionalidad de la ley⁶⁵ por dos motivos, en primer lugar, señala que este provoca que los debates no se enfoquen sobre posturas morales respecto a un derecho determinado sino que sobre precedentes, leyes e historia. En segundo lugar, señala que es un medio ilegítimo para resolver debates en materia de derechos desde una perspectiva democrática, ya que vulnera los derechos políticos de los ciudadanos y no respeta el principio de igualdad⁶⁶.

WALDRON, plantea como objetivo de su trabajo “establecer un procedimiento de toma de decisiones cuya operatividad solucione, no recomience, las controversias cuya existencia generó la necesidad de un procedimiento en primer lugar. Esto significa que aun cuando los miembros de la sociedad que nos estamos imaginando, discrepan acerca de los derechos, necesitan compartir una teoría de la legitimidad para el procedimiento de toma de decisiones que ha de solucionar los desacuerdos. De modo que, al pensar acerca de las razones para establecer tal procedimiento, deberíamos pensar sobre las razones que podrían ser suscritas por personas en ambos lados de cualquiera de los desacuerdos”⁶⁷. Para establecer este procedimiento, WALDRON propone una serie de condiciones políticas necesarias en las que se debe enmarcar el procedimiento. Debe ser un sistema en el que tanto el poder legislativo como el poder judicial (o el Tribunal Constitucional) funcionen de manera correcta, en el que el pueblo tenga una actitud de respeto hacia los derechos y en el que haya un desacuerdo respecto al contenido de dichos derechos⁶⁸. Para establecer este procedimiento, WALDRON argumenta que podemos identificar dos tipos de razones, las razones orientadas al procedimiento y las orientadas al resultado.

WALDRON, señala que la forma tradicional de argumentar en la materia es utilizar argumentos orientados al resultado para defender el control de constitucionalidad, y por el contrario, utilizar argumentos enfocados al procedimiento para criticarlo. WALDRON comienza su crítica intentando demostrar que en lo que se refiere al resultado, no hay argumentos suficientes para justificar el control de constitucionalidad de la ley. Para esto identifica tres argumentos enfocados en los resultados utilizados frecuentemente por los defensores del control de constitucionalidad e intenta demostrar que estos no logran dar una defensa satisfactoria del mismo. Lo importante aquí, es que WALDRON no busca demostrar que en cuanto al resultado un sistema sea mejor que otro, sino que busca demostrar que en cuanto al resultado ambos sistemas son igualmente susceptibles a errores y aciertos, por lo que el resultado no es un buen motivo para optar por uno u otro. Los argumentos son los siguientes:

⁶⁴ WALDRON da como ejemplo paradigmático el caso del aborto. Plantea que las defensas o críticas al control de constitucionalidad de la ley se encuentran influidas por la postura de cada uno respecto a un eventual fallo sobre el derecho aborto. De esta forma el debate deja de referirse a la legitimidad del tribunal para decidir sobre el aborto y pasa a enfocarse sobre las creencias de cada uno sobre el aborto. *Ibid.* p.156.

⁶⁵ WALDRON crítica a los sistemas fuertes de control de constitucionalidad, los que define como aquellos en los que el tribunal está autorizado para tomar la decisión final en materia de derechos invalidando decisiones democráticas. Por tanto, no crítica a los sistemas de constitucionalismo débil (como Nueva Zelanda, o el Reino Unido). *Ibid.* pp.158-166.

⁶⁶ *Ibid.*, p.157.

⁶⁷ *Ibid.*, p.178.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 165-176.

- i. El control judicial de constitucionalidad de la ley puede ir orientado a casos particulares⁶⁹: Waldron señala que uno de los argumentos que se suele utilizar en favor del control es que este suele enfrentarse a casos concretos, lo que dado la naturaleza de los derechos individuales que se busca proteger, hace que el poder judicial sea el más óptimo para resolverlos. Respecto a esto, WALDRON señala que esto no es totalmente cierto. En el caso norteamericano, los precedentes que son realmente importantes para la configuración del sistema jurídico, son los que emanan de los tribunales superiores de justicia, en este sentido, cuando un caso llega a estas esferas de discusión, suele ser tratado en un nivel abstracto, en el que lo que importa ya no es tanto la discusión particular original sino la discusión de fondo sobre la interpretación de un derecho. En el sistema europeo continental esto es más claro, sobre todo en los casos en los que se busca anular directamente una ley. Por el contrario, en los casos en los que se discute la inaplicabilidad para un caso concreto, el razonamiento es el mismo que el utilizado para el *common law*.
- ii. Enfocada a la carta de derechos⁷⁰: WALDRON afirma, que un segundo argumento recurrente de los defensores del control judicial de constitucionalidad de la ley, es que los jueces pueden alcanzar mejores resultados, dado que el debate judicial propicia la discusión enfocada a la carta de derechos constitucionales. Esto hace que el debate se enmarque en los contornos específicos dados por el texto constitucional y busque resolver de la mejor manera posible dentro de esos márgenes. WALDRON señala nuevamente que este argumento no es útil para dar una razón definitiva a favor del control judicial de constitucionalidad de la ley. El argumentar basado en la carta de derechos, puede provocar que se caiga en dos vicios democráticos (que analizaremos en profundidad más adelante). Estos son, en primer lugar, el textualismo, en virtud del cual el juez se encuentra limitado por un conjunto de palabras que no son suficientes para resolver todos los conflictos que surgen al interior de una sociedad. El otro vicio democrático que provoca esta argumentación orientada a la carta de derechos, es que el juez, busca una forma de ajustar su interpretación del caso y de la ley, para que encaje con lo preceptuado en la constitución.
- iii. Exposición de razones⁷¹. En este último punto, WALDRON señala que uno de los principales argumentos enfocados en el resultado para defender el control de constitucionalidad, es aquel que se basa en la calidad argumentativa que debe dar un tribunal para fundamentar su decisión. Respecto a esta afirmación, WALDRON señala que hay que distinguir entre la exposición de razones respecto al tema moral objeto de la discusión, de la exposición de razones que se hace respecto a la legitimidad de la decisión. La lógica de la discusión en tribunales se orienta principalmente a fundamentar porque una decisión determinada, es legítima. En el caso norteamericano esto se expresa a través del intento del tribunal de fundamentar su decisión en un precedente anterior que le de validez, y en el caso europeo continental, esto se ve en el intento de los tribunales de adecuar su decisión respecto a algún precepto específico de la constitución. Esto quiere decir, que el razonamiento judicial

⁶⁹ *Ibid.*, pp.188- 195.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 189-191.

⁷¹ *Ibid.*, pp.191-197.

se aleja de la discusión moral sobre un asunto (precisamente por ser su deber constitucional resolver de manera legitimada), por verse obligado a buscar una forma de adecuar su razonamiento con alguna norma que legitime su decisión. Por el contrario, en la discusión legislativa los representantes son totalmente libres de argumentar a favor o en contra de una determinada postura, basados en sus consideraciones morales o en la voluntad mayoritaria del pueblo. Para ejemplificar el punto, en la discusión sobre el aborto en Chile⁷², gran parte de los argumentos judiciales sobre la materia, se relacionaron con la interpretación jurídica que se debe hacer del artículo 19 n°1, sobre cuándo se debe entender que comienza la vida, sobre si aplica la teoría de la implantación o de la concepción, etc. Por el contrario, la argumentación legislativa, es mucho más libre, y se puede basar en las concepciones morales, religiosas o éticas de la sociedad, de tal manera que se pueda llegar a un acuerdo libre e igualitario respecto a una cuestión moral.

A pesar de que los argumentos presentados por WALDRON enfocados en el resultado no dejan de ser importantes, el fuerte de su teoría se encuentra en el argumento enfocado en el procedimiento⁷³. WALDRON parte de una premisa sumamente interesante. Señala que la creencia en un proceso mayoritario como forma de resolver los legítimos desacuerdos al interior de una sociedad, es el resultado del ideal de los derechos. De esta manera, la justificación última del mayoritarismo, es el derecho y el principio a la igualdad emanada de la igual dignidad de cada persona, por lo que un procedimiento para ser legítimo debe reconocer a cada persona el derecho a participar en la toma de esa decisión⁷⁴.

WALDRON se plantea dos preguntas para explicar su teoría: “pregunta (1) ¿Por qué este grupo de aproximadamente quinientos hombres y mujeres (los miembros del legislativo) deben tener el privilegio de tomar decisiones que me afectan a mí y a doscientos millones de personas más? Y (2) aun si acepto que los quinientos tengan este privilegio ¿Por qué no tuvo mayor peso la postura de los legisladores que concordaban conmigo?”⁷⁵. En base a estas dos preguntas, y siempre con la premisa del principio de la igualdad y la equidad política como base de la argumentación, WALDRON señala que la respuesta viene dada, en primer lugar, por la teoría de la representación democrática. En base a esta, se le reconoce a cada persona un derecho igual de participación política para tomar la decisión sobre quienes deben ser los representantes de sus puntos de vista en el congreso. Esto basado en la necesidad de llegar a acuerdos, y tomar decisiones de manera razonada, lo que es posible de mejor manera si designamos a un grupo de personas para que represente los distintos intereses de la sociedad.

La segunda pregunta la responde WALDRON señalando que el principio de la decisión democrática se utiliza doblemente en el caso de la representación parlamentaria. Una primera vez, para elegir a los representantes, y en un segundo momento, para que estos representantes tomen una decisión respecto al desacuerdo objeto de la decisión. La aplicación del principio de la decisión democrática en ambos casos se basa en la ya señalada equidad e igualdad. De tal manera que el proceso legislativo para resolver los desacuerdos se funda en que los ciudadanos votan democráticamente y en igualdad de condiciones al resto de sus conciudadanos por un representante que lleve sus ideas al parlamento. Posteriormente, en el parlamento los

⁷² Se puede revisar la sentencia del Tribunal constitucional de fecha 28 de agosto de 2017, rol n° 3729-17-cpt.

⁷³ WALDRON, Jeremy, cit. (n.63), pp. 195-205.

⁷⁴ *Ibid.*, pp.181-182.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 196.

representantes de los ciudadanos votan de manera igualmente equitativa y democrática por la mejor manera de resolver un desacuerdo en específico.

Por tanto, la respuesta de WALDRON a esas preguntas es que en reconocimiento de la igualdad de cada persona y en consideración a la divergencia de opiniones respecto a una gran cantidad de temas, creamos un sistema en el que cada opinión sea igualmente valorada, por lo que la justificación por la que la decisión es válida es precisamente que el procedimiento mediante el cual se alcanzó fue respetuoso de la voluntad de cada individuo. Por lo mismo, los ciudadanos a pesar de no estar conformes con una decisión determinada son conscientes de que esta decisión es justa desde el punto de vista de cómo se arribó a ella, y son conscientes a la vez, de que en otro caso su voluntad será la triunfadora.

WALDRON se plantea las mismas preguntas para el caso del control de constitucionalidad. En primer lugar, respecto a la designación de los jueces señala que si bien estos son designados por órganos representativos (generalmente con participación del ejecutivo y del legislativo), la legitimidad democrática es evidentemente inferior a la legitimidad del poder legislativo. Por otro lado, el poder judicial no es responsable políticamente como si lo es el poder legislativo. Lo más importante, en todo caso, es la pregunta que se plantea a la forma en la que los jueces resuelven sus disputas. Waldron señala que a pesar de que el argumento a favor del control judicial se funda en que el juez es el más apropiado para decidir cómo resolver los desacuerdos, la forma en la que resuelven estos desacuerdos es igualmente mayoritaria. En definitiva, a pesar de los argumentos de peso entregados por una y otra parte, la decisión final de todas maneras se toma por la vía mayoritaria.

Lo anterior, según WALDRON, es enormemente criticable toda vez que “La DM ⁷⁶ es adecuada para personas que tienen una exigencia moral de insistir en ser consideradas como iguales en algún proceso de toma de decisiones. Pero no puedo observar fundamentos morales para esta exigencia en el caso de los jueces de la corte suprema. Ellos no representan a nadie. Su demanda de participación es funcional, no una cuestión de estar autorizados por personas a las que representan” ⁷⁷.

