

# INDEPENDENCIA JUDICIAL: SUS VARIACIONES CONFORME A LA TEORÍA CONSTITUCIONAL\*

ARTURO RAMOS SOBARZO\*

**RESUMEN:** La independencia judicial podría pensarse como un tema alejado de la teoría constitucional, pero indudablemente, a partir de esta última podría concebirse una noción determinada. En este texto se pretende establecer una clasificación de autores que según sea el caso, ubican una preminencia ya sea del poder legislativo o del poder judicial. Por otra parte, hay otras teorías que pretenden conciliar ese péndulo mediante una postura diferenciada. Al final se presenta un esbozo de una teoría distinta de tipo colaborativo entre esos diferentes poderes.

**Palabras claves:** Independencia judicial, teoría constitucional, objeción contramayoritaria, preminencia poder legislativo poder judicial, garantismo judicial, minimalismo judicial.

**ABSTRACT:** Judicial Independence could be thought of as a topic far removed from constitutional theory, but undoubtedly, a specific notion could be conceived from the latter. This text seeks to establish a classification of authors who, depending on the case, place a preeminence of either the legislative power or the judicial power. On the other hand, there are other theories that attempt to reconcile this pendulum through a differentiated position. At the end, an outline of a different theory of a collaborative type between these different powers is presented.

**Keywords:** Judicial Independence, constitutional theory, judicial branch, legislative branch, counter-majoritarian difficulty, counter-majoritarian dilemma, garantismo.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. 1. VISIÓN TRIPARTITA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. 2. EL DEBATE SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN UNA DEMOCRACIA. 3. CONCEPCIONES EN FAVOR DE UNA JUDICATURA FUERTE. 3.1. Luigi Ferrajoli y el *garantismo*. 3.2. Ronald Dworkin: Lo democrático del control constitucional. 3.3. Aharon Barak: Cerrar la brecha entre la sociedad y el derecho. 3.4. Bruce Ackerman: La corte y los *momentos constitucionales*. 3.5. Carlos Bernal Pulido: La ambigüedad del texto constitucional. 4. CONCEPCIONES EN FAVOR DE UN MINIMALISMO JUDICIAL. LA DECISIÓN DEMOCRÁTICA MAYORITARIA DEL PARLAMENTO. 4.1. Edouard Lambert: Regresión y conservadurismo de la corte. 4.2. Alexander Bickel: La *objeción contramayoritaria*. 4.3. Jeremy Waldron: La preminencia del parlamento. 5. CONCEPCIONES INTERMEDIAS. EN BÚSQUEDA DEL BALANCE. 5.1. John Hart Ely: Remover los obstáculos de la democracia. 5.2. Jürgen Habermas: Facticidad y validez. 5.3. Carlos Santiago Nino: La democracia deliberativa. 5.4. Roberto Gargarella: La sala de máquinas. 5.5. Pedro Salazar: La radiografía de la democracia constitucional. 5.6. Stephen Breyer: La pedagogía y confianza de la corte. 5.7. Víctor Ferreres: La presunción de consti-

---

\* Agradezco los valiosos comentarios realizados por los doctores Mario Álvarez Ledesma, Rodolfo Gómez Alcalá y Erick Mena Moreno.

\*\* Profesor de derecho electoral y director del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho.

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como propósito reunir dos temáticas que parecerían no tener relación entre sí, sin embargo, ello sólo es en apariencia pues la propuesta busca correlacionar, por un lado, a la independencia judicial y, por otra, parte de una teoría constitucional que sigue vigente.

En efecto, el planteamiento consiste en que, a partir de algunos autores contemporáneos de la teoría constitucional, la perspectiva o noción de la independencia judicial puede tener ciertas modulaciones, o si se prefiere, su aproximación o concepción podría tener derroteros diferentes.

