



*Judicial Review and Deliberative Democracy in terms
of Departmentalism and Popular Constitutionalism*

*Revisión judicial y democracia deliberativa
en términos de teoría departamental y
constitucionalismo popular*

DONALD EMERSON BELLO HUTT

King's College London
donald.bello_hutt@kcl.ac.uk

DOI: <https://doi.org/10.15366/bp2017.17.009>
Bajo Palabra. II Época. N°17. 2017. Pgs: 191-212



Recibido: 20/06/2016

Aprobado: 26/10/2017

Resumen

El trabajo discute algunos aspectos de la legitimidad de la supremacía judicial desde un punto de vista histórico y normativo. Adicionalmente, reflexiona sobre las teorías político-constitucionales conocidas como departamentalismo y constitucionalismo popular. A continuación, enuncia y descarta como válidos diversos argumentos prácticos y normativos que defienden la supremacía judicial, es decir, el carácter final con que los tribunales controlan normas emanadas de otros poderes del Estado. Finalmente, nos valdremos de la distinción entre republicanismo y liberalismo para argumentar que la única justificación de la supremacía judicial puede proveerla una comprensión liberal e instrumental de la democracia, la cual consideramos insuficiente desde una perspectiva republicana y deliberativa.

Palabras clave: constitucionalismo, revisión judicial, supremacía judicial, departamentalismo, democracia deliberativa.

Abstract

The essay discusses some aspects of the legitimacy of the idea of judicial supremacy from a historical and a normative viewpoint. Additionally, it reflects upon the political and constitutional theories known as departmentalism and popular constitutionalism. It further describes and discard the validity of several practical and abstract arguments that champion judicial supremacy, i.e. the finality with which courts of law control norms enacted by other branches of government. Finally, we use the distinction between republicanism and liberalism to argue that the justification of judicial supremacy can only be provided by a liberal and instrumental comprehension of democracy, which is an insufficient justification from a republican and deliberative perspective.

Keywords: constitutionalism, judicial review, judicial supremacy, departmentalism, deliberative democracy.

De modo general, la teoría deliberativa de la democracia supone que todo individuo potencialmente afectado por una decisión debe estar incluido en el proceso de deliberación. Esta es una *conditio sine qua non* del procedimiento deliberativo, pues posibilita a los participantes intercambiar argumentos y aumentar la calidad de la decisión de manera igualitaria. Este supuesto es vital en las instituciones que incorporan este ideal regulativo; implica que toda persona o grupo afectado debe, al menos, estar políticamente representado. Pero existe aún otra condición que toda deliberación política debe cumplir para generar decisiones legítimas: los argumentos esgrimidos en la discusión deben estar fundados en razones susceptibles de ser compartidas por todos los participantes del diálogo. Las razones públicas son, por tanto, el filtro a través del cual la discusión política debe pasar para aceptar y adoptar normas obligatorias.

Si tenemos en cuenta dichas condiciones, la revisión judicial - entendida como la competencia de un tribunal para revisar y controlar actos de órganos de otras ramas del Estado - subsiste como un problema reñido con los principios que sustentan la democracia deliberativa.¹ El control de constitucionalidad se vuelve una institución incómoda para comprensión deliberativa del proceso democrático, pues excluye de la deliberación a un gran número de sujetos que pudieran estar potencialmente afectados por las decisiones de un tribunal. No obstante, por otro lado, ha sido considerada por algunos como la mejor instancia para decidir

NOTA PRELIMINAR: Doctor en Filosofía por la Universidad de Valladolid y Doctor (c) en *Politics* por la Universidad King's College London. Correo electrónico: donald.bello_hutt@kcl.ac.uk. Mis agradecimientos a Tania Busch Venthur (Universidad de Concepción, Chile), Sebastián Reyes (Uppsala, Suecia), y Nicole Darat Guerra (Universidad Adolfo Ibáñez, Chile) por sus comentarios a borradores previos a este manuscrito. Las traducciones de las citas en inglés incluidas en este trabajo son nuestras.

¹ Y de la democracia en general; de ahí la expresión "dificultad contramayoritaria" acuñada por Bickel en *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven y Londres, Yale University Press, 1986, p. 16. Sobre esta materia véase, por ejemplo, Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona, Editorial Ariel, 1996; Zurn, Christopher, *Deliberative Democracy and the institutions of Judicial Review*, New York, Cambridge University Press, 2007; Linares, Sebastián, Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes, *Revista Isonomía*, 2008, pp. 149-186; Atria, Fernando, *Revisión Judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha*, Estudios Públicos, N° 79, 2000, pp. 347-401; Atria, Fernando, *El derecho y la contingencia de lo político*, Doxa Cuadernos de filosofía del derecho Universidad de Alicante, N° 26, 2003, pp. 319-347 y Couso, Javier, *The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition, 1990-2002*,. En Gloppen, Gargarella y Skaar (Editores). *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of the Courts in New Democracies*, Londres-Portland: Frank-Cass, 2004, pp. 70-91.

conflictos constitucionales en base a normas aprobadas por el conjunto de los ciudadanos.²

Este artículo defiende la idea de que la política deliberativa y la revisión judicial pueden coexistir bajo ciertas condiciones relacionadas con lo que en Estados Unidos se ha conocido como la “teoría departamental”; una serie de presupuestos que conceden el valor que un tribunal puede tener en la interpretación de la constitución y de la voluntad del pueblo expresada en ella, pero que al mismo tiempo renuncia al hecho que esta rama del Estado mantenga para sí la “última palabra” en relación al poder ejecutivo, legislativo y el pueblo soberano mismo.

El ensayo se estructura del siguiente modo: 1) primero analiza el origen de la revisión judicial de las leyes. Limitamos el análisis a tres autores en la tradición norteamericana: James Iredell, Alexander Hamilton y John Marshall. Nos beneficiaremos de dicha descripción para argumentar que los orígenes de la práctica en cuestión en los Estados Unidos han guiado erróneamente a abogados, jueces y académicos a aceptar la revisión judicial como una institución, no sólo necesaria, sino además superior y final con respecto al resto de los órganos del Estado, problema que nos llevará a distinguir entre revisión judicial y supremacía judicial.³ Esto nos sitúa directamente en el ámbito de la legitimidad política, pues optar entre revisión judicial y supremacía judicial requerirá justificaciones relacionadas no sólo con argumentos jurídicos sino que ante todo políticos y relativos a un uso legítimo del poder estatal. 2) En segundo lugar y para descartar que existan razones suficientes para justificar la supremacía judicial, estudiaremos bajo las etiquetas de “argumentos pragmáticos” y “argumentos normativos”, situaciones en las que instituciones políticas remiten instrumentalmente su poder a los tribunales, así como defensas teóricas de la revisión judicial. Esto con el fin de mostrar que individualmente consideradas, dichas defensas no alcanzan a justificar la práctica en cuestión. 3) Propondremos que no es posible justificar la supremacía judicial si es que existe un compromiso con esta comprensión de la democracia. Para esto, distinguiremos entre concepciones liberales y republicanas de la democracia, situando a la política deliberativa dentro de estas últimas. Bajo el entendido de que las defensas liberales de la democracia ven a

² Véase por ejemplo, Rawls, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, pp. 231-240; Zurn, Christopher, *Deliberative Democracy and The Institutions of Judicial Review*, Cambridge University Press, 2006, p. 167; Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 11; Eisgruber, Christopher, *Constitutional Self-Government*, Cambridge University Press, 2007, pp. 3-5.