En el principio de este apartado señalé que WALDRON critica el control de constitucionalidad por dos motivos. En primer lugar, porque este provoca que los debates no se enfoquen en los derechos, sino que versen sobre cómo justificar una decisión judicial determinada. En segundo lugar, por ser una forma de resolución de desacuerdos que no es legítima desde una perspectiva democrática. En la diferenciación que hace de WALDRON entre argumentos orientados al resultado y argumentos orientados al procedimiento se encuentra la fundamentación de cada una de estas críticas. Desde la perspectiva del resultado WALDRON señala que no hay argumentos suficientes para defender la tesis de que el control de constitucionalidad es una mejor forma de defender los derechos, sino que por el contrario, provoca el problema de diluir el tema central de desacuerdo para enfocarlo en formas de legitimar la decisión del tribunal (historia, precedentes, legalidad, entre otros). Desde la perspectiva del procedimiento, WALDRON señala que no hay motivos suficientes para justificar la legitimidad democrática de un órgano no electo democráticamente para resolver desacuerdos sociales legítimos, por el contrario, el poder legislativo a través de la utilización de la DM si cuenta con legitimidad para la resolución de dichos desacuerdos. constitucionalidad

⁷⁶ Decisión mayoritaria.

⁷⁷ WALDRON, Jeremy, cit. (n.63), p.201.

III. ¿ES CORRECTA LA PREMISA MAYORITARIA?

Como vimos en el capítulo anterior, la principal crítica al control de constitucionalidad de la ley es la falta de legitimidad democrática de los jueces para resolver los desacuerdos sobre derechos. Frente a esta crítica los defensores del control de constitucionalidad han tomado distintas posturas. En este capítulo analizaré aquellas tesis que como señala FERRERES⁷⁸ niegan la relevancia de la objeción democrática. Posteriormente presentaré las principales críticas a cada una de estas tesis. El objetivo de este capítulo es demostrar que, a pesar de los intentos de quitar relevancia a la crítica mayoritaria, el problema contramayoritario es real, por lo que si se desea defender el control de constitucionalidad de la ley se debe reconocer su importancia y a partir de ahí proponer soluciones.

1. El mayor valor democrático de la constitución.

Esta primera tesis se basa en negar que el control judicial de constitucionalidad de la ley involucre una medida contramayoritaria, toda vez que la constitución es más legítima que la ley por involucrar una manifestación más importante de la voluntad popular. Tiene su formulación más conocida en la argumentación presentada por Alexander HAMILTON en el Federalista 78, retomada posteriormente en la fundamentación realizada por el juez Marshall en *Madison vs Marbury*.

HAMILTON, como ya analizábamos en el capítulo uno, plantea que el deber del poder judicial es mantener el valor y la vigencia de la constitución, para lo cual debe tener la facultad de anular aquella legislación que sea contraria a lo consagrado en esta. Lo fundamental, es que HAMILTON se percató inmediatamente de las críticas de las que sería objeto una potestad como la anterior, por lo que buscó dar una respuesta a las eventuales críticas, argumentando que el control de constitucionalidad no implica vulnerar la voluntad democrática del pueblo manifestada a través del legislativo, sino que implica proteger la voluntad democrática del pueblo contenida en la constitución⁷⁹. De esta manera HAMILTON da vuelta la crítica que se realiza al control de constitucionalidad argumentando que si lo que realmente interesa es defender la democracia, el mejor modo de hacerlo es precisamente a través de la protección de la constitución.

Tanto HAMILTON como MARSHALL⁸⁰ utilizan como argumento central la supremacía constitucional, que entiende que la constitución es una norma jurídica de carácter especial por ser una manifestación de la voluntad del pueblo en un momento jurídico político especial. Es precisamente la especialidad de la norma lo que hace que, frente a una norma jurídica de carácter inferior, como aquellas emanadas del poder legislativo, el valor de la constitución se imponga, de tal manera, que un juez al anular una ley en vez de subvertir la voluntad del pueblo plasmada en un acto democrático legislativo, está protegiendo la voluntad del pueblo plasmada en un acto democrático constituyente.

Ahora bien, el argumento de HAMILTON y de MARSHALL, tiene varios problemas que tornan su aplicación conflictiva. En primer lugar, al utilizar un argumento de carácter histórico

⁷⁸ FERRERES COMELLA, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, en FABRA, Jorge Luis y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, cit. (n.63), p.359.

⁷⁹ HAMILTON, Alexander, CIT. (n.4).

⁸⁰ GARGARELLA, Roberto, *La dificultad de defender el control judicial de las leyes* en *Isonomía*, 6 (1997), pp.56-57.

que se basa en el supuesto gran consenso social que le da mayor valor democrático a la constitución, el argumento queda expuesto a que un estudio histórico que demuestre la falsedad de la premisa mayoritaria en el momento constituyente le quite toda validez a la justificación. De tal forma, que si se intentase aplicar esa argumentación al caso chileno como fundamento del control judicial de constitucionalidad de las leyes, un argumento histórico demostraría que el momento dictatorial en el que se redactó nuestra constitución, le quita cualquier valor al argumento del valor democrático. De esta manera, para apelar a la voluntad del pueblo como argumento para limitar el rol de la democracia, habría que demostrar que el pueblo efectivamente se manifestó a favor de dicha constitución⁸¹.

Un segundo problema al que se enfrenta esta tesis, es que aún si llegamos a conceder que la constitución representa una manifestación de voluntad popular más importante que la que representa la ley, la interpretación constitucional suele ser controvertida. Como señala FERRERES, “El tribunal puede acertar cuando trata de interpretar la voluntad popular que la constitución encierra, pero también puede equivocarse”⁸², y si es así, el control de constitucionalidad de todas maneras implica una pérdida democrática, ya que es un órgano no democrático el que interpreta la voluntad popular. Este problema no existiría si se pudiese aplicar una interpretación textualista de la constitución, pero la realidad es que la mayor parte de las constituciones incluyen catálogos de derechos y principios abstractos, lo que provoca que muchas veces sea en el proceso de interpretación donde se resuelven los desacuerdos.

El centro del problema de esta defensa del control de constitucionalidad es entonces encontrar una teoría de la interpretación jurídica en la que el juez al anular una decisión democrática no esté resolviendo por sí mismo el desacuerdo, sino que este protegiendo la voluntad popular contenida en la constitución. De lograrse este objetivo la relevancia de la crítica mayoritaria se vería fuertemente disminuida.

Descartada la posibilidad de una interpretación textualista, queda analizar las otras teorías de interpretación jurídica que permitan sostener la tesis de HAMILTON y MARSHALL. Me enfocare en dos teorías de la interpretación, la originalista y la teoría de la ponderación de Alexy.

Una interpretación originalista es la que realiza un análisis histórico para encontrar la voluntad de los redactores de la constitución e interpretar la misma en base a estas voluntades. El gran problema de la interpretación originalista es que el estudio histórico necesario para encontrar la voluntad originaria de los redactores de la constitución, es bastante complejo e involucra a su vez, una gran cantidad de decisiones. Por tanto, el juez al decidir cuáles serán las fuentes históricas que utilizará, a qué constituyentes en específico se remitirá, o cuál de las interpretaciones dada por los constituyentes utilizará, está siendo de todas maneras discrecional. En definitiva, el proceso de interpretación originalista se distorsiona, toda vez, que ya no se busca la voluntad original del constituyente, sino que se busca una forma de justificar históricamente una postura determinada⁸³.

⁸¹ Gargarella, se pronuncia en este mismo sentido respecto a la historia constitucional norteamericana “En el caso particular de los Estados Unidos, ello quedaría demostrado con una simple investigación histórica, que ratifique lo que ya se sabe: que al tiempo de redactarse la constitución, buena parte del “pueblo” de los Estados Unidos resultaba directamente ignorado o excluido. Los esclavos, las personas de color, las mujeres, los que no tenían una posición económica decente, no participaron directa ni indirectamente en el proceso constitucional” *Ibid*, pp.56-57

⁸² FERRERES, Víctor, cit. (nº78)

⁸³En este sentido Tushnet señala que “El originalismo implica una contradicción. Por un lado, se recurre al método hermenéutico para analizar la historia evitando arbitrariedades y, por otro, se deja de lado este método a fin de

La interpretación originalista genera otro problema. Aún si asumimos que es un buen método de interpretación para conocer la voluntad de los redactores de la constitución, es discutible que los desacuerdos actuales en materia de derechos deban ser resueltos por generaciones anteriores, como señala FERRERES “Aunque se considere que la constitución, en su momento, reflejó la voluntad popular de manera más genuina que las leyes ordinarias, el paso del tiempo diluye esta superioridad democrática”⁸⁴. Surge entonces un problema prácticamente insoluble. Si entendemos que las disposiciones abstractas deben interpretarse acorde a los tiempos actuales, hay un problema de legitimidad democrática en el control de constitucionalidad que surge de la actividad interpretativa del tribunal. Si, por el contrario, entendemos que estas disposiciones deben interpretarse conforme a la voluntad originaria de los redactores de la constitución, entonces no habría un problema desde el punto de vista de la legitimidad democrática en el proceso interpretativo pero habría un problema para justificar que las generaciones anteriores resuelvan desacuerdos actuales.

Un intento de resolver este problema es la tesis que cree que la función de la constitución es limitar decisiones posteriores. Para estas concepciones del derecho la constitución es el medio por el cual la sociedad se limita a sí misma para evitar eventuales decisiones que la puedan perjudicar. La crítica que se realiza contra este tipo de razonamiento es que permite a una generación limitar la capacidad de debate y decisión de futuras generaciones⁸⁵. En otras palabras, al establecer límites constitucionales a la capacidad de debatir ciertos temas en el futuro lo que sucede es “una mayoría simple tomando la decisión de que la mayoría simple puede no ser la mejor forma de tomar decisiones sobre ciertos temas”⁸⁶.

Una segunda teoría de la interpretación es la teoría de la ponderación planteada por Robert ALEXY. Analizaré esta teoría dado que busca defender una manera no arbitraria de interpretar los principios jurídicos abstractos. Por ende, no cae en el problema que identificamos respecto al originalismo (decidir desacuerdos actuales en base a opiniones de generaciones anteriores). Como ya señalé anteriormente, si es que fuese posible encontrar una teoría de la interpretación jurídica en la que los principios jurídicos se interpreten conforme a los tiempos actuales pero que no sea un acto de arbitrariedad judicial, la crítica democrática perdería gran parte de su relevancia. En este sentido considero que la teoría de ALEXY es la más elaborada.

ALEXY, basa su teoría en el presupuesto de que hay distintos tipos de normas⁸⁷. Por un lado existen reglas que son normas que tienen una aplicación de tipo todo o nada. Por otro lado, los principios son normas que funcionan como mandatos de optimización y por tanto son susceptibles de distintos grados de cumplimiento. Dependiendo del tipo de norma el procedimiento interpretativo será distinto. El modelo de ponderación es el modo de

seleccionar e interpretar las intenciones originarias, ya que no solo se necesita reconstruir el pasado, sino que además hay que hacerlo creativamente para poder superar el salto entre aquel tiempo y el presente.” TUSHNET, Mark, *Red, White and Blue*, (Harvard, 1988), p. 36.

⁸⁴ FERRERES, Víctor, cit. (n°78).

⁸⁵ Como señala Juan Carlos Bayón “Fatalmente, si un tema está retirado de la agenda política, la decisión de retirarlo o no, tuvo que ser en algún momento uno de los temas de la agenda. En otros términos: toda comunidad política en la que el derecho a “X” este institucionalmente sustraído al poder de decisión de la mayoría ha tenido que pasar por algún momento en el que la suerte de ese derecho ha estado, forzosamente, en manos del poder de decisión de alguien” BAYÓN, Juan Carlos, *Problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en CARBONELL, Miguel, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional* (Madrid, Trotta, 2010), p. 308.

⁸⁶ ELSTER, John, cit. por FERRERES, Víctor (n.82), p. 169.

⁸⁷ ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en CARBONELL, Miguel, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, cit. (n.85), pp. 106-107.

argumentación jurídica en los casos en los que hay presencia de principios jurídicos, contrario a la subsunción que aplica cuando hay reglas. ALEXY es consciente de que la resolución por un juez en casos en los que hay principios que son susceptibles de distintos grados de cumplimiento es problemática. Para ello crea una teoría de la interpretación con la pretensión de demostrar que el juez al resolver un caso de este tipo no está siendo arbitrario, sino que está aplicando el derecho correcto^{88 89}.