Con esa mirada, se busca aportar a la discusión de la independencia judicial pues desde nuestra perspectiva, pareciera que cierta parte de la discusión académica en torno a ella se reduce a una visión unívoca cuando puede haber variaciones alrededor de ese tema. Cabe señalar que, en uno de los estudios fundamentales y más clásicos sobre el papel del poder judicial en un contexto constitucional, la independencia judicial es un aspecto central e inherente a su funcionamiento.<sup>1</sup>

Vistas así las cosas, la necesaria conexión entre independencia judicial y teoría constitucional, encuentra su justificación en la medida de que se busque explicar el papel de los tribunales constitucionales en una democracia deliberativa, en donde conceptos como la división de poderes, el control constitucional de los derechos humanos y la relación entre el derecho y la política pueden encontrar diferentes redimensionamientos.

De esta manera, nos parece fundamental explorar a algunos autores contemporáneos sobre la relación entre judicatura y democracia, pues es ahí, en ese binomio que puede haber una nueva manera de pensar la independencia judicial. Indudablemente la relación de los tribunales constitucionales con otras esferas del Estado (sobre todo con el poder ejecutivo y legislativo) es el lugar donde se torna más necesaria la redefinición de la independencia judicial. Esa necesidad no sólo se agota ahí, sino que abarca incluso aquellos entes o poderes fácticos de gran influencia en una democracia.

Cabe señalar que la selección de los autores de teoría constitucional brevemente analizados no pretende ser exhaustiva ni mucho menos agotar la discusión en torno a ellos. Lo que se busca en todo caso consiste es mostrar cómo las diversas aproximaciones de cierta teoría constitucional pueden generar nuevas formas de acercamiento a la independencia judicial.

---

1 En efecto, nos referimos en especial a *El Federalista* número LXXVIII: Hamilton, Alexander, *et. al.* y otros, *El federalista*, FCE, México, 2006, 2ª reimpr., pp. 331-335.

La selección de los autores se justifica en torno a una todavía permanente discusión sobre el papel de los tribunales constitucionales en una democracia. El debate en esos términos consiste en determinar quién debe tener preminencia, quién debe tener la última palabra en las decisiones que involucran a una determinada sociedad: si los tribunales constitucionales o los poderes legislativos de un país.

Por supuesto, no escapa a este análisis el hecho de que la clasificación propuesta podría parecer reduccionista al ubicar tal o cual autor en un enfoque determinado, acarreado con ello cierto empobrecimiento de la riqueza argumentativa de cada teoría. A veces los cartabones o rótulos pueden ocultar algunos matices importantes, sin embargo, en todo caso, dicha clasificación sirve para efectos didácticos como guía en cada línea de pensamiento sobre el tema abordado, con todo y el contraste con otros postulados. Asimismo, hemos tratado de incluir textos de reciente publicación para lograr una mejor muestra del estado del arte. Al final del día, no se trata de otra cosa sino de repensar la función de los jueces en una democracia a partir de la independencia judicial

La vigencia del tema cobra relevancia en nuestro país a partir del actual momento mexicano: un partido y presidente en el poder con una enorme aceptación popular, pero con el señalamiento sobre el grado de compromiso y sujeción estricta al principio de constitucionalidad. En ello vemos la versión mexicana contemporánea del debate de la democracia versus constitución. Además, la temática es oportuna ante la crítica del surgimiento de múltiples derechos que para alguna vertiente resultan bastante cuestionables por su extrema particularidad, por surgir de una progresividad mal entendida sin tener una base sólida como derechos.

Finalmente, también hemos incluido desde luego a autores latinoamericanos en la medida que su visión aporta de manera importante a una comprensión de la teoría constitucional en función de la independencia judicial con todo y los problemas de nuestros países.

## 1. VISIÓN TRIPARTITA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

En este primer apartado quisimos referirnos metodológicamente a la variabilidad en la noción de la independencia judicial. Como lo hemos escrito en otro lado, a la independencia judicial se le puede observar desde varias disciplinas con enfoques diferenciados. Los tres derroteros considerados son los siguientes:

- 1) **Ética o deontológico.** Se refiere a las reglas y principios de carácter no coercitivo establecidas por los miembros de una comunidad jurídica determinada, en este caso, de carácter judicial con el objetivo de establecer un régimen o estándar de comportamiento y actuación mínimos y máximos de los integrantes de la judicatura.<sup>2</sup>

---

2 Ramos Sobarzo, Arturo, "Independencia judicial, ética y democracia", en *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario*, Betanzos Torres, Eber Omar e

Este régimen puede tener como ámbitos estatal o subnacional, federal, nacional o incluso internacional. Ejemplos de ello se encuentran en el Código Iberoamericano de Ética Judicial o el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación.