³ Nuestro enfoque en los Estados Unidos se explica, en primer lugar, por delimitar el estudio a un caso conocido. En segundo, porque si bien el control constitucional de las leyes puede remontarse a la Roma clásica, la forma en que se ejerce hoy en día en nuestras democracias, que tiene como *locus* a los tribunales de justicia, tiene su inspiración en el modelo norteamericano. En apoyo de esta afirmación, véase Gløppen, Gargarella y Skaar, *Introduction*, en *op.cit.*, p. 2.

esta forma de gobierno como un instrumento, justificándola sólo en la medida que produce determinados resultados, es que consideramos que la supremacía judicial puede tener una cabida en este esquema. Sin embargo, desde la óptica de la democracia deliberativa y, por tanto, de una comprensión y justificación republicanas de la democracia, el papel del ciudadano y de las instituciones estatales es tal que no es posible justificar una institución contramayoritaria que decida conflictos constitucionales con autoridad final. La teoría departamental, del modo en que ha encontrado cabida en la historia constitucional norteamericana, nos servirá para proponer que la revisión judicial puede ser practicada sin el agregado de la supremacía, siempre y cuando el rol de las instituciones representativas y del ciudadano sea ejercido de manera activa, tal y como defiende una concepción republicana de la democracia.

1. Sobre el origen de la supremacía judicial

De acuerdo con un argumento conocido, cada vez que un tribunal superior declara la nulidad de una ley o acto de una institución representativa, lo que en último término está haciendo es reforzar la voluntad del pueblo escrita en la constitución.⁴ Esta estrategia argumentativa está ya presente en tres grandes personajes importantes para el periodo inmediatamente posterior a la revolución norteamericana: James Iredell, Alexander Hamilton y John Marshall. El primero de los tres, un abogado y posterior juez del tribunal supremo, y bajo el pseudónimo de *An Elector*, defendió en un artículo de un periódico de North Carolina el poder de los tribunales de anular o de no aplicar leyes que eran contrarias a la constitución, con el argumento de que aplicar una ley inválida a casos concretos desconoce y desvirtúa la voluntad del pueblo soberano. Para este jurista, la presencia de un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislador era no sólo necesaria, sino lógica y natural, y los jueces parecían los perfectos candidatos para la tarea:

“Por esta razón, un acto de una asamblea, inconsistente con la constitución, es nulo y no puede ser obedecido sin desobedecer la ley superior a la que previamente nos encontramos ligados. Los jueces, por tanto, deben entender el riesgo de que cada ley que defienden como válida esté respaldada por la constitución, pues si no lo está, actúan sin autoridad legal. Este no es un poder usurpado o discrecional, sino uno resultante de la configuración de su puesto, de ser ellos jueces para el beneficio de todo el pueblo, no meros sirvientes de la asamblea”⁵

⁴ Bickel, *The Least Dangerous Branch*, *op.cit.*, p. 16.

⁵ Nuestras referencias a Iredell provienen de Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford - New York, Oxford University Press, 2004, pp. 60-65 y Casto, W.R., *There were great men before Agamemnon*, *Vanderbilt Law Review*, Vol N° 62, 2009, pp.371-405.

En el Federalista N° 78, Hamilton en gran medida reiteró los argumentos de Iredell haciendo hincapié en que en el sistema resultante de la constitución, en esos días propuesta para ratificación, el poder judicial resultaba ser “el menos peligroso” en comparación con el ejecutivo y el legislativo y que, por tanto, se convertía en la rama mejor posicionada para actuar como mediadora entre el Estado y el pueblo y, en caso de conflicto, hacer prevalecer la voluntad del primero por sobre la del segundo:

“Si existiese una discrepancia irreconciliable entre las dos, aquella que posee la mayor obligatoriedad y validez debiera, por supuesto, ser preferida; en otras palabras, la constitución debe ser preferida a la ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes”⁶

Finalmente, sería John Marshall quien siguió esta línea argumentativa, y lo hizo en la famosa sentencia que decidiera el caso *Marbury v. Madison*. Frente a la cuestión de si una ley contraria a la constitución podía o no considerarse como derecho válido, este juez respondió que

“La constitución es, o bien una ley superior, primordial, inmodificable por vías ordinarias, o está al nivel de los actos legislativos ordinarios y, como otras leyes ordinarias, modificable cuando al legislador le plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es verdadera, entonces un acto del legislador contrario a la constitución no es ley; si la parte final es cierta, las constituciones escritas son intentos absurdos de parte del pueblo de limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza”⁷

Esta estrategia argumentativa ha penetrado en la discusión sobre la legitimidad de la práctica de la revisión judicial con alto grado de efectividad. De hecho, existe la tendencia de suponer que el peligro que implica permitir a un grupo de jueces no elegidos el determinar la validez o la nulidad de las leyes y actos de otras ramas del Estado, es sólo aparente; no es real, pues “...el verdadero peligro, la verdadera amenaza a la autoridad suprema del pueblo surgía si se les negaba a los jueces su capacidad revisora o - lo que parecía ser lo mismo- si se autorizaba implícitamente, la promulgación de leyes contrarias a la Constitución”⁸.

Sabemos que el problema no acaba aquí, pero la selección de estos tres autores se debe a que el contexto político y la comprensión del rol institucional que para ellos debían tener los jueces, no era el de un poder superior al resto, ni en ningún caso final. Es, de hecho, con posterioridad a *Marbury v. Madison* que incipientes mues-

⁶ Hamilton, Alexander, *The Federalist 78*, en Hamilton, Alexander, Madison James y Jay, John, *The Federalist or the New Constitution*. Oxford, Basil-Blackwell, 1948, pp. 396-398.

⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁸ Gargarella, Roberto, *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*, Revista Isonomía, N° 6, 1997, p. 56.

tras de ejercicio de revisión judicial con carácter de voz final y autoritativa comenzaron a aparecer en el escenario constitucional norteamericano, sin una teoría de la adjudicación que apoyara este “ascenso” de los jueces con respecto al presidente y el congreso. De hecho, los registros de los fallos de la Corte Suprema norteamericana muestran que la Corte Suprema previo a la guerra civil de los Estados Unidos, la Corte sólo invalidó leyes federales en dos ocasiones: una vez en *Marbury v. Madison* y una vez más medio siglo después en *Dred Scott v. Sandford*. Esto puede deberse a que, salvo estos dos casos, la Corte invalidó leyes sin invocar expresamente el poder de revisar los actos del poder legislativo, pues dicha facultad no estaba completamente asumida.⁹

Con el tiempo, sin embargo, se comenzó a generar en los jueces, abogados y académicos una tendencia a confundir el poder revisor de los tribunales de los Estados Unidos con la idea - más difícil de justificar - de supremacía judicial. Este es, por tanto, un asunto que requiere una precisión, pues la revisión por sí misma no sugiere problemas de legitimidad política, mientras que la idea de supremacía sí, y es en esta dicotomía que nos centraremos.