Para ALEXY, la ponderación es una manifestación del principio jurídico de proporcionalidad “que consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de la optimización. Como mandatos de optimización los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas”⁹⁰.

En base a estos tres subprincipios, ALEXY propone un modelo de argumentación jurídica, en el que la decisión entre aplicar un principio jurídico u otro da como resultado una decisión jurídica correcta y no una decisión jurídica arbitraria. De esta manera, frente a un caso de colisión de derechos se debería hacer lo siguiente: “El principio de idoneidad excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio sin favorecer al menos uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir(...) el principio de necesidad, postula que, de dos medios que acaso favorezcan igual de bien a p1, se elige aquel que afecte menos intensamente a p2”⁹¹. A su vez, el principio de proporcionalidad en sentido estricto involucra que “cuanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe la importancia de la satisfacción del otro”⁹².

En base a estos tres subprincipios, ALEXY plantea que la decisión alcanzada por medio de la ponderación será la respuesta correcta desde un punto de vista jurídico. El problema está en que este sistema de argumentación jurídica, es sumamente útil, pero para conseguir objetivos menos ambiciosos que los planteados por ALEXY. De este modo, una resolución judicial estructurada en estos términos, tendrá una lógica interna importante y presentará razones y argumentos de manera elaborada, lo que no quiere decir bajo ningún supuesto que sea la respuesta correcta. Solo significa que dentro de distintas opciones respecto a las cual hay desacuerdo, se eligió razonadamente una. En este sentido ha estado orientada la crítica de HABERMAS al juicio de ponderación al señalar que “El juicio es, entonces, incluso un juicio valorativo que refleja dentro de un orden estricto de valores, una forma de vida articulada más o menos conveniente, pero, de ningún modo, se aplica más a la alternativa de si la decisión adoptada es verdadera o falsa”⁹³.

Esta primera crítica de HABERMAS, apunta precisamente a la pretensión de veracidad alcanzada por medio de la ponderación, lo que de ser cierto, minaría la crítica democrática. No

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 115-116.

⁸⁹ ALEXY explica el modelo de ponderación recurriendo al conocido caso Lüth. En este caso, señala ALEXY, el tribunal alemán estableció tres ideas básicas que dan forma al constitucionalismo alemán. En primer lugar, los derechos fundamentales forman un orden objetivo de valores, en segundo lugar, los derechos fundamentales tienen un efecto irradiante sobre todo el sistema normativo, y en tercer lugar, una colisión de principios solo puede solucionarse mediante la ponderación, *Ibid.*, pp. 108-109.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 111.

⁹¹ *Ibid.*, p. 109.

⁹² *Ibid.*, p. 110.

⁹³ HABERMAS Jürgen, *Die Einbeziehung des Andersens* (Frankfurt, 1996), p. 369, cit. por ALEXY, Robert cit. (n.87), p. 110.

niego que en algunos casos, la ponderación como manifestación del principio de proporcionalidad nos pueda dar resultados con un nivel de corrección bastante elevado. El problema se suscita en materias de desacuerdos morales, en los que la ponderación se debe basar necesariamente en consideraciones morales propias del intérprete. Por ejemplo en discusiones sobre aborto o eutanasia no parece tan sencillo afirmar que el derecho a la vida se impone al derecho a la dignidad humana o a la libertad. En casos como estos la resolución del desacuerdo político moral por medio de la ponderación será totalmente discrecional, seguirá un razonamiento lógico, claramente, pero de todas maneras será discrecional.

Es precisamente por lo anterior que HABERMAS señala que “Cuando en caso de colisión todas las causas pueden adoptar el carácter de argumentos finalistas, se derrumba aquel muro divisorio que se estableció en el discurso jurídico con una comprensión deontológica de las normas y principios del derecho (...) porque faltan medidas racionales al respecto, la ponderación se verifica bien arbitrariamente, bien irreflexivamente, conforme a estándares y jerarquías acostumbradas.”

De esta manera, ninguna de las teorías de la interpretación permite salvar a la teoría de Hamilton y de Marshall de la crítica democrática al control de constitucionalidad.

2. El argumento del valor de los derechos.

Una segunda forma de negar relevancia a la crítica democrática es aquella que considera que la democracia tiene un contenido específico a priori, que es por tanto, independiente de su adopción democrática. Si esta concepción de democracia es cierta, el control de constitucionalidad no sería antidemocrático, ya que no cualquier decisión mayoritaria sería a su vez una decisión democrática. Este contenido previo de la democracia son ciertos derechos básicos. HIERRO entiende que los derechos básicos son “aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral”⁹⁴, por lo anterior los defensores de esta postura entienden que respecto a estos derechos hay un “coto vedado”⁹⁵ o que constituyen “la esfera de lo indecible”⁹⁶, por nombrar solo algunas de las formulaciones de esta teoría. La idea es que ciertos derechos vitales para la vida democrática y para la realización de los individuos como sujetos morales, deben estar sustraídos de la decisión democrática, y esto basado en que las constituciones son en palabras de DWORKIN⁹⁷ “cartas de triunfos frente a la mayoría”⁹⁸. Lo importante para analizar el valor de esta respuesta a la crítica democrática, no es discutir respecto a cuales son los derechos que los teóricos creen deben protegerse de las mayorías, sino discutir el cómo y bajo qué legitimidad se deciden cuáles son esos derechos.

Los defensores de esta concepción de la democracia han adoptado diversas estrategias para defender el control de constitucionalidad frente a la crítica democrática.

La teoría más relevante es la de John RAWLS. Si bien RAWLS no plantea su teoría como una defensa del control de constitucionalidad de la ley, creo que a pesar de eso su teoría es la que da la respuesta más importante a la crítica democrática. RAWLS plantea que un diseño

⁹⁴ HIERRO, Liberio, *El concepto de justicia y la teoría de los derechos*, p.33, en DÍAZ, Elías, (ed.) *Estado, justicia, derechos*, (Madrid, Alianza,2002), p.33, en GARCÍA JARAMILLO, Leonardo; CARBONELL, Miguel, cit. (n.85), p.304.

⁹⁵ GARZÓN VALDÉS, Eduardo, *Derecho, ética y política* (Madrid, Ced, 1993), p. 644.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, Trotta, 2001), p. 36.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Barcelona, Planeta Agostini, 1993), pp. 198-199.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 198-199.

institucional tiene dos elementos. Debe ser un procedimiento justo que satisfaga las exigencias de igual libertad⁹⁹ y entre todos los procedimientos justos debe ser el que haga más probable que se alcancen resultados justos¹⁰⁰. Para Rawls el que el procedimiento respete los principios de igual libertad es importante porque permite “dar a cada uno una voz igual a la de todos los demás en la determinación del modo en que han de quedar dispuestas las condiciones sociales básicas”¹⁰¹. Por tanto, para RAWLS un procedimiento se debe justificar tanto procedimentalmente como moralmente.

Lo importante para la defensa del control de constitucionalidad de la ley es que RAWLS afirma que la libertad política será menor cada vez que el procedimiento democrático de toma de decisiones se limita por los mecanismos del constitucionalismo¹⁰². En este sentido uno de los mecanismos más importantes para limitar el procedimiento democrático de toma de decisiones en los sistemas constitucionales modernos es precisamente el control de constitucionalidad de la ley. RAWLS plantea que la justificación de los mecanismos del constitucionalismo es que presumiblemente protegen las demás libertades. Por tanto, un mecanismo que limite la capacidad de decisión democrática se justifica si permite dar mejor protección al sistema de derechos en su conjunto¹⁰³. En base a este esquema “los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo conllevan inevitablemente la restricción de uno de nuestros derechos (el de participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas) que, sin embargo, cabe la posibilidad que quede compensada por una mejor protección de los demás derechos”¹⁰⁴.

En base al argumento de RAWLS, para defender el control de constitucionalidad (entendiéndolo como uno de los mecanismos contramayoritarios de las constituciones modernas), habría que analizar su efectividad para proteger los derechos. Este tipo de argumentación es objeto de distintos tipos de críticas. Una primera crítica es la formulada por WALDRON. Como ya se explicó, la crítica de WALDRON se dividía en dos clases de argumentaciones. Su primera crítica era que en cuanto al resultado el control de constitucionalidad no era un mejor medio que el debate legislativo para proteger los derechos. Esta afirmación está sujeta a debate y no creo que sea un argumento concluyente contra el control de constitucionalidad de la ley. Su segunda crítica era que en cuanto al procedimiento el control de constitucionalidad no es legítimo democráticamente ya que no respeta el derecho a la igualdad política de cada individuo. El problema de este argumento es que la teoría de RAWLS parte asumiendo que los mecanismos contramayoritarios restringen el derecho de participación y lo justifica por su capacidad de proteger los derechos, por lo que nos devuelve a la discusión sobre si el control de constitucionalidad es el mejor mecanismo para proteger los derechos. En otras palabras, pueden ser ciertas todas las críticas basadas en el procedimiento que WALDRON realiza al control de constitucionalidad, pero esto no será determinante si el control de constitucionalidad es el mejor método para proteger los derechos.

Dado que ninguno de los dos argumentos anteriores de WALDRON es concluyente en contra de la teoría de RAWLS, presenta otra línea argumentativa que creo es la más determinante

⁹⁹ Dichas exigencias son la protección de las libertades personales fundamentales y el aseguramiento de un estatus común de igual ciudadanía. RAWLS, John, *Una teoría de la justicia* (sexta reimpresión al español, 2006, traducción María Dolores Gonzales, original en Cambridge, Press of Harvard University Press, 1971), pp. 175-194.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p.221.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 233.

¹⁰² *Ibid.*, p. 224.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 228-231

¹⁰⁴ BAYÓN, Juan Carlos cit. (n.85), p. 340.

al momento de evaluar la efectividad de esta teoría para defender el control de constitucionalidad. WALDRON plantea que como existe un desacuerdo respecto a los derechos no tiene sentido proponer un sistema que sea más útil para proteger esos derechos objeto del desacuerdo¹⁰⁵. Esta crítica de WALDRON, apunta al núcleo del problema de una defensa como esta. Para defender que un mecanismo contramayoritario como el control de constitucionalidad de la ley es legítimo por su capacidad para proteger ciertos derechos, es necesario tomar una postura respecto a cuáles son los derechos que se deben proteger¹⁰⁶.

Este problema ha sido abordado por HABERMAS quien señala que las teorías que deciden lo justo teóricamente caen en un elitismo epistemológico. HABERMAS, respecto a la teoría de la justicia de RAWLS asegura que en estas teorías “los ciudadanos no pueden reiniciar la ignición del núcleo radical democrático de la posición original en la vida real de su sociedad, pues todos los discursos de legitimación esenciales han tenido lugar en el seno de la teoría; y los resultados de los debates teóricos se encuentran ya sedimentados en la constitución”¹⁰⁷. HABERMAS cree que los derechos y la soberanía popular se encuentran directamente relacionados, toda vez que “los propios ciudadanos en el proceso de autolegislación evalúan la validez de las normas jurídicas según las condiciones establecidas por los discursos prácticos de la búsqueda cooperativa del entendimiento y no tienen otro remedio más que otorgarse recíprocamente derechos fundamentales de la persona humana”¹⁰⁸. HABERMAS extrae su postura principalmente de un análisis de las teorías de ROUSSEAU y KANT¹⁰⁹, y respecto a este último realiza una interpretación en la que compatibiliza la idea de soberanía popular con la razón práctica. KANT afirma en su Doctrina del Derecho que “El poder legislativo sólo puede pertenecer a la voluntad conjunta del pueblo. Porque, dado que es de ella de donde derivan todos los derechos, no puede de ninguna manera herir con sus leyes el derecho de nadie. Ahora bien, cuando alguien toma medidas contra otro siempre es posible que le haga injusticia, nunca sin embargo cuando dispone sobre sí mismo (puesto que *volenti non fit iniuria*). Así pues, sólo la voluntad consensual y unificada de todos, y por consiguiente sólo la voluntad popular unificada en general, puede ser legisladora, en la medida en que aquello que cada uno resuelve sobre todos es justamente lo mismo que aquello que todos resuelven sobre cada uno”¹¹⁰. HABERMAS cree que en base a este argumento de Kant, se puede dar una fundamentación teórica a los derechos que emanan de la soberanía del pueblo, por lo que afirma que el argumento de Kant sirve “Para que la razón que legitima el dominio no deba ya rebasar a la voluntad soberana del pueblo y afianzar los derechos humanos en un estado de naturaleza ficticio, como sucede en la teoría de Locke, se imprime una estructura racional en la propia autonomía de la praxis legisladora”¹¹¹.