- 2) **Ciencias sociales.** Esta perspectiva indica el análisis de la independencia judicial a partir de la ciencia política o la sociología enfocándose en el estudio del comportamiento de integrantes de la judicatura en función de la relación con otros poderes o factores sociales. Se caracteriza por la ausencia del análisis interno en cuanto a las razones jurídicas de una sentencia o grupo de ellas sino más bien a la interacción política y social tanto de resoluciones judiciales como a determinadas acciones con los otros poderes.<sup>3</sup>
- 3) **Como garantía jurídica en normas y principios.** La tercera variante tal vez sea la más conocida y estudiada en el mundo del derecho y se refiere a la regulación de estructura de normas y principios jurídicos (legales y constitucionales) así como criterios jurisprudenciales en torno a la independencia judicial, lo cual constituye una serie de garantías que permiten una mejor marcha de la función judicial. En este rubro se encuentran los aspectos relativos a la designación, escalafón, remoción, remuneración, condiciones de seguridad previstos en normas jurídicas que dan cuenta de la estructura judicial, así como los criterios jurisdiccionales en torno a su tutela.<sup>4</sup>

En aquel trabajo, se expuso la forma multidisciplinaria en que puede abordarse a la independencia judicial. A pesar de los enfoques diferenciados hay una línea de continuidad e interrelación en esas perspectivas. De igual manera, en el presente texto queremos presentar que, dependiendo del tipo de teoría constitucional a la que acudamos (sobre todo en relación con el poder judicial y el poder legislativo) la apreciación de la independencia judicial podrá tener variaciones.

## 2. EL DEBATE SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN UNA DEMOCRACIA

El auge y surgimiento de los tribunales constitucionales producto de la posguerra implicó en muchas latitudes y en formas muy variadas, una discusión sobre quien debería decidir las cosas más importantes para una sociedad determinada: si los parlamentos

---

Israel González Delgado (coords.) Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, Porrúa, México, 2013, pág. 6.

3 *Ibid.*, pp. 7-9.

4 *Ibid.*, pág. 10. Cabe señalar que en ese texto no se hizo referencia tanto a la noción de independencia judicial como garantía legal y constitucional al bagaje de criterios y jurisprudencia emitidos tanto por la Suprema Corte de México como de la Corte Interamericana, pero desde luego pueden ubicarse en esta categoría propuesta en casos emitidos por esta última tales como *Reverón Trujillo vs Venezuela, Tribunal Constitucional vs Perú* y *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, entre otros.

y el presidente o primer ministro de un país derivado del bagaje democrático que su elección implica o por el contrario los tribunales constitucionales o cortes supremas según sea el caso.

A partir de ello, ha existido un debate sobre los alcances que los tribunales constitucionales ubicados en una democracia. Así, contrario al predominio de los estudios de la independencia judicial, la omisión de las diferentes teorías acerca de la relación entre parlamento y tribunal hace necesario considerar las diferentes posturas en torno al péndulo que oscila entre darle preeminencia a uno y otro. Con ello, pretendemos aportar desde la reflexión teórica, el papel que debe fungir el tribunal constitucional y la justificación de la forma de contribuir a la democracia.

Iniciaremos con aquellos autores que podemos agrupar en el grupo de férreos defensores del constitucionalismo o control de la constitucionalidad de tipo fuerte, para posteriormente abordar a quienes se encuentran en las antípodas de ello. Finalmente daremos paso a la revisión de aquellos que buscaron conciliar unas y otras de las orillas teóricas para después dar una muy incipiente alternativa personal de ello.