Whittington define la revisión judicial como “la autoridad particular de una corte, en el contexto de decidir un caso concreto, de rehusarse a dotar de fuerza a un acto de otra institución gubernamental fundado en que tal acto es contrario a las exigencias de la constitución”. Por otra parte, la supremacía judicial sugiere consideraciones distintas, pues esta categoría no sólo se enfoca en la actividad de la revisión en el caso particular en cuestión, sino que refiere a una “...obligación de funcionarios coordinados de no sólo obedecer *esa* decisión judicial, sino de seguir sus razonamientos en el futuro”.¹⁰ La distinción es necesaria para esclarecer que el problema de legitimidad se produciría sólo en el caso de la supremacía judicial, y no en el de la revisión ejercida sin este componente.

En este contexto, los casos de Iredell, Hamilton y Marshall se tornan interesantes, no sólo por el contenido de sus respectivos argumentos, sino por el particular momento histórico en el que vivieron y por la filosofía política dominante en dicho, la cual no conoció una cosa como la supremacía judicial, al menos no en los términos en que hoy se conciben. Es muy interesante notar cómo los *framers* de la constitución norteamericana no llegaron a acuerdos claros sobre la fuerza con que los tribunales interpretarían la constitución, ni acerca de cómo sus decisiones vincularían al resto de los órganos del Estado. En los debates sobre los poderes de remoción del Presidente, la Convención Federal tuvo la posibi-

⁹ Whittington, Keith, *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 2007, p. 122.

¹⁰ *Ibid.*, p. 6 (Énfasis añadido).

lidad de debatir sobre estos asuntos eligiendo entre dos propuestas distintas: la del Plan de Virginia y el Plan de New Jersey. La primera, diseñada en su mayoría por James Madison, propuso la creación de un consejo de revisión de los actos del legislativo compuesto por "...el ejecutivo y un número acordado de la Judicatura Nacional".¹¹ Por su parte, el llamado *Paterson Plan*, buscando dotar de un mayor poder a los estados individuales, rechazó la propuesta madisoniana y favoreció la inclusión de la cláusula de supremacía, la cual implicaría que la Constitución Federal sería la norma suprema del territorio. Esto resultó ser una solución intermedia entre la aceptación explícita de la participación judicial en la aprobación de las leyes y el hecho de que los tribunales interpreten directamente la constitución. Por esto es que el recurso a la historia o la voluntad de los padres fundadores de la Constitución norteamericana no es una herramienta demasiado útil a la hora de conocer el fundamento de legitimidad de la supremacía judicial. Incluso Robert Dahl, un defensor de la revisión judicial, señala que sea lo que sea lo que los delegados pudieran haber pensado sobre la conveniencia de que los tribunales pudieran vetar leyes en conjunto con el Ejecutivo, ninguno de ellos habría apoyado una propuesta que supusiera que los jueces pudieran interpretar la Constitución *por ellos mismos* y, por tanto, definir en último término cuestiones políticas fundamentales que afectasen al conjunto de los ciudadanos de los Estados Unidos.¹² Ninguno de los sistemas políticos conocidos en la época de la fundación de los Estados Unidos, ni los autores más influyentes en los *framers* – como Coke, Blackstone o Dicey – conocieron algo similar a la supremacía judicial.

Estos principios se hicieron visibles en los momentos en que personajes como Madison y Jefferson discutían acerca de cómo debía entenderse el sistema de división de poderes y respecto de cómo debían relacionarse los órganos que lo integraban, teniendo siempre presente que el árbitro final de cualquier disputa entre los mismos sería el pueblo soberano mismo. Esta comprensión se ha conocido posteriormente como "teoría departamental" o "teoría coordinada", que postula fundamentalmente que ningún órgano del Estado goza de mayores prerrogativas que los otros para interpretar la constitución, y que su juicio sobre cuestiones de constitucionalidad no tiene mayores virtudes que el de los otros. Así lo expresó Madison en los debates de los poderes de remoción del Presidente,¹³ y también

¹¹ Plan de Virginia, Artículo VIII, incluido en el apéndice de Farrand, Max, *The Framing of the Constitution of the United States*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1976, p. 227.

¹² Dahl, Robert, ¿Es democrática la constitución de los Estados Unidos?, traducción de Pablo Gianera. México D.F., Fondo de cultura económica, 2003, p. 28.

¹³ Discurso de James Madison a la Cámara de Representantes en los debates sobre los poderes de remoción del Presidente (Junio de 1789). La misma idea está presente en Helvidius I (agosto 24 de 1793). Madison, James,

Jefferson cuando afirmó que “cada uno de los tres departamentos tiene por igual el derecho de decidir por sí mismo cuál es su deber bajo la constitución, sin consideración a lo que los otros hayan decidido por sí mismos bajo un problema similar”.¹⁴ Esta teoría suponía entonces reconocer que los conflictos constitucionales que sugieran entre las diversas funciones del Estado no tendrían una solución final en alguna de estas ramas y que, por tanto, sería el pueblo el llamado a dirimir en último término las contiendas en cuestión; suponía, por tanto, considerar al pueblo como la autoridad última de una comunidad política.

Esta manera de ver las relaciones entre los diversos órganos del Estado y entre éstos y los ciudadanos, es lo que se ha denominado como “constitucionalismo popular”.¹⁵ De modo que el hecho que Marshall sugiriera en *Marbury v. Madison* que los tribunales debían tener en consideración a la constitución como norma vinculante, y que en consecuencia tendrían la capacidad de declarar disposiciones emanadas del legislativo como nulas, no implicaba en modo alguno el hecho que los tribunales fueran de hecho “la última palabra” en la interpretación de la Constitución.

El problema en consecuencia, no fue la opinión de Marshall, sino las subsecuentes interpretaciones y usos que se hicieron de la misma. El caso sirvió como piedra angular de una filosofía de la adjudicación constitucional que privó a los ciudadanos del rol que el departamentalismo y el constitucionalismo popular les asignaban, para ser remplazados por los tribunales superiores de justicia; la revisión judicial adquirió, en consecuencia, el carácter de supremacía judicial. Alexander Bickel, de hecho, reconoce que la práctica de la revisión judicial no está expresada en parte alguna en la constitución.¹⁶

Así es como autores como Ronald Dworkin consideran que cuestionar el origen de la revisión judicial es un asunto de mínima importancia práctica. En vez de lidiar con esto, han concentrado sus esfuerzos en concebir la mejor manera de ejercer la revisión judicial, con deferencia al poder legislativo, pero dejando como una cuestión secundaria el problema de la legitimidad externa de la práctica.¹⁷

en Muñiz, Jaime (editor), *República y libertad*. Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005, pp. 119-129.

¹⁴ Carta de Thomas Jefferson a Spencer Roane del 6 de septiembre de 1819. Véase también Jefferson, Thomas, *The Essential Jefferson*, John Dewey (editor), Mineola-New York: Dover Publications, 2008, pp. 134-135.