Creo que la crítica de HABERMAS apunta al centro del problema del control de constitucionalidad. Si justificamos un mecanismo contramayoritario como el control de

¹⁰⁵ WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, pp. 248-249 y 252 y 254 cit. por BAYÓN, Carlos cit. (n.85).

¹⁰⁶ RAWLS plantea una teoría de la justicia, en la que determina cuales son los principios de justicia que se deben proteger por medio del diseño institucional. Para esto propone su teoría de la posición original y del **velo de la ignorancia**. Es en base a los principios de justicia que extrae de su teoría que evalúa cuáles serán los mecanismos contramayoritarios que estarán justificados. RAWLS, John. Cit. (n.99)

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen, *Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks*, cit. por VALLESPIN, Fernando, *Habermas y Rawls: Debate sobre el Liberalismo político* (Barcelona, Paidós, 1998), pp.67.

¹⁰⁸ BARBIERI, Aylton, *La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant* en Doxa 23 (2006), p. 829.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen, *La soberanía popular como procedimiento* en *Cuadernos Políticos* 57(1989) Mayo-Agosto, pp. 53-69.

¹¹⁰ KANT, Immanuel, *Doctrina del Derecho*, p. 46 cit. Por HABERMAS Jürgen, cit. (n.107), p.59.

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen, cit. (n.101), p. 59.

constitucionalidad por su capacidad para proteger los derechos, debemos necesariamente tomar una postura respecto a los derechos que buscamos proteger. Dicha decisión provoca que a través de un procedimiento teórico se resuelvan discusiones respecto a las que hay desacuerdos, por lo que cuando el sistema democrático comienza efectivamente a funcionar gran parte de las discusiones se encuentran ya resueltas por la teoría. Esto es independiente del valor que pueda tener una teoría de la justicia en específico, lo importante de las posturas de WALDRON y HABERMAS es la forma en la que se debe adoptar en la práctica dicha teoría de la justicia. Si creemos que ciertos derechos deben ser reconocidos, la forma legítima de adoptar dichos derechos constitucionalmente es a través de la deliberación popular y no de la protección judicial de alguna visión teórica en específico. El control de constitucionalidad de la ley cuando invalida una ley por considerar que vulnera algún derecho está tomando una decisión que no le corresponde tomar, independiente de que dicha decisión tenga un sustento teórico que la ampare.

Creo que en base a los argumentos presentados contra cada una de las teorías que niega el valor de la crítica democrática al control de constitucionalidad de la ley, se puede concluir que ninguna de dichas teorías es satisfactoria en cuanto a lograr efectivamente quitar valor a la crítica democrática. De esta manera, se hace necesario asumir que el problema democrático al control de constitucionalidad de la ley es real.

IV: INTENTOS DE COMPATIBILIZAR EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY CON LA DEMOCRACIA

En el capítulo precedente analicé las principales críticas democráticas al control de constitucionalidad de la ley y las principales respuestas a dichas crítica. La conclusión a la que arribé es que, dada la importancia y lógica de los argumentos contra el control de constitucionalidad de la ley, y la falta de respuestas satisfactorias contra estos argumentos, es necesario asumir que el control de constitucionalidad de la ley tiene problemas para justificar su legitimidad democrática.

Al arribar a esta conclusión surgen dos opciones. Podemos por un lado asumir que frente a la incapacidad de justificar la legitimidad del control de constitucionalidad de la ley la solución es eliminar dicha institución del ordenamiento jurídico. Esta es la opción a la que arriban algunos de los críticos analizados como WALDRON o TUSHNET. Una segunda opción es argumentar que el control de constitucionalidad de la ley cumple una función en el ordenamiento jurídico que hace necesaria su existencia, por lo que la solución sería buscar medios de legitimar la institución, o por lo menos mejorarla.

Creo que, si bien las defensas al control de constitucionalidad analizadas en el capítulo anterior no presentan un argumento determinante a favor de la legitimidad de la institución, si nos dan argumentos a favor de su utilidad para el sistema jurídico. En este sentido, cada una de las líneas argumentales a favor del control de constitucionalidad de la ley da argumentos valiosos desde la perspectiva de la utilidad de la institución. Las teorías que analizaré en este capítulo recogen los fundamentos de las dos defensas al control de constitucionalidad vistas hasta ahora pero añaden elementos que buscan aumentar la legitimidad democrática de la institución. En este capítulo analizaré tres teorías que persiguen este objetivo: la teoría de la democracia dualista, la teoría de las precondiciones de la democracia y la teoría de la deferencia hacia el legislador.

Por último analizaré el que creo es el intento más exitoso de compatibilizar el control de constitucionalidad con la democracia, el modelo dialógico.

1. Propuestas teóricas.

a. *Teoría de la democracia dualista.*

En el capítulo anterior analicé dentro de las respuestas a la crítica democrática el argumento defendido por Alexander HAMILTON y por el juez Marshall, en el que apelaban al mayor valor democrático de la constitución por sobre la ley como fundamento de la legitimidad del control de constitucionalidad. Creo necesario reconocer que Hamilton y Marshall tienen razón al señalar que, si entendemos a la constitución como una norma de carácter superior al resto de las normas, es necesario algún tipo de mecanismo que busque proteger la supremacía normativa de la constitución. Las críticas a esta línea de argumentación apelaban a un elemento temporal que venía dado por problemas en la legitimidad de origen en muchas de las constituciones modernas y por la necesidad de justificar la legitimidad de una generación pasada para limitar decisiones democráticas de generaciones futuras¹¹².

La teoría se basa en distinguir distintas concepciones de democracia. En concreto distingue entre tres modelos distintos. El modelo monista, el modelo fundacionalista y el modelo dualista. Según el modelo de democracia que se defiende, cambiará según Ackerman, la forma de entender mecanismos como el control de constitucionalidad de la ley. Explicaré brevemente los modelos monista y fundacionalista para entender como el modelo propuesto por Ackerman en contraposición a estos permite una mejor comprensión del control de constitucionalidad de la ley:

- i. La democracia monista¹¹³: Para ACKERMAN una visión monista de la democracia es aquella que cree que “la democracia requiere la concesión de una autoridad legislativa plena a los ganadores de las últimas elecciones generales, en la medida, al menos, en que las elecciones hayan tenido lugar de forma libre y de acuerdo con unas normas justas y en tanto los vencedores de las mismas no traten de impedir la siguiente ronda programada de contiendas electorales.”¹¹⁴. En base a esta concepción de la democracia los monistas consideran que cualquier límite institucional a los vencedores de las elecciones es antidemocrática, salvo ciertas excepciones como aquellas que buscan prohibir al bando ganador eliminar las elecciones o las que resguardan ciertas precondiciones de la democracia¹¹⁵.

¹¹² La teoría de Bruce Ackerman busca precisamente mantener la supremacía de la constitución pero eliminando los problemas temporales que trae aparejada la teoría de Hamilton y de Marshall, como señala GARGARELLA “Ackerman aporta argumentos capaces de conformar razonablemente a los dos bandos en disputa: no negará la importancia de la constitución, pero, al mismo tiempo tampoco ignorará la posibilidad de nuevos acuerdos sociales básicos, no expresados en aquella constitución, ni en una nueva”, GARGARELLA, Roberto, cit. (n.6), p. 154.

¹¹³ ACKERMAN, Bruce, *We the People*, (Quito, IAEN-Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, 2015), pp. 25-29.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹¹⁵ Para ACKERMAN el monismo está inspirado en gran parte en una idealización del sistema británico, basado en el principio de la soberanía parlamentaria. Para un monista una institución como el control judicial de constitucionalidad es manifiestamente antidemocrática, toda vez, que no consideran que un tribunal tenga legitimidad para revertir las decisiones tomadas por los legítimos vencedores en unas elecciones democráticas.

- ii. La democracia fundacionalista de los derechos¹¹⁶: Con esta denominación Ackerman se refiere a la teoría sostenida por un conjunto de autores¹¹⁷ que creen que se debe priorizar los derechos por sobre las decisiones democrática. Los fundacionalista de los derechos como DWORKIN o RAWLS, dice ACKERMAN, consideran que la protección de ciertos derechos básicos es más importante que la participación democrática. Por esto, para el fundacionalista, al contrario que para al monista, le preocupa la posibilidad de una asamblea legislativa que promulgue leyes que vulneren estos derechos básicos. El problema de esta teoría según ACKERMAN es que los fundacionalistas fallan al momento de demostrar la legitimidad de los derechos que creen que deben ser protegidos. Por esto recurren como solución a teorías de reputados autores para fundamentar una visión determinada de los derechos¹¹⁸.

Para ACKERMAN el problema entre ambas formas de comprender en la democracia, es que mientras para los monistas el procedimiento es más importante que el contenido de la decisión, para los fundacionalistas el contenido de la decisión es más importante que el procedimiento.

ACKERMAN cree que la forma correcta de interpretar la democracia norteamericana es a través de una teoría dualista de la democracia. La democracia dualista se basa en que distingue “entre dos decisiones diferentes que pueden tomarse en una democracia. La primera es una decisión que toma el pueblo estadounidense; la segunda, la toma su gobierno”¹¹⁹. Las decisiones del pueblo por una parte “se producen raramente y en unas condiciones constitucionales especiales. Antes de conseguir la autoridad para promulgar una ley suprema en nombre del Pueblo, los partidarios políticos de un movimiento tienen que convencer, primero, a un número extraordinario de sus conciudadanos para que se tomen la iniciativa propuesta con una seriedad que normalmente no otorgan a la política; en segundo lugar, tienen que conceder a sus oponentes una oportunidad razonable para que organicen sus propias fuerzas; y, finalmente, tienen que convencer a una mayoría de sus conciudadanos para que respalden su iniciativa mientras los méritos de ésta son debatidos una y otra vez en los foros de deliberación existentes para la producción normativa de carácter superior”¹²⁰. Cuando se produce este proceso de movilización del pueblo, entiende ACKERMAN que surge legítimamente una producción normativa de carácter superior, es decir, legítima al pueblo a realizar cambios en el sistema constitucional. Por otra parte, las decisiones democráticas del gobierno “tienen lugar a diario, y también en circunstancias especiales. Y lo que es más importante, los cargos clave tienen que responder regularmente ante las urnas. Tienen, además, que recibir incentivos para adoptar una perspectiva en pro del interés público que no esté excesivamente influida por grupos de interés particulares. Incluso cuando este sistema de «producción normativa de carácter ordinario» funciona bien, la constitución dualista impide que los políticos electos exageren su autoridad. No les permite afirmar que una victoria electoral normal les concede un mandato para promulgar una ley ordinaria que anule los

¹¹⁶ *Ibid.*, pp 29-35.

¹¹⁷ Este conjunto de autores fue analizados en el capítulo anterior como aquellas que defendían el control de constitucionalidad a través del “argumento del valor de los derechos”.

¹¹⁸ “Si los jueces tienen que evitar las arbitrariedades a la hora de definir los derechos fundamentales, ¿no deberían aprovecharse de las reflexiones más profundas sobre el tema que ofrece la tradición filosófica occidental”, para Ackerman “Este exaltado discurso sobre Kant y Locke no hace sino poner de manifiesto el elitismo implícito en el hecho de excluir determinadas cuestiones fundamentales del proceso democrático”. *Ibid.*, pp. 30-31.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 24

¹²⁰ *Ibid.*, p. 24.

juicios ponderados previamente formulados por el Pueblo”¹²¹. ACKERMAN plantea que esta visión dualista de la democracia era la tenida en mente por HAMILTON al escribir el federalista¹²².