### 3. CONCEPCIONES EN FAVOR DE UNA JUDICATURA FUERTE

En primer lugar, iniciaremos un recorrido por aquellas teorías constitucionales que apelan por un *constitucionalismo fuerte*, esto es, su apuesta se dirige a argumentar en favor de una preeminencia del control de constitucionalidad fuerte que no debe estar impedido por la llamada *objeción contramayoritaria*, sino que, la justificación de lo anterior proviene de la tutela de los derechos fundamentales, sobre todo el llamado *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdés<sup>5</sup> o la *esfera de lo indecible* de Luigi Ferrajoli, además de que la decisión de la mayoría no puede pasar por encima de las minorías.

#### 3.1. Luigi Ferrajoli y el *garantismo*

El autor italiano nacido en Florencia elaboró una teoría denominada *garantismo* que propone una determinada forma de ser de los jueces y sobre todo de los tribunales constitucionales poniendo el acento en la protección de los derechos fundamentales. Sin ambages asume una postura proactiva que implica al final del día garantizar los derechos humanos.

Al respecto, garantizar significa “afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar (...) derechos o bienes individuales (mediante) instrumentos para la defensa de los derechos

---

5 El propio Garzón Valdés indica que la denominación *coto vedado* (concepto que considerará necesario en todo diseño democrático) la toma de una obra de Juan Goytisolo en Madrid. *Vid.* Garzón Valdés, Ernesto, “Para ir terminando”, en *El derecho como argumentación*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003, ITAM, Escuela Libre de Derecho, UAM Azcapotzalco, INACIPE, Ediciones Fontamara, México, 2004, pág. 43.

de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y por parte del poder estatal”.<sup>6</sup> Ante todo tiene como tesis metodológica: 1) la separación del derecho y la moral, 2) el carácter previo y prioritario de los derechos por encima de la función instrumental del Estado y 3) el establecimiento de un sistema que proteja los intereses y derechos más vitales de los individuos.<sup>7</sup>

Cabe señalar que esta visión teórica, si bien en principio se refiere al derecho penal (en *Derecho y razón*) se redefine posteriormente para tener alcances de toda una teoría general jurídica con un fuerte acento en la protección constitucional.

Su teoría parte de tres acepciones de garantismo, como tutela constitucional y práctica real de ello; otro como parte de la teoría del derecho referida a la distinción entre validez y efectividad, y finalmente como parte de la filosofía del derecho bifurcada entre la distinción entre derecho y moral.<sup>8</sup> Esto último es relevante porque se asume como una teoría clara entre la separación de esas dos categorías.<sup>9</sup>

Así, la apuesta de esta teoría se refiere a una noción de legitimación sustancial no únicamente formal, es decir, no sólo basta con sujetarse al principio de legalidad, sino que debe de haber una tutela sustantiva de los derechos.<sup>10</sup> Como se verá más adelante, autores como Waldron cuestionara ese postulado.

Dicha noción lleva a varios conceptos relevantes para nuestro análisis del binomio independencia judicial y teoría constitucional porque ello trasciende a la **noción de democracia** en el modo ferrajoliano, dado que ello implica las preguntas de *quién* debe decidir, *cómo* hacerlo, *qué* y *qué no* puede hacer.<sup>11</sup> En ese contexto, para efectos de nuestro análisis, resulta fundamental la idea de Ferrajoli sobre la democracia, la cual contrasta notablemente con la acuñada por Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, ya que la primera no se basta con respetar la regla de la mayoría (meramente procedimental) como sostendrían los profesores de Turín, sino por el contrario, Ferrajoli insiste en apelar a una idea de democracia sustancial, no sólo formal, lo que se traduce en una férrea tutela de los derechos humanos y derechos fundamentales.<sup>12</sup>

---

6 Gascón, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales” en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (coords.) Trotta, IJ UNAM, Madrid, 2005, pág. 21.

7 *Ibid.*, pp. 22-25.

8 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, España, 2ª reimp., 2016, pp. 851-854.

9 *Ibidem*.