¹⁵ Kramer, *The People Themselves ...*, op. cit., p. 1.

¹⁶ Bickel, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 1.

¹⁷ Véase en general Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Londres, Fontana Paperguides, 1990, pp. 1-2, y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Editorial Ariel 2002, y Dworkin, *Freedom's Law ...*, op. cit., pp. 1-38.

2. Argumentos pragmáticos y normativos en favor de la supremacía judicial

Si no es su origen, la pregunta que surge por sí sola es ¿qué razones pueden existir para que los ciudadanos y los órganos representativos hayan comenzado a tolerar el ejercicio de un poder que no aparece en parte alguna de la constitución norteamericana? Creemos que existen dos *tipos* de respuesta que pueden ser agrupadas bajo los nombres de razones pragmáticas y razones normativas.¹⁸ El primer grupo de razones está relacionado con situaciones en las cuales los órganos políticos estarían dispuestos a ser deferentes con los tribunales por considerar que los riesgos políticos y electorales de actuar de un modo distinto serían demasiado altos. Keith Whittington señala que, en primer lugar, la manera más fácil por medio de la cual las autoridades políticas (*affiliated leaders*) podrían sentirse motivadas a ceder sus competencias interpretativas es apelando a la necesidad de garantizar la eficacia de un régimen político contra lo que él denomina *constitutional outliers*.¹⁹ Esto se manifiesta con especial fuerza en estados federales, o donde la descentralización es una técnica de reparto de potestades fuertemente aplicada, como puede ser el caso de España. Debido a que en este tipo de comunidades políticas es común tener al menos dos fuentes de poder político (los estados individuales y el Estado federal, o el gobierno central y las regiones, o comunidades autónomas), esta dualidad haría fermentar las demandas de autonomía de las legislaturas locales en detrimento de las políticas del gobierno central, relación que es muy sensible de manejar para los líderes políticos, quienes verían a los tribunales como una sede atractiva para decidir dichos asuntos sin perjuicios políticos.

Un segundo motivo de tipo pragmático por el que instituciones políticas estarían dispuestas a delegar o renunciar a cuotas de poder en el proceso de interpretación constitucional, surgiría en el caso en que dichos poderes no sean considerados como importantes o relevantes, prefiriendo dejar que los tribunales decidan algunos problemas constitucionales puesto que eso permitiría dedicar más energías a otros asuntos que tengan un impacto político y electoral mayor.

A su vez, una tercera razón aparece cuando estos agentes encuentran obstáculos para llevar a cabo su agenda política de reformas y aplicación de programas; a esto se refiere Whittington con la idea de atascos sobrevinientes.²⁰ De hecho, es frecuente observar ocasiones en que el Congreso tiene que lidiar con vetos presiden-

¹⁸ La clasificación no pretende ser exhaustiva. Simplemente queremos ofrecer *una serie* de razones que nos ayuden a analizar el fenómeno en cuestión. Esto no quiere decir que no existan otras que pudiéramos omitir aquí.

¹⁹ Whittington, *Political Foundations ...*, op. cit., p. 105.

²⁰ En el mismo sentido, Ackerman habla de *impasse*. Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, traducción de José Manuel Salazar, México D.F., Fondo de cultura económica, 2007, p. 28.

ciales, y en que presidentes tienen que luchar con un Congreso en el que su grupo o partido es minoría. Es en estos casos en que los tribunales pueden avanzar la agenda política sin obstáculos de este tipo debido a que no se enfrentan con limitaciones ni órganos que puedan poner en cuestionamiento sus decisiones. Si bien el asunto merece mayor desarrollo que el que podamos dar aquí, el caso del recurso interpuesto con fecha 30 de septiembre de 2005 por el Partido Popular español ante el Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional la ley que permitía contraer matrimonio a las personas del mismo sexo, es un buen ejemplo de cómo el atasco que representó en su momento ser minoría en el Congreso podía ser sorteado con el fin de evitar convencer al gobierno en sede parlamentaria.²¹ Este es un problema que conecta con otro de similares características, al que Whittington se refiere con el nombre de toma de postura y evasión de culpa, situaciones en que la revisión judicial motivaría a actores políticos a actuar de manera menos responsable de lo que lo harían si no contaran con el respaldo de la judicatura. Es lo que Mark Tushnet describe como *judicial overhang*, describiendo este concepto como una tendencia a evitar cuestiones constitucionales en esferas legislativas, principalmente por razones de conveniencia.²² Tushnet cita el caso de la *National Industry Recovery Administration Act* de 1933 y las declaraciones de F.D. Roosevelt hechas a un miembro del Congreso donde invitaba a aprobar una ley cuya constitucionalidad era dudosa, pero cuya urgencia invitaba a dejar ese problema a los tribunales.²³

Finalmente, hay quienes consideran que el rol de la judicatura en materias constitucionales es el de conferir legitimidad a las políticas de la coalición gobernante. Dahl, por ejemplo, señala que “las posiciones políticas de la Corte nunca estarán en líneas distintas por mucho tiempo con las posiciones políticas dominantes entre las mayorías legislativas de los Estados Unidos”²⁴, agregando que la función primordial de ésta ha sido la de validación y legitimación y no, por el contrario de anulación. Esta justificación – también pragmática – del rol de los tribunales superiores, tiene que lidiar con al menos dos dificultades. En primer lugar, la función de validación y legitimación de las políticas públicas por parte de los tribunales tendrían que ser de público acceso y conocimiento de los ciudadanos. Sin embargo, con la salvedad de los casos más famosos y conocidos, el gran porcentaje de los juicios que los tri-

²¹ Tribunal Constitucional Español (2012) La sentencia eventualmente desestimó el recurso de inconstitucionalidad N° 6824-2005 contra la ley 13/2005 por la que se modificó el Código Civil español en materia de derecho a contraer matrimonio.

²² Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 1999, p. 57.

²³ Roosevelt, F.D. en Ídem.

²⁴ Dahl, Robert, *Pluralist Democracy in the United States. Conflict and Consent*, Chicago, Rand McNally & Company, 1967, p. 149.

bunales fallan son ignorados por los ciudadanos por el hecho de que los tribunales, debido a su independencia, funcionan en una relativa oscuridad, de modo que esta función aún requeriría una aproximación mayor del público a los tribunales, lo cual está lejos de ocurrir en la práctica.