Bajo esta forma de entender la democracia, cree ACKERMAN que es posible responder a los reparos de los monistas y los fundacionalistas al control de constitucionalidad de la ley.¹²³ En una visión dualista de la democracia, los límites constitucionales a la democracia existen para obligar a los gobernantes a recurrir a la doble vía de producción normativa, de tal manera que “Si los políticos quieren obtener la legitimidad democrática normal para una iniciativa, se les dirige hacia la senda legislativa normal y se les dice que deben ganarse el apoyo de la Cámara, el Senado y el Presidente de la forma habitual. Si pretenden obtener autoridad para producir normativa de carácter superior, se les dirige hacia una senda legislativa especialmente onerosa cuyo carácter y desarrollo histórico será el tema del siguiente capítulo. Solamente si un movimiento político consigue superar con éxito los retos especiales que le plantea el sistema de producción normativa de carácter superior puede reclamar con justicia que su iniciativa representa el juicio constitucional de Nosotros, el Pueblo”¹²⁴. Bajo esta forma de comprender la democracia, cree ACKERMAN, la institución del control judicial de constitucionalidad está plenamente justificada, ya que no tendría sentido pedirle a los gobernantes y al pueblo que se movilice para producir normas de carácter superior, si después estas mismas normas pueden ser vulneradas en un momento de política ordinaria por normas de carácter ordinario.

Lo interesante de la teoría de ACKERMAN es su interpretación de la historia constitucional de los Estados Unidos y como la vincula con el concepto de momentos constitucionales. Ackerman plantea que las críticas a la defensa de HAMILTON al control de constitucionalidad en “El Federalista”, surgen de una errada comprensión monista de la democracia para la cual la facultad de un juez de anular una decisión democrática es problemática¹²⁵.

Hamilton, según ACKERMAN, plantea que la Corte Suprema debe preservar las decisiones tomadas en los momentos de política extraordinaria hasta que el pueblo decida modificar la constitución a través de un acto solemne y fidedigno¹²⁶. ACKERMAN cree que HAMILTON de manera consciente no exige que dicho cambio sea por medios legales.¹²⁷

Ackerman plantea que durante la historia de los Estados Unidos la constitución ha sido modificada tres veces en momentos de política extraordinaria. Las tres modificaciones se dieron de manera diferente a la exigida formalmente en la constitución. Estos momentos fueron la adopción del modelo Federal, la reconstrucción después de la guerra de secesión y el *New Deal*. Para el objeto de este trabajo no nos interesa analizar la forma en la que se modificó la

¹²¹ *Ibid*, p. 24.

¹²² *Ibid*, pp.192-232.

¹²³ ACKERMAN plantea que con su visión dualista de la democracia puede responder a las preocupaciones de los fundacionalistas de los derechos. En una democracia dualista, plantea ACKERMAN, los derechos se encontrarán igualmente protegidos, solo que su justificación será la decisión del pueblo de protegerlos. Creo que a pesar de lo que cree ACKERMAN, esta respuesta no es suficiente para un fundacionalista de los derechos, toda vez que es más próxima al populismo moral de HABERMAS que a la concepción de RAWLS.

¹²⁴ *Ibid*, pp. 28.

¹²⁵ *Ibid*, p. 227.

¹²⁶ *Ibid*, p. 228.

¹²⁷ Según ACKERMAN, Hamilton no exige expresamente que el cambio formal y fidedigno sea conforme a los mecanismos institucionales, y esto se entiende porque Hamilton defiende en El Federalista una forma de modificación de la constitución contraria al mecanismo formal exigido por la constitución, por esto Hamilton defiende que la constitución pueda ser modificada por 9 de 13 asambleas locales. *Ibid*, p. 22

constitución en los Estados Unidos, pero si nos es extremadamente útil la propuesta de Ackerman para identificar un momento de política extraordinaria.

ACKERMAN señala que para que la constitución se entienda modificada de manera distinta a los mecanismos formales, un movimiento político debe tener la autoridad para decir que una decisión determinada se tomó en un momento de política extraordinaria. En caso de suceder esto, se entenderá que dicha decisión es una nueva decisión fundamental. Al ser una nueva decisión fundamental, el control de constitucionalidad no podría anularla por ser contraria a la constitución e incluso debería protegerla de eventuales decisiones democráticas surgidas de momentos políticos ordinarios. El esquema propuesto por Ackerman es el siguiente¹²⁸:

- i. Señalización: El momento de política extraordinaria comienza cuando un movimiento político logra un consenso popular de gran magnitud que le da la autoridad popular para afirmar que tiene un mandato del pueblo que le permite producir normas de carácter superior. El proceso de señalización consiste en la identificación de un movimiento político con dicha autoridad¹²⁹.
- ii. Propuestas: El movimiento político que logra exitosamente atribuirse un mandato popular debe plantear una serie de propuestas concretas que serán respecto a las cuales se discutirá y decidirá.
- iii. Deliberación y decisión: Para que se entienda que un momento político se da en un contexto de política extraordinaria es necesario que se dé una deliberación en la que tanto los defensores como los opositores de las propuestas del movimiento político poseedor del mandato popular, tengan la oportunidad de presentar sus argumentos. Es fundamental que en esta etapa el debate público se de en las mejores condiciones democráticas. De esta manera el pueblo al tomar una decisión política podrá afirmar que dicha decisión es una decisión constitucional.
- iv. Codificación: La decisión tomada por el pueblo en el momento político extraordinario puede dar como resultado un momento constitucional exitoso, o un momento constitucional fallido. De ser un momento constitucional exitoso, deben tomarse medidas prácticas que concreten lo decidido por el pueblo. Ackerman plantea que en el *New Deal* la forma no institucional de cambiar la constitución fue a través de la designación de jueces que dictaran fallos favorables a la legislación propuesta por Roosevelt. En este caso, la codificación vendría dada por la dictación de dichos fallos. Si bien esta forma de codificación es propia del caso norteamericano, en sistemas de control fuerte de constitucionalidad, en la práctica el proceso sería similar. En Chile por ejemplo, la manera de codificar la decisión política surgida en un momento de política extraordinaria (recordemos que esta propuesta es para modificaciones distintas al cambio formal de la constitución) sería a través de la dictación de leyes. Pero estas leyes no producirían ningún efecto si el Tribunal Constitucional declara su inconstitucionalidad. Para que la teoría de ACKERMAN funcione, el Tribunal Constitucional debería reconocer que la decisión política es una

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 303 y ss.

¹²⁹ ACKERMAN señala que en la historia norteamericana reciente el presidente Reagan intentó de manera no exitosa atribuirse un mandato popular de este tipo. Por el contrario, el presidente Roosevelt logró efectivamente atribuirse dicho mandato popular lo que le permitió promulgar las leyes del New Deal.

nueva decisión fundamental tomada en un momento de política extraordinaria, y por tanto, declarar su constitucionalidad a pesar de que dicha decisión no sea conforme a la constitución vigente.

Desde el punto de vista práctico, ACKERMAN señala que el gran desafío es identificar los momentos de señalización. Lo fundamental en esta teoría para defender una decisión como una norma de carácter superior, es identificar cuando un movimiento político tiene la autoridad para comenzar un momento de política extraordinaria. Ackerman propone analizar distintos métodos de señalización. Considero particularmente interesante la posibilidad planteada por el autor de utilizar un referéndum formal como medio de señalización¹³⁰.

En base a la teoría de ACKERMAN entonces, el control judicial de constitucionalidad de la ley no es antidemocrático, ya que este “lo que hace al invalidar una ley, es preservar los principios democráticos adoptados por el pueblo en momentos extraordinarios de deliberación democrática, frente a la erosión que pueden sufrir por parte de los representantes políticos en el curso de la política ordinaria”¹³¹. La evaluación de esta forma de concebir el control judicial de constitucionalidad dependerá, en mi opinión, en gran parte del mecanismo de “señalización” que se utilice. Creo que si utilizamos un método de señalización que permita identificar eficientemente la voluntad del pueblo (como el referéndum), y además entregamos el proceso de codificación a los órganos de representación popular, sería posible un control de constitucionalidad que no fuese ilegítimo democráticamente.

b. Teoría de las precondiciones de la democracia.

Bajo el título de teoría de las precondiciones de la democracia se enmarcan un conjunto de teorías que tienen a su máximo referente en John HART ELY. Probablemente la teoría de las precondiciones de la democracia sea la que busca de manera más consiente el compatibilizar el control de constitucionalidad con la democracia. Estas teorías parten de un presupuesto común, las decisiones deben ser tomadas por mecanismos democráticos. No obstante, creen que es necesario proteger ciertos contenidos mínimos de la capacidad de decisión democrática. Es necesario en primer lugar proteger el mecanismo democrático de decisión, y en segundo lugar ciertos derechos que son precondiciones de la democracia.

Creo que esta teoría logra solucionar la crítica más importante a teorías como la de WALDRON¹³². Por esto es que para que las decisiones se puedan tomar democráticamente es necesario asegurar en primer lugar la protección del mecanismo democrático, pero además según las teorías que analizaré a continuación es necesario asegurar ciertos derechos mínimos que dotan de contenido a la democracia. Si bien las teorías que analizaré coinciden en esta tesis, discrepan respecto a su definición de democracia y respecto al contenido de las precondiciones de la democracia.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 321.

¹³¹ *Ibid.*, p. 262.

¹³² Como señala Juan Carlos BAYÓN, si Waldron cree que todos los desacuerdos deben resolverse de manera democrática, se queda sin respuesta frente al argumento de que la validez del control de constitucionalidad proviene precisamente de su adopción democrática. Bayón señala que, si todos los temas pueden ser resueltos democráticamente, nada impide que el pueblo cometa un suicidio democrático y decida eliminar la democracia del sistema. BAYÓN, Juan Carlos, *Diritto, Democrazia, Costituzione*. Cit por. DE LORA, Pablo, *La posibilidad del constitucionalismo Thayeriano*, *Doxa* 23 (2000), p. 52.

La formulación más relevante de esta teoría es la de HART ELY. Este parte del presupuesto de que una institución como el control de constitucionalidad de la ley, tiene problemas de legitimidad democrática cuando resuelve temas sustantivos, los que según el deben ser resueltos de manera democrática. A su vez, cree que para que los temas sustantivos sean resueltos democráticamente se deben asegurar a las personas ciertos derechos de carácter procedimental. El argumento de ELY, es que para que los desacuerdos sean resueltos democráticamente, se debe asegurar en primer lugar, la democracia. Plantea que para que una decisión sea democrática se deben asegurar derechos procedimentales de participación política a todos los individuos. Garantizado lo anterior, el juez constitucional debe funcionar como un árbitro del proceso democrático¹³³. En este esquema, los jueces en su rol de árbitro tienen dos misiones. Por un lado, deben proteger los derechos que son precondiciones de la democracia. Por otro lado, deben proteger la adecuada representación de las minorías evitando su discriminación arbitraria¹³⁴. De esta manera, ELY propone que las constituciones deben enfocarse en la “búsqueda de objetivos participativos de acceso ampliado a los procesos y promesas del gobierno representativo” en vez de la “insistencia más tradicional y académicamente más popular de proporcionar una serie de bienes o valores sustantivos particulares considerados fundamentales”¹³⁵. En base a esta concepción de la democracia propone “una aproximación al control judicial de la legislación orientado hacia el fortalecimiento de la práctica representativa”¹³⁶.

Si bien ELY cree que las precondiciones de la democracia son derechos estrictamente procedimentales, hay en la literatura distintas concepciones respecto a cuáles debiesen ser las precondiciones de la democracia.

Según DWORKIN, el modelo sostenido por Ely correspondería a una visión estadística de la democracia, es decir, a un modelo que privilegia el resguardo de la capacidad individual de decisión, por sobre un modelo comunitario de democracia que privilegia la voluntad general¹³⁷. DWORKIN por el contrario, propone una democracia que proteja la acción colectiva comunitaria¹³⁸. Según DWORKIN, la utilidad de distinguir entre los dos tipos de democracia es que de esta manera podremos distinguir cuales límites a la democracia son funcionalmente estructurales, es decir, nos permitirá identificar las precondiciones de la democracia que deben ser protegidas. Según la visión propuesta por DWORKIN “no es necesario que las disposiciones estructurales se limiten a cuestiones de procedimiento y organización. Una mayor reflexión podría mostrar, por ejemplo, que la acción colectiva comunitaria sólo es posible si los miembros de la comunidad comparten ciertos ideales; si así fuera, mantener tales ideales por medio de límites a la decisión mayoritaria sería una cuestión de estructurar la democracia antes que de cualificarla o socavarla”¹³⁹. DWORKIN desecha una concepción utilitarista por dos motivos, en

¹³³ ELY, John, *Democracia y desconfianza* (Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997).