10 *Ibid.*, pp. 855-857.

11 *Ibid.*, pp. 857-859 y 879. En esta última cita corresponde a lo que en técnica constitucional deriva la interpretación conforme, puesto que, ante dos posibles interpretaciones, se debe seleccionar aquella que sea más congruente con la Constitución. De hecho, en esto último vemos nuevamente a un Ferrajoli como teórico del derecho al subrayar la condición de *coherencia* de todo el sistema en función de la constitución.

12 Al respecto sobre ese debate, se recomienda Bovero Michelangelo y Luigi Ferrajoli, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, INE, México, 2020, 96 pp. (Col. Conferencias magistrales no. 13). También Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, pp. 864-866.

En esa línea, en su idea de democracia le hace encajar con vehemencia la tutela de los derechos humanos, sobre todo los de las minorías. De esta manera, al poner el acento en estas últimas, resulta más congruente con su ideal democrático en la medida que hace inclusión de todo un conglomerado social a partir de lo más valioso de acuerdo con esta postura: los derechos de cada individuo y de cada grupo social.

Lo anterior a su vez lo asocia a la teoría política y constitucional, concretamente con el contractualismo clásico. Textualmente afirma: “La primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría”<sup>13</sup> de ahí que enfatice que “incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto o totalitario si el poder del pueblo fuese en ello ilimitado (...) ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (...) que un hombre muera, o sea privado de la libertad”.<sup>14</sup> Los derechos fundamentales son el mínimo y base de la convivencia pacífica, lo cual incluso se extiende a los poderes privados o como el los llamó los poderes salvajes.<sup>15</sup>

Esa idea de tutela de los derechos como elemento fundamental de la democracia no sólo atiende a los derechos de primera generación, sino que se extiende a los derechos sociales prestacionales<sup>16</sup>. Esto último será relevante para el constitucionalismo latinoamericano como veremos más adelante con Carlos Bernal Pulido.

Así, la teoría propuesta por Ferrajoli es al mismo tiempo un manifiesto de cómo debe abordarse la protección de los derechos humanos, lo cual se traduce en interpretaciones que no sean restrictivas de los derechos, sino que sean programáticas y progresivas, aceptando en ello una buena dosis de idealismo inalcanzable.<sup>17</sup>

Cabe señalar que ese debate propio de la década de los 90 fue particularmente influyente en la judicatura federal mexicana, sobre todo en la electoral de la primera década del siglo actual, a tal grado de establecer magistraturas que orbitaban en un rango por demás garantista en contraposición a otro más formalista.<sup>18</sup> De igual forma ello ha recalado recientemente en el debate doctrinal sostenido entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, respecto a la preeminencia de las reglas o los principios<sup>19</sup>, aspecto que inaugurara Ronald Dworkin. Así, lo explicado sobre Ferrajoli no sólo representa una teoría constitucional sino incluso una teoría del derecho al calificar al

---

13 Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, pp. 859.

14 *Ibidem*.

15 *Ibid.*, pág. 861

16 *Ibid.*, pp. 861-863.

17 *Ibid.*, pp. 866-867.

18 En efecto, nos referimos a la integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación del periodo 1996 a 2006, en donde eran clara las posturas de garantismo y formalismo.

19 Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, pp. 872-875.

principio de legalidad como la “siempre imperfecta medida”<sup>20</sup>, elemento que indica el lugar que ocupa en su teoría el producto principal del legislador, ello en contraposición al orden constitucional de carácter sustantivo.

En ese contexto, desde su punto de vista, son los jueces los mejores dotados en un estado de derecho para encabezar y desarrollar un garantismo auténtico pues están “llamados a pronunciarse sobre la validez de las leyes (y) resultará excluida también en la aplicación judicial la sujeción acrítica y avalorativa de las leyes vigentes”<sup>21</sup>. Con lo anterior, les atribuye obligaciones programáticas a los jueces y, por tanto, le compele a una real independencia judicial, es decir, a una postura ferviente en aras de un análisis crítico constitucional a partir de los principios.