En segundo lugar, Dahl justifica el papel de la judicatura en una especie de comportamiento reiterado de los tribunales superiores, asimilable al de una tradición en la que estos órganos darían un *visto bueno* a las políticas de los órganos representativos por medio de no anularlas o declararlas inconstitucionales. Sin embargo, este argumento deviene en falaz desde el momento en que se piensa que una tradición puede asumir la función de *legitimar democráticamente* una práctica o institución, pues las tradiciones no son razones en sí mismas; deben ser defendidas y fundamentadas con razones adicionales. Son, cuando se esgrimen como justificaciones, un caso de *argumentum ad antiquitatem*. La legitimidad democrática es esencialmente una cuestión de inclusión de los ciudadanos en los debates de los problemas que les afectan públicamente y del sopeso de los argumentos de dichos participantes, y es sólo en la medida que dichos requisitos se vean cumplidos en una tradición determinada que podremos decir sin miedo a error que ésta se verá legitimada. La revisión judicial claramente no goza de ese *pedigrí* democrático. El mismo Dahl parece reconocer que las tradiciones y la democracia son categorías que corren por cuerda separada, pues para él la revisión judicial se encuentra “firmemente anclada en una tradición y una fuerte apelación racional-legal a la supremacía de la constitución” pero, continúa, “aún subsiste (...) la irritante cuestión de la democracia”²⁵

Existen otras razones de tipo pragmático que podríamos describir, pero que por los limitados espacios que ofrece este ensayo no desarrollaremos²⁶. Por su parte, los llamados argumentos normativos pueden ser de varios tipos. Aquí nos centraremos en la relación entre las sentencias judiciales, la idea de imparcialidad y protección de las minorías, y la defensa que Ronald Dworkin hace de la revisión judicial.

En primer lugar, defender la revisión judicial por el modo en que los jueces razonan y deciden involucra dos asuntos distintos. Primero, se suele aludir a la supuesta circunstancia de que el razonamiento judicial tiene lugar en un foro libre y alejado de presiones políticas y electorales y que, debido a que los jueces no responden a un partido o interés político determinado, las decisiones que éstos adopten serían más imparciales y justas que aquéllas adoptadas en órganos representativos. En segundo lugar, se esgrime que la sentencia judicial es también un instrumento que incorporaría de mejor manera un ideal de imparcialidad, toda

²⁵ Ibid., p. 153.

²⁶ Por ejemplo, Breyer, Stephen, *Judicial Review: A Practicing Judge's Perspective*, Texas Law Review, N° 78, 2000, pp. 761-775.

vez que la regulación a la que suelen estar sometidas las sentencias impiden que un argumento partidista sea utilizado expresamente en la fundamentación del fallo, exigiendo a los jueces altas dosis de nivel argumentativo, motivando sus decisiones en razones públicas susceptibles de ser compartidas por todos. Estas restricciones pueden ejercer diversos niveles de ajuste por parte de los jueces, pero en general, la idea es que un juez se encuentra imposibilitado por su marco institucional de decir que una sentencia es mejor o peor “porque sí”, sino que debe fundamentar su fallo de conformidad con el derecho vigente y con independencia de sus preferencias personales.²⁷

Ambos argumentos pueden ser catalogados como insuficientes para justificar la supremacía judicial: en cuanto al primer aspecto, esta justificación forma parte de un argumento más amplio que defiende a los jueces como órganos idóneos de la justicia constitucional en el contexto de una denunciada crisis de los órganos representativos.²⁸ Autores como Carl Schmitt y Robert Michels,²⁹ entre otros, evidenciaron la falta de confianza que los ciudadanos mostraban respecto de sus funcionarios electos. La desconfianza frente a las instituciones representativas derivó en un miedo a las mayorías que, en lo que respecta a nuestro problema, se traduce en valorar de manera positiva el hecho de que los tribunales sean instituciones contramayoritarias que evitarían la denominada “tiranía de las mayorías”, impidiendo que los grupos desaventajados de la sociedad vean sus derechos conculcados por quienes cuentan con ventajas numéricas en el parlamento. Waldron se ha referido a este miedo como algo injustificado al analizar a qué refiere precisamente el término “tiranía”. De acuerdo con este autor, la tiranía es aquella situación que se presenta cuando los derechos de alguien han sido negados o conculcados de manera arbitraria, es decir, sin razones que apoyen la pérdida o desconocimiento del derecho. En democracia, las instituciones efectivamente adoptarán decisiones erróneas, y esto significa que en algunas ocasiones actuarán de forma “tiránica” de acuerdo con la definición antedicha. Pero esto ocurre o puede ocurrir en cualquier proceso de toma de decisiones, por lo que el problema se aplica también a los tribunales. En ese sentido la “tiranía” así definida es más o menos inevitable, incluso si es que sometemos a deliberación pública un asunto

²⁷ Sobre las diversas formas en que los jueces pueden y deben ajustar sus preferencias personales y justificarlas por medio de razones públicas, véase Goldsworthy, Jeffrey, *The Limits of Judicial Fidelity to Law: The Coxford Lecture*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 24 N°1, 2011, pp. 305-325.

²⁸ Al respecto y en el contexto de cómo la democracia deliberativa surge como respuesta a las denuncias de crisis democráticas, véase Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 11-17.

²⁹ Schmitt, Carl, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, Cambridge, M.I.T. Press, 1992; Michels, Robert, *A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracy*, Mineola-New York, Dover Publications, 1959.

que afecta a ciertas minorías³⁰. El argumento de Waldron es que si el punto de vista de dicha minoría es discutido, y de todos modos sus integrantes “pierden” en la discusión y posterior decisión, hasta ese momento nada tiránico ha sucedido, toda vez que en la medida que mi opinión sea sopesada en principio con el mismo valor que las opiniones y preferencias del resto, el hecho de que pierda no quiere decir que mis derechos hayan sido limitados o conculcados, sino simplemente que no tengo los derechos que en principio creía tener y defender. Como señala el mismo Waldron “la gente (...) no necesariamente tiene los derechos que cree tener (...) Una discusión responsable sobre la tiranía de la mayoría tendrá estos puntos analíticos en cuenta”³¹.

En cuanto al valor de la sentencia judicial como instrumento público imparcial e idóneo para reflejar procesos deliberativos, dicho argumento puede descartarse igualmente; esto porque del hecho de que los mecanismos decisionales de los órganos representativos no sean (tan) rigurosos en términos de las exigencias argumentativas a las que se ven sometidos, no se sigue que las decisiones deban dejarse en manos de órganos no representativos: lo que hay que hacer no es remplazar los mecanismos de representación por otros menos democráticos, sino mejorar los primeros, y esto requerirá importantes esfuerzos para mejorar la calidad del debate público y de la fundamentación con que los órganos representativos toman decisiones.

Finalmente, la defensa que Ronald Dworkin hace de la revisión judicial merece ser tenida en cuenta. Para Dworkin, el núcleo del argumento se encuentra en la distinción entre argumentos de principio y objetivos colectivos,³² donde los jueces se verían facultados para decidir en base a los primeros, mientras que los segundos serían competencia de los órganos representativos de la ciudadanía. Para Dworkin, cuando los jueces se ven enfrentados con casos difíciles se ven limitados por la necesidad de aplicar el derecho con “integridad”, de modo que sus decisiones reflejen los principios que tornan la práctica jurídica de una comunidad determinada en un todo coherente. En el fondo, la ausencia de una norma expresa no niega la posibilidad de que el juez tenga una herramienta para poder fallar, pues los principios aplicados existirían con anterioridad al caso *sub lite*, excluyendo de ese modo la aplicación retroactiva de normas “creadas” por los jueces así como también decisiones “correctas” que no se funden en los mentados principios por carecer éstas de legitimidad. En palabras de Gargarella, “...el juez debe aplicar (...) los mismos

³⁰ Waldron, Jeremy, The Core of the Case Against Judicial Review, *Yale Law Journal*, N° 115, 2006, pp 1348-1406, p. 1396.