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 135-179.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 84.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *Igualdad, Democracia y Constitución*, en CARBONELLI, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, cit. (n.85), p. 125.

¹³⁸ “La acción colectiva es estadística cuando lo que el grupo hace es sólo una función, aproximada o precisa, de lo que los miembros individuales hacen por sí; esto es, sin ninguna consciencia de estar haciendo algo como grupo”¹³⁸. Por el contrario “la acción colectiva es comunitaria cuando no puede reducirse simplemente a una función estadística de la acción individual porque es colectiva en el más profundo sentido en que se requiere de los individuos que asumen la existencia de un grupo como entidad o fenómeno por sí mismo” *Ibid.*, pp. 124-125.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 125

primer lugar señala que “Dado que la cuestión acerca de si los individuos tienen derechos morales que la mayoría debe respetar es claramente insensible a las preferencias- sería absurdo suponer que los ciudadanos particulares tuvieran esos derechos solo si la mayoría afirma que los tiene-, el argumento epistemológico no puede justificar la pretensión de que la concepción estadística de la democracia sea correcta”¹⁴⁰. Dado que el rechazo de DWORKIN a este argumento es categórico, señala que la única forma de defender una concepción utilitarista es recurriendo a la igualdad e imparcialidad que le corresponden a cada persona como sujeto moral, por lo que realiza un análisis respecto a cuándo se debe considerar que un sujeto es igual a otro¹⁴¹, llegando a la conclusión de que “la gama de restricciones que mejoran la democracia es mucho más amplia y variada una vez que reconocemos que el gobierno por el pueblo es comunitaria y no estadístico”. A mi parecer, la visión de la democracia de DWORKIN es susceptible a la crítica al elitismo epistemológico de HABERMAS. La cantidad de derechos sustantivos que identifica como precondiciones de la democracia es tal, que zanja prácticamente la totalidad de los asuntos respecto a los cuales hay discusión. Esto queda manifiesto cuando DWORKIN señala que “La novena enmienda podría ser entendida como el reconocimiento de que los individuos tienen todos los derechos necesarios para proteger su posición como miembros iguales de una unidad comunitaria e integrada de gobierno”¹⁴², la novena enmienda en los Estados Unidos protege aquellos derechos no reconocidos expresamente en la constitución. Parece sensato preguntarnos como HABERMAS ¿qué es lo que finalmente queda a decisión de la democracia?

Una teoría interesante respecto a las precondiciones de la democracia es la propuesta por Carlos NINO. Su teoría busca ser un punto medio entre las teorías de RAWLS y de HABERMAS. NINO identifica en las teorías de ambos autores extremos radicalmente opuestos. Por un lado Habermas propondría un populismo moral en el que “la solución respaldada por la mayoría es automáticamente correcta”¹⁴³. Por el otro lado, RAWLS propondría un elitismo epistemológico en el que no queda claro que valor le da a la discusión democrática, ya que oscila entre “un valor constitutivo, un valor epistemológico o ningún valor”¹⁴⁴.

Para resolver la tensión entre ambos extremos, NINO propone un constructivismo epistemológico basado en dos premisas. En primer lugar, señala que “Los individuos pueden acceder mediante su propia reflexión individual al conocimiento del orden moral verdadero a través de la reflexión individual”. En segundo lugar, “La discusión pública es el mejor método para acceder al conocimiento de la verdad moral”¹⁴⁵. En virtud de su primera tesis, NINO cree en ciertos valores que tienen un valor a priori que se extraen a través de la reflexión individual. Mientras en esta parte de la teoría NINO se aproxima al elitismo epistemológico que atribuye a RAWLS, su segunda tesis le da un valor epistemológico a la democracia, ya que, según él, de todos los sistemas posibles, es más posible encontrar la verdad moral en una democracia. “Este enfoque implica que la democracia tiene valor epistemológico. Es un buen método para alcanzar el conocimiento moral puesto que incluye, como componentes esenciales, tanto la discusión como la conformidad mayoritaria, y de este modo nos lleva más cerca de la verdad moral”¹⁴⁶. En esta parte de la teoría, pareciera ser que NINO se aproxima al populismo moral de HABERMAS, ya que si reconoce que la democracia es el mejor método para conocer la verdad moral, los

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 127.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 128-142.

¹⁴² *Ibid.*, p. 145.

¹⁴³ NINO, Carlos, *El constructivismo ético* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), p. 109.

¹⁴⁴ NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires, Astrea, 1989), p. 391.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 389-394.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 397.

derechos quedarían supeditados a su reconocimiento democrático. Es precisamente en este punto en el que NINO introduce su idea de precondiciones de la democracia, como aquellos derechos sin los cuales el procedimiento democrático carecería de valor epistémico como método de búsqueda de la verdad moral. Estos derechos precondiciones de la democracia para NINO son: “a) la participación de todos los interesados en la discusión y la decisión; b) que esa participación se desarrolle sobre una base razonable de igualdad y sin mediar ningún tipo de coerción; c) que los participantes del debate público puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; d) que el grupo que pone en obra la deliberación tenga una dimensión tal que maximice la probabilidad de alcanzar un resultado correcto; e) que no existan minorías sistemáticamente aisladas; f) que aquellos que participan del debate no se encuentren bajo la influencia de emociones extraordinarias”¹⁴⁷.

En base a estos criterios, es que NINO distingue entre aquellos derechos que son una condición necesaria para que el proceso democrático tenga valor epistémico y todo el resto de los derechos. Es en este punto donde su teoría se separa radicalmente de las propuestas por RAWLS y DWORKIN. Nino afirma que respecto a los derechos que son precondiciones de la democracia, la forma de acceder a su conocimiento es por medio de la reflexión individual, por lo que serían derechos a priori, pero además señala que es consciente de que sin una serie de derechos sociales y económicos el proceso democrático pierde valor epistémico, toda vez que parece iluso creer que una persona que está muriendo de hambre o no tiene educación podrá participar en el proceso democrático. Lo interesante es que no obstante reconocer la importancia de este tipo de derechos para la democracia, asume que la mejor manera de consagrarlos es mediante la reflexión democrática, y es por esto que plantea que el valor epistémico de la democracia como procedimiento está sujeto a distintos grados de cumplimiento: “Si el deterioro del valor de la democracia debido a que no se cumple con algún derecho a priori no es tan notorio de modo que aquélla sea inferior a nuestra propia reflexión individual, deberíamos dejar a un lado nuestros juicios para dejar paso al resultado de ese proceso y confiar en que éste proveerá del cumplimiento del derecho en cuestión. Hay una cierta línea por debajo de la cual el proceso democrático pierde toda capacidad de mejorarse a sí mismo. Por sobre esa línea, la democracia se realimenta a sí misma, trabajando por el logro de sus propias precondiciones. La línea, repito, es fijada por comparación con métodos alternativos de toma de decisiones, incluyendo nuestra propia reflexión individual”¹⁴⁸. En base a este esquema es que podemos distinguir entre tres tipos de derechos:

- i. Aquellos que son precondiciones necesarias de la democracia, y que por tanto se extraen de la reflexión individual;
- ii. Aquellos que a pesar de ser condiciones para la deliberación democrática dependen de su consagración por parte de la voluntad democrática;
- iii. Aquellos que obtienen su valor solo de la voluntad democrática- Es en base a estas distinciones que NINO justifica la figura del control judicial de constitucionalidad de la ley. Para el profesor argentino el control judicial de constitucionalidad de la ley se justifica en tres casos:

¹⁴⁷ NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa* (Buenos Aires, Gedisa, 1997), pp. 180 y 192.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 194.

- a. Cuando los jueces operan para fortalecer el proceso democrático, lo que sucede cuando protegen los derechos del primer tipo, es decir aquellas precondiciones de la democracia que se extraen de la reflexión individual.¹⁴⁹
- b. Cuando los jueces protegen la autonomía individual. NINO cree que la deliberación democrática tiene valor cuando se refiere a materias de moralidad intersubjetiva, por lo que no le reconoce valor a aquellas decisiones que buscan ciertas versiones de virtud personal, este tipo de decisiones perfeccionistas deben ser evitadas por el juez constitucional. Lo importante de este punto, es que el examen que debe realizar el juez no es sustantivo, no alude al fondo de la decisión sino que a las razones por las que se tomó dicha decisión. En otras palabras, una decisión democrática respecto a un mismo tema, sería válida cuando persigue un objetivo (y es justificada en base a ese objetivo) que involucre a la sociedad en su conjunto. Por el contrario no sería válida cuando se fundamenta en un argumento perfeccionista en base a algún tipo de ideal de virtud.
- c. Por último, el juez constitucional debe velar por la preservación de la constitución entendida como una práctica social efectiva y exitosa. Bajo este presupuesto Nino busca legitimar a los jueces para anular aquellas violaciones flagrantes de la constitución.

En base a las distintas teorías analizadas, podemos clasificar sus concepciones sobre democracia y sobre el control judicial de constitucionalidad de la ley. En los extremos encontramos a aquel conjunto de autores que entiende que la decisión respecto a que derechos protegeremos y cuál será su alcance corresponde a la voluntad popular. Podríamos incluir en este grupo a WALDRON, HABERMAS y ACKERMAN, toda vez que el valor que le dan a los derechos proviene de una decisión democrática que los respalda. En el otro extremo, encontramos aquellas posturas que creen que la democracia tiene un contenido preestablecido, esto es, la protección de ciertos derechos que son precondiciones de la vida democrática. Dentro de este grupo también hay distintos niveles, en el lado más extremo encontramos teorías como las de RAWLS y DWORKIN que presentan un largo catálogo de derechos que se encuentra sustraído de la decisión democrática. En este esquema, las teorías de las precondiciones de la democracia son un buen intento de conciliar ambas posturas, reconocer que hay ciertos derechos sin los cuales la democracia es solo aparente, pero a la vez reconocer que la voluntad popular tiene que tener un rol protagónico en las decisiones relativas a la protección de sus derechos. Lo que variará es la cantidad de derechos y de límites a la democracia que ponga cada teoría. Creo que es posible entender que ELY presenta una postura más cercana al grupo de WALDRON, HABERMAS y Ackerman, toda vez que propone blindar ciertos derechos mínimos y de carácter procedimental, mientras que NINO es más cercano a las posturas de RAWLS y DWORKIN, por el rol central que utiliza la reflexión individual como fuente de acceso a la verdad moral en su teoría. De todas maneras, considero que ambas concepciones resultan sumamente útiles, ya que permiten restringir la cantidad de materias respecto a las cuales el juez constitucional tiene potestad.

c. Teoría de la deferencia hacia el legislador.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp.199-201.

La respuesta de Hamilton y de Marshall a la crítica democrática se basaba en la necesidad de proteger la supremacía normativa de la constitución por sobre el resto de las normas de grado inferior. La crítica era a la arbitrariedad judicial que traen aparejados los distintos procesos de interpretación y aplicación de la constitución. En este apartado analizaré una teoría que busca mantener la supremacía constitucional pero dejando la facultad de decidir los desacuerdos al poder legislativo, siempre y cuando se mantenga en los límites establecidos dentro de la constitución. Lo interesante de esta teoría es que propone que el juez deba presumir la constitucionalidad de las decisiones del legislativo, restringiendo la cantidad de casos en los que el control de constitucionalidad se encuentra legitimado.

Este autor, realiza un análisis de la historia constitucional norteamericana¹⁵⁰, en el que llega a la conclusión de que, en un primer momento, los jueces fueron renuentes a aceptar y utilizar la facultad de revisar la legislación y que luego de aceptar dicha facultad velaron por mostrar una actitud de deferencia hacia el legislador¹⁵¹.

A través de su análisis, THAYER propone entender y aplicar la interpretación constitucional, de la manera planteada por el juez Thilgman del tribunal de Pensilvania, quien señaló que “Por razones de peso, se ha aceptado como principio en materia de interpretación constitucional por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por parte de este tribunal, y de cualquier otro tribunal prestigioso del país, que una ley del poder legislativo no se declarará nula a menos que la violación del texto constitucional sea tan manifiesta que no pueda quedar margen para una duda razonable”¹⁵².