Finalmente, reunidos en una sola persona, al Ferrajoli como teórico constitucional, como teórico del derecho y como teórico político, considera que el fin del Estado, dentro de un sistema jurídico, debe ser la tutela de los derechos de las personas, pues ese es su fin en sí mismo, aspecto que incluso puede extraerse del contractualismo más clásico de Hobbes y toda la filosofía política clásica, hoy reforzada mediante el papel clave de los jueces constitucionales como los protagonistas de esa tutela última.<sup>22</sup> Así, la independencia judicial para este jurista italiano se demuestra con una ferviente actitud por derechos humanos por encima del postulado del legislador ubicado en la ley.

### 3.2. Ronald Dworkin: Lo democrático del control constitucional

Indudablemente es uno de los filósofos del derecho más conocidos e influyentes. Como se sabe, su obra no sólo es relevante para la noción de la democracia constitucional sino también para la filosofía y teoría del derecho.

Una de sus principales aportaciones, la cual da un giro a la teoría del derecho, fue, entre otras cosas, incorporar la noción de los principios como parte fundamental del derecho, ello ante la pregunta oceánica, sobre qué es el derecho. Este aporte será de igual forma relevante en su explicación y defensa de los tribunales constitucionales. Su influencia es notoria en el llamado *constitucionalismo fuerte*. Indudablemente, la parte más controvertida de su teoría es la noción del *juez Hércules*, aquél que aspira a arribar a una única respuesta correcta.

No es espacio en este texto para explayarnos sobre las aportaciones en la teoría del derecho sino solo en la medida que ello sirva para abonar a la discusión en favor del constitucionalismo fuerte.

---

20 *Ibid.*, pág. 870.

21 *Ibid.*, pág. 876.

22 *Ibid.*, pp. 880-892

Como hemos dicho, la noción *principialista* como parte de su teoría del derecho, estará ligada a su concepción de los tribunales constitucionales. Esto es así, porque cuando se pregunta qué es el derecho, responderá que no solamente está conformado por las reglas emitidas por el legislador, sino por principios jurídicos, los cuales, a pesar de no estar enunciados en un cuerpo normativo, se pueden desprender de la labor judicial como mecanismo para resolver conflictos jurídicos.

Lo anterior lo explica a partir del famoso caso *Riggs vs Palmer* (resuelto por la Corte de Apelaciones de Nueva York hacia 1899) el cual versa sobre el homicidio cometido por un nieto (Elmer Palmer) en contra de su abuelo (Francis Palmer) y el consecuente debate si a pesar de cometer ese delito tendría derecho a heredar. La legislación de Nueva York de entonces no preveía una solución exacta al caso (prohibitiva o permisiva) sin embargo, ello no fue impedimento para invocar un principio jurídico no establecido en las reglas legisladas, como lo es el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.<sup>23</sup>

Esta parte medular de su teoría del derecho se corresponde con su visión del papel de los jueces y sobre todo de los jueces constitucionales, el cual consiste, entre otras cuestiones, en encontrar un principio jurídico aplicable a pesar de no encontrarse en el modelo de reglas atribuido a Hart.<sup>24</sup>

En esa línea, en su texto de *Los casos constitucionales* podremos encontrar su visión más concreta sobre el debate entre la prevalencia en la toma de decisiones colectivas entre la Suprema Corte o el papel mayoritario por parte del poder legislativo. En ese apartado inicia con la postura asumida por el presidente Richard Nixon de nombrar *Justices* o ministros con su misma filosofía jurídica, a saber, jueces *constructivistas estrictos*, es decir, integrantes de la Corte que tuvieran una deferencia por el texto legal y constitucional establecido.<sup>25</sup> Al respecto señala que esa visión, en contraposición a su teoría constitucional se explica con la disyuntiva de dos posturas: **activismo judicial**<sup>26</sup> (otros autores prefieren llamar *constitucionalismo fuerte* como prefiere Salazar o *constitución de los derechos de Nino*) *vs* **restricción judicial**<sup>27</sup> (*prevalencia de la democracia* de Salazar, *constitución del poder de Nino*, etc). Cabe señalar que la noción de activismo puede tener una connotación negativa y otra positiva. Indudablemente Dworkin la utiliza en este último sentido.