³¹ *Ibid.*, p. 1398.

³² Dworkin, *Los derechos en serio*, op. cit., pp.158-162; Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, op. cit., pp. 74-75.

principios justificativos que la práctica comunitaria ha venido desarrollando hasta la fecha, en materia de cómo usar la coerción sobre sus miembros...”³³.

Las críticas que este enfoque ha recibido son varias. Si bien Dworkin cree que esta distinción entre principios y objetivos colectivos resuelve un sinnúmero de problemas que afectan a otras estrategias de defensa de la revisión judicial de las leyes, su versión no está exenta de serias dificultades, las que han sido bien tratadas por Gargarella recurriendo autores como Frank Michelman y John Ely.³⁴ Pero, en este lugar, queremos plantear nuestra crítica por la vía de una pregunta: más allá de las virtudes y defectos que la defensa dworkiniana de la revisión judicial pueda tener, ¿por qué son los jueces y no las mayorías las llamadas a controlar la constitución y a poner en ejecución el principio de integridad? ¿Qué convierte a los tribunales en los *foros de principios* y en la instancia ideal para interpretar la constitución; ¿no pueden las mayorías reunir las condiciones exigidas por el principio de integridad e interpretar la constitución por sí mismas con carácter final?

Una manera de responder a estas preguntas es estudiando la crítica de Dworkin a lo que él denomina “la premisa mayoritaria”, la cual describe como:

“Una tesis acerca de los resultados [*outcomes*] justos de un proceso político: insiste en que los procedimientos políticos deberían estar diseñados de manera tal que, al menos en materias importantes, la decisión a la que se llegue sea la decisión que una mayoría o pluralidad de ciudadanos favorezca.

La premisa supone (...) que siempre es injusto cuando a una mayoría política no se le permite salirse con la suya, de modo que incluso cuando existen suficientes razones contrarias para justificar esto, la injusticia permanece”³⁵

Dworkin defiende una teoría que se opone a la premisa mayoritaria tal y como ha sido descrita y que él denomina la “concepción constitucional de la democracia”. Ésta, según sus palabras, considera que el fin de la democracia es uno distinto, uno en que las “decisiones colectivas sea hechas por instituciones políticas cuya estructura, composición, y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad, como individuos, con igual preocupación y respeto”.³⁶ La concepción constitucional de la democracia asevera que ésta es una forma de gobierno sometida a condiciones que hacen que el Estado trate a todos los miembros de la comunidad política con igualdad, de modo que, si las instituciones políticas mayoritarias cumplen con dichas condiciones, entonces los veredictos que emanen de dichas instituciones

³³ Ibid., 76.

³⁴ Ibid., p. 77.

³⁵ Dworkin, *Freedom's Law...*, op. cit., pp. 16-17.

³⁶ Ídem.

deberían ser aceptados por todos. Sin embargo, cuando dichas instituciones son defectuosas, cuando las condiciones exigidas por la concepción constitucional de Dworkin no se cumplen “no puede haber una objeción en el nombre de la democracia, a otros procedimientos que las protejan y las respeten de mejor manera”³⁷.

Esta es una objeción poderosa. Sin embargo, Dworkin no es completamente justo en su descripción de la premisa mayoritaria. La premisa, tal y como está conceptualizada por él, es particularmente adecuada para su argumento, y creemos que si la modificamos en un modo que no la desnaturalice, pero que la haga más completa, podría poner en riesgo a su apoyo a las instituciones contramayoritarias como los tribunales. Tal y como está descrita por Dworkin, la premisa mayoritaria deja fuera teorías o argumentos que rechacen a la supremacía judicial o en general a órganos contramayoritarios pero que no obstante son respetuosos del constitucionalismo. En ese sentido, el situar a las mayorías como la más elevada instancia en el esquema de órganos del Estado, no implica de modo alguno, por ese sólo hecho, el vulnerar o desproteger a un régimen tildado de constitucional. Simplemente una cosa no se sigue de la otra. Esto es, sin embargo, lo que Dworkin parece sugerir cuando señala que la premisa mayoritaria defiende una postura según la cual es *siempre* injusto cuando las mayorías no se salen con la suya.

Una buena pregunta para Dworkin sería entonces: ¿pueden cumplirse las condiciones exigidas por la concepción constitucional de la democracia por alguna configuración institucional que no incluya al control de constitucionalidad como parte de las atribuciones de sus tribunales? Si lo que para Dworkin es importante es que las condiciones de su concepción se cumplan, y la revisión judicial es instrumental respecto de dichas condiciones — esto es, se justifica sólo en tanto y en cuanto asegure el respeto a las condiciones de la democracia —, entonces se sigue que es conceptualmente posible tener un marco institucional sin instituciones contramayoritarias siempre y cuando este marco respete las condiciones democráticas exigidas por Dworkin.

Más aún, es derechamente erróneo el señalar, como lo hace Dworkin, que los argumentos mayoritarios son exclusivamente acerca de *resultados* justos, al igual que es falso señalar que la revisión judicial siempre defiende las condiciones democráticas que Dworkin exige. De hecho, los argumentos mayoritarios pueden ser sostenidos sin necesidad de recurrir a defensas instrumentales, es decir, pueden sostenerse recurriendo a razones de tipo procedimental. Al respecto, Waldron define a este tipo de argumentos (*process-related reasons*) como “razones para insistir en que una persona decida, o participe en una decisión, que existen con indepen-

³⁷ Ídem.

dencia de consideraciones acerca del resultado apropiado”³⁸. Si modificamos la premisa mayoritaria, ampliándola para que considere razones de éste tipo, entonces la justificación dworkiniana de las instituciones contramayoritarias deviene incompleta.³⁹

En otro lugar, Dworkin cae en el mismo olvido al comentar una respuesta dada por el entonces nominado juez John Roberts a la comisión de justicia del Congreso de los Estados Unidos. A este juez se le preguntó en una serie de ocasiones cuál sería la teoría interpretativa de la Constitución que utilizaría para decidir casos difíciles, en los cuales tuviera que aplicar disposiciones constitucionales abstractas como “debido proceso”, “igual protección de las leyes” o “castigos crueles e inusuales”,⁴⁰ etc., a lo cual respondió que su tarea como juez consistiría en decidir según la ley y nada más que la ley. Dworkin dedicó un ensayo muy crítico al caso de este juez, pero el núcleo de su argumento puede verse en el siguiente párrafo que, adelantamos, nada dice sobre *por qué* tiene que ser el juez la autoridad final en materia de interpretación constitucional, simplemente asumiendo que las cosas son así: “...La mera declaración de que un juez debiese imponer “la ley” en el momento de tratar con cláusulas abstractas no nos dice nada: *la cuestión crucial es cómo* el juez debe decidir lo que es la ley...”⁴¹.

¿Qué deberemos decir acerca de las cuestiones pendientes, las preguntas institucionales que la lectura moral [de la constitución] no toca?