THAYER afirma que el rol del juez al analizar la constitucionalidad de la ley no debe buscar el verdadero significado de la constitución, sino que por el contrario, debe ver si hay alguna interpretación constitucional que permita entender que la acción del legislativo es sostenible constitucionalmente¹⁵³. De tal manera que los jueces “solo pueden desestimar la ley cuando advierten que los legisladores no cometieron un mero error sino uno muy claro que no puede ser puesto en duda de manera racional”¹⁵⁴. THAYER plantea aplicar a la interpretación constitucional, una presunción de constitucionalidad más allá de toda duda razonable, concepto con el que se refiere a la duda que persiste en una persona capaz, debidamente instruida y que se haya detenido a analizar el tema detenidamente¹⁵⁵.

Lo importante de la teoría de THAYER es que busca redefinir las funciones que le corresponden al poder legislativo y al poder judicial según una adecuada comprensión del principio de división de poderes. Propone que el encargado de legislar es el poder legislativo, y que por tanto le corresponde decidir cuál de todas las interpretaciones posibles de la constitución será la que hará valer al promulgar una ley¹⁵⁶. De esta manera THAYER entrega la capacidad de

¹⁵⁰ THAYER, James, *Origen y alcance de la doctrina estadounidense del derecho constitucional*, en *Harvard law review*, 7(1893) 3, trad. VITTEA, Mariano, pp. 102-128.

¹⁵¹ Dentro de los fallos utilizados por Thayer para llegar a esta conclusión se encuentran: *Ogden v Saunders* 12 Wheat.213 (1827); *Sinking Fund Cases*, 99 US, 700 (1897); *Com. V Five Cents Sav. Bk.*, 5, Allen, 428 (1862; *Ex parte, Mcollun*, 1 Cow, p. 564 (1823).

¹⁵² *Com. V Smith*, 4 Bin, Call, 5. En Thayer, J., cit. (n.147).

¹⁵³ THAYER, James, cit. (n.154), p. 123.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 116.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 122.

¹⁵⁶ “Esta regla reconoce que, teniendo en cuenta las exigencias importantes, complejas y siempre crecientes del Gobierno, muchas parecerán inconstitucionales para un hombre o grupo de hombres, pero tal vez no para otros; que la Constitución admite diferentes interpretaciones; que hay una variedad de opciones y opiniones; que en dichos casos,

decisión y de interpretación de la constitución en materia constitucional al poder legislativo. No obstante, de todas maneras, plantea que los jueces deben tener la capacidad de anular ciertas normas cuando traspasan los extremos de la constitución “La función judicial consiste meramente en fijar el límite externo de la acción legislativa razonable, la frontera que no pueden traspasar el poder tributario, el del dominio eminente y el poder legisferante en general sin violar las prohibiciones de la Constitución ni cruzar la línea de las disposiciones por las que esta otorga derechos”¹⁵⁷.

De esta forma THAYER reinterpreta la forma de concebir la función judicial y la función legislativa entregando la facultad de tomar las decisiones democráticas al poder legislativo y dejando al poder judicial la facultad de anular dichas decisiones solo cuando ellas vulneran los límites constitucionales más allá de toda duda de toda duda razonable. Creo que esta es una forma más legítima desde un punto de vista democrático de concebir el control de constitucionalidad de la ley que permite conciliar dos objetivos de vital importancia. Por un lado, reconoce que el legitimado para resolver los desacuerdos al interior de la sociedad es el pueblo a través de sus representantes. Por el otro lado asegura que la legislación no se saldrá de los límites de la constitución.

2. Modelos prácticos: El constitucionalismo dialógico¹⁵⁸

Bajo el nombre de constitucionalismo dialógico se ha denominado a un conjunto de sistemas constitucionales que, siendo sucesores del modelo de Westminster, buscan compatibilizar el control de constitucionalidad de la ley (o por lo menos los objetivos perseguidos por este) con la democracia.

El constitucionalismo dialógico es un modelo que se caracteriza por el dialogo constante entre los poderes del estado al momento de interpretar y aplicar la constitución, teniendo siempre como punto central una división de poderes en la que si bien el poder judicial es al que le corresponde el análisis respecto a la constitucionalidad de una norma, al poder legislativo le corresponde la decisión respecto a la vigencia de la misma. El constitucionalismo dialógico busca propiciar “una nueva asociación entre tribunales y legisladores”¹⁵⁹ a través de “un mecanismo institucionalizado de *feedback*”¹⁶⁰.

El modelo original, es el consagrado en la Canadian Bill of Rights de 1960, que establece los pilares en torno a los cuales se desarrolla el modelo dialógico. El primer pilar de la carta de 1960 se encuentra en su sección uno que reconoce una serie de derechos constitucionales a las personas. El segundo pilar se encuentra en la sección dos que establece un mecanismo de protección de los derechos contenidos en la sección uno. Esta sección señala que “*toda ley de Canadá se construirá y aplicará de modo que no se anule, reduzca o infrinja ninguno de los derechos y libertades aquí reconocidos y declarados a menos que una ley del parlamento de Canadá declare expresamente que entrará*

la Constitución no impone al Poder Legislativo opinión alguna, sino que deja abierto este abanico de opciones; y que cualquier opción racional es constitucional” *Ibid.*, p. 116

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 121.

¹⁵⁸ Para el siguiente apartado me baso en la tesis doctoral de MELERO, Mariano, *El modelo colaborativo de constitucionalismo: Hacia una cultura democrática de la justificación* (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2016). La traducción de los textos citados en este apartado, le corresponden a este autor.

¹⁵⁹ WEILLER, Paul, *Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version* en *University of Michigan Journal of Law Reform*, 18 (1984), p. 84.

¹⁶⁰ BAYÓN, Juan Carlos (2004) *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en PRIETO SANCHÍS, Luis (ed.) *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, s.d), p. 68.

en vigor no obstante la carta de derechos canadiense". El último pilar del sistema viene dado por la sección tres, que establece el control político de constitucionalidad al entregar al Ministro de Justicia el deber de examinar posibles inconsistencias de todos los proyectos de ley ingresados al parlamento.

De estas tres disposiciones, podemos extraer las bases del sistema de constitucionalismo dialógico. Un sistema que en primer lugar, reconoce una serie de derechos constitucionales a los sujetos. En segundo lugar, consagra el deber constitucional de proteger dichos derechos. En tercer lugar, reconoce la facultad del legislativo de tomar la decisión final en materia de derechos. Por último, le entrega a los órganos políticos el deber de realizar un examen previo de constitucionalidad. En base a estos cuatro pilares del sistema, es que procederemos a analizar el desarrollo concreto que ha tenido en cada uno de los países.

El sistema canadiense se siguió desarrollando a través de la *Canadian Charter of Rights and Freedom*, que establece nuevamente una serie derechos civiles y políticos (excluyendo cualquier tipo de mención a derechos sociales o de propiedad), y que somete a todos ellos a la "*cláusula general de limitación de la sección uno*" en virtud de la cual los derechos de la carta se pueden restringir mediante aquellas limitaciones razonables prescritas por ley que puedan justificarse adecuadamente en una sociedad libre y democrática¹⁶¹.

Ahora, si bien es cierto que la carta canadiense no reconoce de manera expresa un mecanismo de control judicial de constitucionalidad de la ley, esta facultad se ha extraído de la interpretación de la sección cincuenta y dos¹⁶² con la sección veinticuatro¹⁶³. No obstante, esta interpretación que logra defender un control judicial, este se encuentra extremadamente limitado por disposiciones expresas de la carta. En primer lugar, por la ya mencionada sección número uno, pero además, por la sección número treinta y tres¹⁶⁴ que consagra la facultad del legislativo de declarar expresamente la vigencia de una norma a pesar de ser incompatible con algunos de los derechos consagrados en la carta. Esta disposición, ha sido señalada como el rasgo más importante del modelo canadiense ya que "representa una imaginativa forma de acomodar simultáneamente el argumento de dar poder a los jueces para proteger los derechos humanos y el argumento democrático"¹⁶⁵.

¹⁶¹ Al igual que en la teoría de Nino, el sistema canadiense no busca resguardar un contenido sustantivo en específico, sino que asegurar que una norma restrictiva determinada es racional y fundada.

¹⁶² "*La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá, y cualquier ley que sea inconsistente con las disposiciones constitucionales quedará, en la medida de su inconsistencia, sin fuerza ni efecto*"

¹⁶³ "*Cualquiera cuyos derechos o libertades, tal como quedan garantizados en esta Carta, hayan sido infringidos o negados puede recurrir al tribunal de justicia competente para obtener la resolución que el tribunal considere apropiada y justa en las circunstancias*"

¹⁶⁴ "*El Parlamento o el legislativo de una provincia pueden declarar expresamente en una Ley del Parlamento o del legislativo, según el caso, que la Ley o una disposición de la misma tendrán vigencia no obstante las disposiciones incluidas en la sección 2 o las secciones 7 a 15 de esta Carta*".

¹⁶⁵ Esta norma es interpretada de una manera bastante ilustrativa de los objetivos del modelo jurídico por Paul Weiller uno de los ideólogos de la carta canadiense, quien señala que "Bajo este enfoque los jueces estarán en la primera línea; ellos poseerán tanto la responsabilidad como la fuerza jurídica necesaria para afrontar las cuestiones de 'derechos' tal y como éstos surgen regularmente. Al mismo tiempo, sin embargo, la Carta reserva al legislativo la última palabra para usarla con moderación en los casos excepcionales en los que la judicatura actúa de manera inadecuada. Esta división institucional del trabajo presupone que la principal amenaza para los derechos en Canadá proviene de la inconsciencia legislativa sobre las intrusiones particulares, un defecto que puede curarse aireando a fondo las cuestiones de principio en un foro judicial. La Carta no contempla un serio peligro de opresión absoluta por parte del legislativo; ciertamente, no lo suficiente como para conceder la última autoridad a los jueces y abogados canadienses". PERRY, Michael, *Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?* en *Wake Forest Law Review*, 38 (2003), p.667

Esta interpretación de la sección treinta y tres, es a mi parecer, una respuesta práctica bastante completa a gran parte los problemas teóricos analizados hasta este punto. En primer lugar es una respuesta consciente de la importancia de la división de poderes para el desarrollo de la institución. En este sentido los jueces “estarán en la primera línea”, serán ellos a quienes les corresponderá el análisis jurídico de la disposición, pero será al poder legislativo al que le corresponderá la decisión final.

La ventaja del sistema canadiense viene dada a mi parecer por dos elementos, en primer lugar, desde un punto de vista teórico es consecuente con los argumentos de ambas partes del debate, reconoce la validez de los puntos de los defensores del control judicial pero además reconoce que por un tema de legitimidad la autoridad de la decisión final debe recaer siempre en el pueblo. En segundo lugar, y aún más importante, es el realismo político con el que se toma esta decisión. WEILLER señala que este sistema “presupone que la principal amenaza para los derechos en Canadá proviene de la inconsciencia legislativa sobre las intrusiones particulares, un defecto que puede curarse aireando a fondo las cuestiones de principio en un foro judicial” hasta esta parte de la explicación de WEILLER, parece dar la razón a los defensores del control judicial de constitucionalidad, pero a pesar de eso, toma la decisión consciente de entregar la decisión final al poder legislativo. El motivo de esta decisión es un realismo político bajo el cual, lejos del alarmismo frente al peligro de caer en la tiranía de las mayorías, cree que dicha facultad del legislativo será utilizada “con moderación en casos excepcionales”. Pero además de este realismo político, WEILLER es consciente de la importancia que tiene la legitimidad democrática en un sistema constitucional, por lo que aún de existir un supuesto peligro en otorgar la decisión final a las mayorías, esto no es suficiente para “conceder la última autoridad a los jueces y abogados canadienses”. Creo que la historia le ha dado la razón a WEILLER si tenemos en cuenta que esta facultad ha sido utilizada solo una vez¹⁶⁶. En base a esto, creo que WEILLER y el sistema canadiense han adoptado desde lo práctico y lo teórico la respuesta más satisfactoria hasta el momento, logrando conciliar el control de constitucionalidad de la ley con la democracia.