No veo otra alternativa que utilizar un standard basado en los resultados en lugar de uno procedimental. La mejor estructura institucional es aquella que está mejor calculada para producir las mejores respuestas a la cuestión esencialmente moral cuáles son las realmente las condiciones democráticas, y para asegurar el cumplimiento de dichas condiciones.⁴²

En consecuencia, cuando la enfrentamos a la pregunta de por qué las mayorías no pueden ejercer el rol de intérpretes finales de la constitución, la teoría de Dworkin no provee de una respuesta satisfactoria porque se centra exclusivamente en justificar la democracia desde un punto de vista instrumental, basado en los resultados de las decisiones adoptadas por los órganos del Estado, y sin referirse a razones procedimentales.

³⁸ Waldron, *The Core of the Case ...*, op. cit., pp. 1372

³⁹ Dworkin cae en el mismo olvido, bajo las mismas premisas, en Dworkin, Ronald, *The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-Wing Bloc*, New York, New York Review Books, 2008, p. 4.

⁴⁰ Expresiones incluidas en las enmiendas quinta, octava y decimocuarta de la Constitución norteamericana, respectivamente.

⁴¹ Dworkin, *The Supreme Court Phalanx...*, op. cit., p. 4.

⁴² Dworkin, *Freedom's Law*, op. cit., p. 34

3. Sobre la supremacía judicial, el departamentalismo, el republicanismo y la democracia deliberativa

Descartados los argumentos y propuesta la crítica, queremos preguntarnos lo siguiente: ¿desde qué momento y en qué contexto asumimos como normal una práctica que involucre la supremacía judicial en la adjudicación e interpretación constitucional? Desde un punto de vista teórico, la pregunta puede enfocarse teniendo como punto de referencia los postulados del departamentalismo y la oposición de dos comprensiones y justificaciones de la democracia: la liberal y la republicana.⁴³ Si recordamos la vinculación existente entre el pueblo y la interpretación de la constitución de acuerdo a la teoría departamental, veremos que la vinculación del individuo con la política y con la toma de decisiones fundamentales era una que implicaba un ejercicio activo de la ciudadanía.⁴⁴ Esta relación entre el papel del ciudadano como intérprete constitucional y su vinculación con la política se hace evidente en los términos en que algunos autores definen a la democracia deliberativa como parte de una justificación republicana de la democracia.

Desde esta óptica, el estatus de ciudadano no está determinado por el modelo de libertades negativas que pueden ser exigidas por el individuo a un macro-sujeto estatal que concede o niega dichas libertades, al modo de una comprensión liberal de la democracia. Más bien, este poder proviene de una instancia comunicativa que a su vez es producto del ejercicio de la autodeterminación política de los ciudadanos. En este modelo, la razón de la existencia del Estado no radica primordial o exclusivamente en la protección de los derechos individuales entendidos como libertades negativas, sino en la salvaguarda del proceso de formación de la voluntad de los integrantes de una comunidad política en la que ciudadanos libres e iguales discuten y acuerdan entre sí sobre las metas y reglas que pudieran ser de interés común para todos.⁴⁵ Las consecuencias que, por el contrario, se siguen de una comprensión liberal de la democracia, alejan al ciudadano de su relación con la

⁴³ Las descripciones de ambos conceptos son, por cierto, insuficientes y requieren un desarrollo mayor del que podamos ofrecer aquí. Esto se torna especialmente problemático si se tiene en cuenta la dispersión de opiniones que se hacen llamar a sí mismas liberales. Sin embargo, el núcleo del liberalismo, fundado sobre el principio filosófico del utilitarismo y de la teoría económica de la “mano invisible” como reguladora de preferencias es, no obstante su amplio grado de abstracción, suficiente para provocar una idea de dicho concepto. El republicanismo padece del mismo problema. Sin embargo, nos remitimos a los trabajos de Ovejero y Habermas y a sus respectivas descripciones de este entramado conceptual. Ovejero, Félix, *Teorías de la democracia y fundamentaciones de la democracia*, Doxa Cuadernos de filosofía del derecho Universidad de Alicante, N° 19, 1996, pp. 309-356 y Habermas, Jürgen, *Tres modelos normativos de democracia*, traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilard Roca, en Jürgen Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, 2008, pp. 231-246.

⁴⁴ Kramer, *The People Themselves ...*, op. cit., pp. 107-109.

⁴⁵ Habermas, *Tres modelos...*, op. cit., p. 234.

política y con el ejercicio de su papel como configurador de los programas estatales, instrumentalizando tanto al Estado como a los individuos para convertir meras preferencias personales en políticas públicas por medio del poder de la administración. Diversos estudios muestran cómo los modelos democráticos liberales así entendidos degeneran en un distanciamiento de los ciudadanos entre sí y respecto del Estado, permitiendo el florecimiento de prácticas institucionales que actúan *por* los ciudadanos y con relativa prescindencia de éstos.⁴⁶

Entender cómo la separación de poderes en nuestras democracias modernas ha pasado de ser un modelo explicativo del diálogo de los ciudadanos entre sí como programadores del poder estatal, a uno en que los ciudadanos no cuentan en ese diálogo más que para seleccionar al representante por medio del voto y en que los funcionarios estatales deciden por sí mismos los derechos y deberes de sus constituyentes, es un proceso complejo y que requiere un estudio mucho más amplio y detallado, pero la idea central que queremos plasmar es que el caso de la revisión judicial con carácter de supremacía obedece a este patrón de justificación instrumental de las democracias; un patrón que prescinde del proceso de formación de voluntad de los individuos en la política porque lo único que se entiende como relevante para el sistema es traducir aritméticamente las preferencias de los ciudadanos individualmente considerados de modo instrumental, de modo que si la democracia falla en el cálculo, ésta no se justifica epistémicamente, por lo que habrá que buscar otro sistema de traducción de preferencias que haga mejor el trabajo. Es, en el fondo, un problema de diseñar instituciones que actúan sin el concurso sustantivo de los ciudadanos en la toma de decisiones asumiendo ciertos presupuestos hobbesianos sobre la naturaleza humana que parten de la base de que la virtud cívica, aquella disposición de los ciudadanos a participar en el proceso de formación de la voluntad política, sigue el patrón de una curva de utilidad y que, en consecuencia, está condenada a su desgaste.⁴⁷

Para ir finalizando, el análisis que hasta aquí hemos intentado esbozar combina el planteamiento de un problema que incluye razones históricas y teóricas: el nacimiento de la institución de la revisión judicial en un contexto político que ha sido denominado constitucionalismo popular, y el cambio de dicho paradigma hacia

⁴⁶ Véase por ejemplo Szmulewicz, Esteban, *Las contradicciones de la tercera vía. Participación social y desigualdad en tres países*. 1ª Parte, *Asuntos Públicos*, informe nro. 813, 2010; Bello, Donald, *Sobre la legitimación/dominación por el uso de la Constitución. El caso de las movilizaciones estudiantiles en Chile*, *Astrolabio Revista internacional de filosofía*, Universidad de Barcelona, N.º. 13, 2010, pp. 55-62 y Ovejero, Félix, *¿Idiotas o ciudadanos?*, Barcelona, Editorial Montesinos, 2013.