Un punto interesante de la carta canadiense, es que la facultad analizada anteriormente no es aplicable a todo tipo de derechos, ya que no rige a los derechos democráticos, a los derechos de movilidad ni a los derechos lingüísticos. No obstante, estos derechos aun así pueden ser restringidos recurriendo a los límites racionales exigidos por la sección uno. Por último, las leyes promulgadas gracias a la facultad de la sección treinta y tres tienen una vigencia de cinco años, período tras el cual pueden volver a ser promulgadas. La distinción que hace entre los derechos y los mecanismos de promulgación que aplica a cada categoría es interesante, ya que el mecanismo de la sección treinta y tres se basa en la necesidad de otorgar al legislativo la capacidad de tomar la decisión final en materia de derechos independientemente de lo estipulado en la constitución, decisión que tiene un importante costo político, toda vez que el gobierno está manifestando expresamente su intención de promulgar una ley contraria a los derechos constitucionales en contra de las advertencias expresas de la Corte. El mecanismo de la sección primera, por el contrario, no autoriza a ir en contra de la constitución por ser una decisión política, sino que lo autoriza por ser una decisión justificada racionalmente desde el punto de vista de una sociedad libre y democrática, en este caso el tribunal no analiza los límites sustantivos a los derechos en abstracto, sino que analiza las razones de dicha limitación. En base a este esquema, al decidir que ciertos derechos se encuentran excluidos de la aplicación de la sección treinta y tres de la carta, se está diciendo que ciertos derechos por su importancia no pueden

¹⁶⁶ Ford v. Quebec [1988] 2 SCR 712

quedar entregados al arbitrio de la decisión política, sino que pueden ser limitados solo en base a un argumento racional¹⁶⁷.

La sección treinta y tres de la carta añade un elemento temporal ya que exige que cada cinco años, si se desea mantener la legislación contraria a los derechos, esta se promulgue nuevamente. De esta manera el debate político que respalda la promulgación de la norma se debe ir reproduciendo periódicamente para ser sensible a posibles cambios en la forma de pensar del pueblo. Por último, la Carta Canadiense a través de una enmienda del Ministerio de Justicia¹⁶⁸, integró el control político de constitucionalidad de la ley, exigiendo al Ministro de Justicia examinar los proyectos de ley antes de su ingreso a trámite legislativo, y ver si hay alguna inconsistencia con la constitución, teniendo el deber de informar al parlamento sobre estas eventuales inconsistencias.

Salvo en lo respecto a la sección treinta y tres, lo señalado respecto al esquema canadiense es la base del denominado constitucionalismo dialógico o nuevo sistema Commonwealth, de ahí que los sistemas británico y neozelandés sean bastante similares al canadiense. No obstante esto, analizaré brevemente la cláusula interpretativa del sistema neozelandés (cláusula adoptada después por el sistema británico) por significar la principal característica distintiva respecto al canadiense.

Como veíamos, el sistema canadiense contempla la posibilidad de control de constitucionalidad respecto a las razones que respaldan una ley que viola derechos. En el caso neozelandés y británico esta posibilidad no está contemplada, y de hecho está expresamente prohibida. La New Zealand Bill of Rights Act, en su sección número cuatro,¹⁶⁹ prohíbe cualquier tipo de control judicial en contra de leyes anteriores o posteriores a la carta. Según Paul RISHWORTH el sistema neozelandés “emplea todos los medios para impedir cualquier técnica judicial que pueda elevar la Carta de Derechos sobre el resto de la legislación”¹⁷⁰. Esto es importante porque a pesar de la intención de limitar las posibilidades de control judicial sobre la ley la sección seis de la Carta señala que “*siempre que pueda darse a una ley un significado consistente con los derechos y libertades contenidos en esta Carta de Derechos, se preferirá dicho significado a cualquier otro*”. Bajo este esquema frente a una ley que vulnera alguno de los derechos contenidos en la Carta, el juez tiene que, en primer lugar, buscar darle a dicha ley una interpretación compatible con la constitución. En caso de no existir ninguna interpretación compatible, el juez no está autorizado a no aplicar la norma por este motivo. Esto provoca que en la práctica exista un tipo de control judicial de la ley, ya que es el juez el que determina si existe o no alguna interpretación compatible con los derechos.¹⁷¹

¹⁶⁷ Si analizamos los derechos que la carta canadiense extrae del ámbito de aplicación, veremos que estos coinciden con los derechos que Nino considera condición necesaria de la democracia. También podemos ver que la solución que da para estos derechos (que la ley que los vulnera sea justificada racionalmente) coincide con la exigencia de justificación racional que establece en su teoría.

¹⁶⁸ Department of Justice Act, R.S.C., 1985, c. J-2.

¹⁶⁹ Sección 4: “*Ningún tribunal podrá, en relación a cualquier ley (promulgada o hecha antes o después de la aprobación de esta Carta de Derechos), (a) afirmar que una disposición de dicha ley ha de considerarse implícitamente derogada o revocada, o inválida o inefectiva; o (b) declinar la aplicación de cualquier disposición de la ley, por la única razón de que la disposición es inconsistente con cualquier disposición de esta Carta*”.

¹⁷⁰ RISHWORTH, Paul, *The Inevitability of Judicial Review under ‘Interpretative’ Bill of Rights: Canada’s Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism?* en HUSCROFT, Grant(ed), *Constitutionalism in the Charter Era* (Toronto, LexisNexis, 2004), p. 248.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 266.

Una última disposición importante de este sistema, es la de la sección 4 de la Carta de Derechos Humanos del Reino Unido, que señala que *“si el tribunal está convencido de que la disposición es incompatible con un derecho del Convenio¹⁷², puede hacer una declaración de tal incompatibilidad”*. Frente a esta declaración de incompatibilidad, el parlamento británico puede decidir no perseverar en su decisión de promulgar la ley, modificar la ley para adecuarla al respeto de los derechos de la carta o emitir una declaración del ministerio del cual emanó la ley de su intención de perseverar en su promulgación a pesar de la declaración de incompatibilidad del juez. De esta manera el gobierno debe tomar la decisión de asumir los costos políticos de insistir con una ley que vulnera derechos de las personas.

Creo que el sistema dialógico a través del dialogo constante de los poderes del estado, representa el mejor modelo de control de constitucionalidad de la ley desde una perspectiva democrática. Logra compatibilizar el respeto de los derechos y de la supremacía de la constitución con la legitimidad democrática de entregar las decisiones finales al pueblo a través de sus representantes. Por último, creo necesario resaltar que el hecho de que países que no contemplan el control de constitucionalidad en su ordenamiento jurídico, sean países respetuosos de los derechos de las personas y de la institucionalidad jurídica, es un importante argumento en contra del temor a la tiranía de las mayorías tan frecuentemente utilizado por los defensores del control de constitucionalidad.

V. CONCLUSIONES

Desde una perspectiva histórica, la consagración o el rechazo de la institución es una respuesta a factores políticos del momento. De tal manera que al margen de consideraciones teóricas, la decisión de establecer la figura corresponde a un intento de proteger intereses políticos burgueses y conservadores.

Desde una perspectiva teórica, en un sistema normativista como el kelseniano es necesario tener mecanismos constitucionales que permitan asegurar la supremacía constitucional, pero en base a esta misma concepción constitucional el control de constitucionalidad de la ley no es idóneo en sistemas que contengan una carta de derechos abstractos.

Desde una perspectiva democrática, no es posible justificar la facultad de un órgano no electo democráticamente para decidir los legítimos desacuerdos en materia de derechos por ser este un mecanismo que no es coincidente con el valor moral y epistemológico de la deliberación pública y con la dignidad de la persona como sujeto político.

Hay una necesidad de compatibilizar la protección de la supremacía constitucional con el respeto a la democracia, por lo que considero necesario avanzar a modelos que vayan en este sentido, siendo a mi parecer el mejor modelo vigente el del constitucionalismo dialógico.

Es necesario reconocer la crisis de las instituciones democráticas y el rol del control de constitucionalidad de la ley en la misma, por lo que considero apropiada la premisa de Tushnet de que al devolver la decisión democrática al pueblo las instituciones democráticas se fortalecerán.

¹⁷² Convenio Europeo de los Derechos Humanos

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *We the People*, (Quito, IAEN-Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, 2015).
- ALEXANDER, Larry, SOLUM, Lawrence, “*Popular Constitutionalism?*”, en *Harvard Law Review*, 118(2005).
- ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, en CARBONELL, Miguel, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional* (Madrid, Trotta, 2010).
- ALVARADO, Jorge. *El recurso contra la inconstitucionalidad de las leyes* (Madrid, editorial Reus, 1920).
- BARBIERI, Aylton, *La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant en Doxa* 23 (2006).
- BAYÓN, Juan Carlos, *Problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en CARBONELL, Miguel, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional* (Madrid, Trotta, 2010).
- BICKEL, Alexander, *the Least Dangerous Branch* (2ª ed., Yale University Press, New Haven, 1986).
- BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución* (Madrid, Alianza editorial, 2006).
- CÓRDOVA, Lorenzo, *La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Cuestiones Constitucionales* 15(2006) Julio-diciembre.
- CARBONELL, Miguel, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional* (Madrid, Trotta, 2010).
- DAHL, Robert, *Un prefacio a la teoría democrática* (Grupo Editor latinoamericano, Argentina, 1989).
- DE LORA, Pablo, *La posibilidad del constitucionalismo Thayeriano*, *Doxa* 23 (2000).
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Barcelona, Planeta Agostini, 1993).
- ELY, John, *Democracia y desconfianza* (Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997).
- FABRA, José y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *Filosofía del derecho constitucional, cuestiones fundamentales*, (México, Unam, 2005).
- FERNÁNDEZ, Francisco, *Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad*, en *Revista Pensamiento Constitucional*, 4 (1997) 4.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, Trotta, 2001).
- FERRERES COMELLA, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*, en FABRA, Jorge Luis y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *Filosofía del derecho constitucional, cuestiones fundamentales*, (México, Unam, 2005).

GARCÍA-MANSILLA, Jorge, *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Exposición en Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008.

GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes* en *Isonomía*, 6 (1997).

GARGARELLA, Roberto, *El Nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer* en *Revista de Libros*,(2006) [visible en internet: <https://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular>].

GARGARELLA, Roberto, *La Justicia frente al gobierno*, (Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

GARZÓN VALDÉS, Eduardo, *Derecho, ética y política* (Madrid, Ced, 1993).

HABERMAS, Jürgen, *La soberanía popular como procedimiento* en *Cuadernos Políticos* 57(1989) Mayo-Agosto.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John, *El Federalista*, (Madrid, Ediciones Akal, 2015).

HERRERA, Carlos. *La polémica Schmidt-Kelsen sobre el guardián de la constitución* en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 6(1994) Octubre-Diciembre.

HIERRO, Liberio, *El concepto de justicia y la teoría de los derechos*, en DÍAZ, Elías, (ed.) *estado justicia, derechos*, (Madrid, Alianza,2002) en CARBONELL, Miguel, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional* (Madrid, Trotta, 2010).

KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, (México, UNAM, 1974).

KELSEN. Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, (Madrid, editorial Tecnos, 1995).

MELERO, Mariano, *El modelo colaborativo de constitucionalismo: Hacia una cultura democrática de la justificación* (Madrid, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2016).

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes* (Traducción de Mercedes BLÁZQUEZ, Barcelona, Editorial Tecnos, 1996).

NINO, Carlos, *El constructivismo ético* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires, Astrea, 1989).

NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa* (Buenos Aires, Gedisa, 1997).

RAWLS, John, *Una teoría de la justicia* (sexta reimpresión al español, 2006, traducción María Dolores Gonzales, original en Cambridge, Press of Harvard University Press, 1971).

ROUSSEAU, Jean Jaques, *El Contrato Social* (Barcelona, Herder Editorial, 2013).

SCHMITT, Carl, *La defensa de la constitución*, (, Madrid, Tecnos, 1983).

SCHMITT, Carl, *Teoría De La Constitución*. (Madrid: Alianza Ed, 1996).

THAYER, James, *Origen y alcance de la doctrina estadounidense del derecho constitucional*, en *Harvard law review*, 7(1893) n°3, trad. VITTETA, Mariano.

TUSHNET, Mark, *Red, White and Blue*, (Harvard, 1988).

TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, (New Jersey, Princeton University Press Jersey, 1999).

VALLESPIN, Fernando, *Habermas y Rawls: Debate sobre el Liberalismo político* (Barcelona, Paidós, 1998).

WALDRON, Jeremy, *El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación* en FABRA, José y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *Filosofía del derecho constitucional, cuestiones fundamentales*, (México, Unam, 2005).