⁴⁷ Véase Rawls, John, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Cambridge y Oxford, Harvard University Press, 2007, pp. 41-53 y Ovejero, Félix, *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, Barcelona, Editorial Paidós, 2002, p. 178.

uno que reviste caracteres de una justificación liberal e instrumental de la participación ciudadana. Hemos ofrecido explicaciones pragmáticas del por qué las instituciones representativas estarían dispuestas a incentivar a los tribunales a convertirse en los intérpretes finales de la constitución y razones normativas en defensa de la práctica en cuestión. La distinción entre comprensiones y justificaciones liberales y republicanas de la democracia nos permite concluir que la única forma de ofrecer razones para justificar la supremacía de la judicatura en la interpretación de la constitución es justificando a su vez regímenes políticos desde una óptica liberal instrumental. Si uno hace propia una comprensión republicana de la democracia en la forma que se ha descrito aquí, los argumentos en defensa de la supremacía judicial no mantienen ya el carácter de justificaciones, sino de meras explicaciones, con la consecuente falta de legitimidad democrática que eso conlleva.

Creemos que una de las mejores alternativas para llevar a cabo el ideal de legitimación de la revisión judicial es por medio de una versión del republicanismo que no idealice tanto en la exigencia de virtud cívica como sí en los procedimientos por medio de los cuales la formación de la voluntad política pueda ser institucionalizada. Este camino intermedio entre el liberalismo y el republicanismo, es una propuesta que en el caso de un autor como Habermas se ha materializado a través del recurso a la noción de patriotismo constitucional. Esa apelación a que los ciudadanos se identifiquen con aquella base de acuerdos, fruto de una deliberación entre iguales y libre de coacción por parte de los ciudadanos mismos que es una constitución republicana, es la piedra angular de un sistema político creado y programado por los ciudadanos para generar instituciones que filtren las preferencias de los individuos previamente deliberadas en instancias mayoritarias y que las conviertan en derecho legítimo.⁴⁸

Sin esta instancia de legitimación, las normas que obliguen a los ciudadanos y que surjan de instituciones como la judicatura, en las que la deliberación pública ha sido inexistente o confinada a foros no institucionales, corren el peligro de ser impuestas sin el consentimiento de sus afectados y de que estos últimos rechacen su aplicación o que, por el contrario, acaten las decisiones de los tribunales de manera irreflexiva. Ninguna de las dos alternativas es deseable si es que el derecho aspira a ser un mecanismo legítimo de regulación de expectativas de comportamiento.

DOI: <https://doi.org/10.15366/bp2017.17.009>
Bajo Palabra. II Época. N°17. 2017. Pgs: 191-212

⁴⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, p. 175.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, B. (2007). *La nueva división de poderes.* (J. M. Salazar, Trad.) México D.F.: Fondo de cultura económica.
- ATRIA, F. (2000). Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha. *Estudios Públicos*, 347-402.
- ATRIA, F. (2003). El derecho y la contingencia de lo político. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*(26), 319-347.
- BELLO, D. (2010). Sobre la legitimación/dominación por el uso de la Constitución. El caso de las movilizaciones estudiantiles en Chile. *Astrolabio*(13), 55-62.
- BICKEL, A. M. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.* (Second Edition ed.). New Haven and London: Yale University Press.
- BREYER, S. (2000). Judicial Review: A Practicing Judge's Perspective. *Texas Law Review*, 78, 761-775.
- CASTO, W. R. (2009). There were great men before Agamemnon. *Vanderbilt law review*, 62(2), 371-405.
- COUSO, J. A. (2005). The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Domestic Transition, 1990-2002. En S. Gloppen, R. Gargarella, & E. Skaar (Edits.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability Function of Courts in New Democracies* (págs. 70-91). New York: Frank Cass.
- DAHL, R. (1967). *Pluralist democracy in the United States: conflict and consent.* Chicago: Rand McNally.
- DAHL, R. (2003). *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- DWORKIN, R. (1986). *Law's Empire* (3ª ed.). London: Fontana.
- DWORKIN, R. (1996). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution.* Cambridge: Harvard University Press.
- DWORKIN, R. (2002). *Los derechos en serio.* (M. Guastavino, Trad.) Barcelona: Ariel.
- DWORKIN, R. (2008). *The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-Wing Bloc.* New York: New York Review Books.
- EISGRUBER, C. (2001). *Constitutional Self-Government.* Cambridge, Massachusetts & London: Harvard University Press.
- FARRAND, M. (1913). *The framing of the Constitution of the United States.* New Haven and London: Yale University Press.
- GARGARELLA, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.* Barcelona: Ariel.
- GARGARELLA, R. (abril de 1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*(6), 56.

- GOLDSWORTHY, J. (2011). The Limits of Judicial Fidelity to Law: The Coxford Lecture. *Canadian Journal of Jurisprudence*, XXVI(2), 305-325.
- HABERMAS, J. (2008). Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. (M. Jiménez, Trad.) Madrid: Trotta.
- HABERMAS, J. (2008). Tres modelos normativos de democracia. En *La inclusión del otro. Estudios de teoría política* (J. C. Velasco Arroyo, & G. Vilard Roca, Trads., págs. 231-246). Barcelona: Paidós.
- HAMILTON, A. (1948). The Federalist LXXVIII. En A. Hamilton, J. Madison, & J. Jay, *The Federalist, or The New Constitution* (págs. 395-402). Oxford: Basil Blackwell.
- JEFFERSON, T. (2008). *The Essential Jefferson*. (J. Dewey, Ed.) Mineola, New York.
- KRAMER, L. (2004a). *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press.
- LINARES, S. (Abril de 2008). Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes. *Isonomía*(28), 157.
- MARBURY V. MADISON, 5.US. 137 (United States Supreme Court 1803).
- MICHELS, R. (1959). *A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracy*. Mineola- Nueva York: Dover Publications.
- MUÑIZ, J. (2005). Estudio preliminar. República y libertad en el pensamiento político de James Madison. En J. Madison, & J. Muñiz (Ed.), *República y libertad* (J. Muñiz, Trad., págs. XI- LIII). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- OVEJERO LUCAS, F. (1996). Teorías de la democracia y fundamentaciones de la democracia. *Doxa*(19), 309-355.
- OVEJERO LUCAS, F. (2002). *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*. Barcelona: Paidós.
- OVEJERO, F. (2013). *¿Idiotas o ciudadanos?* Barcelona: Montesinos.
- RAWLS, J. (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- RAWLS, J. (2007). *Lectures on the History of Political Philosophy*. Cambridge y Londres: The Belknap Press of Harvard University Press.
- SCHMITT, C. (192). *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SZMULEWICZ, E. (2010). Las contradicciones de la tercera vía. Participación social y desigualdad en tres países. *Asuntos públicos*.
- TUSHNET, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- WALDRON, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*(115), 1346-1406.
- WHITTINGTON, K. (2007). *Political foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton: Princeton University Press.
- ZURN, C. (2007). *Deliberative Democracy and The Institutions of Judicial Review*. Cambridge: Cambridge University Press.