---

23 Dicha sentencia puede encontrarse en la *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 11, 2007/2008, pp. 349-362.

24 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, 5ª reimpr., pp. 61-145.

25 *Ibid.*, pp. 209-213.

26 Al respecto, por activismo judicial puede definirse en dos sentidos: “1) del juez que en su jornada se comporta dinámico en exceso, caso como decir hiperactivo, y 2) del juez comprometido con una agenda ideológica (de raigambre religiosa o política) y que, en su labor, actúa conforme a ella”. Bonilla López, Miguel, *Sobre la judicatura*, 2ª serie, UbiJus, México, 2020, pág. 17.

27 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, pp. 217-221.

Ante tal disyuntiva, Dworkin se decanta evidentemente por la primera al defender que las disposiciones constitucionales intencionadamente vagas y ambiguas permiten afirmar que los redactores de una constitución no previeron una fórmula exacta ni determinados alcances constitucionales para resolver problemas del presente sino más bien establecieron una redacción que permita dar vigencia, actualidad y contenido a ciertos principios jurídicos.

De ahí que una postura como la de Nixon consistente en buscar integrantes de la Corte definidos como *constructivistas estrictos*, sea una visión empobrecida de la función judicial que impide dar actualidad al texto fundamental acorde de determinadas épocas, además de no incorporar principios morales ausentes en el derecho legislado.<sup>28</sup>

Si bien acepta una inicial prevaencia de las decisiones a partir de la democracia, eso es en principio, pues debe existir una postura de adaptación y permanencia al mismo tiempo, de las normas a una realidad contemporánea, lo cual tiene mejor desempeño cuando es realizado por parte de los tribunales, ya que las mayorías legislativas no podría considerarse como autocorrectivas, pues sería tanto como aceptar que se puede ser juez y parte en un mismo tema<sup>29</sup>. Adicionalmente señala que no todas las instituciones políticas representan y se autoafirman de la misma forma<sup>30</sup> sin mencionar que la política, la mayoría de las veces, actúa conforme a la coyuntura del momento.

En apoyo de su visión, sostiene que en el origen, la función de la Suprema Corte es una forma más de poner en práctica la filosofía clásica con la noción del principio de división de poderes, precisamente porque en Estados Unidos, la Corte es una institución que *per se* limita al poder político, algo que se distinguirá de países en donde el parlamento juega un papel más estelar como en Francia, ello sobre todo porque, según Dworkin, muchos teóricos políticos justifican la existencia de los derechos individuales como oponibles al gobierno, aunque también acepta que debe modularse dicho activismo judicial para evitar generar una tiranía por parte de los jueces.<sup>31</sup>

En su defensa, se hace cargo de la objeción contramayoritaria de Alexander Bickel respecto a la asimilación y aceptabilidad de ciertas decisiones tomadas en el seno colectivo.<sup>32</sup> Critica su visión escéptica de los derechos en el sentido de hacerlos depen-

---

28 *Ibid.*, 211-221

29 *Ibid.*, 222-224. A pesar de la defensa del papel de la Suprema Corte, no deja de señalar la posibilidad de falibilidad de estos órganos al momento de decir.

30 *Ibid.*, pág. 224. Esto último es una idea que encontraremos en el pensamiento de Stephen Breyer como veremos más adelante cuando afirma que la Suprema Corte no tendría que resolver todos los problemas sino incluso, como parte de su función, dejar actuar a otros entes del Estado.

31 *Ibid.*, pág. 225. Cabe señalar como se sabe, la función del Consejo Constitucional francés ha asumido el papel de un virtual tribunal constitucional, por lo cual, se puede afirmar que los diferentes modelos constitucionales se influyen recíprocamente.

32 *Ibid.*, pág. 227. Dworkin menciona otros autores que se manifestaron en contra del activismo judicial como Learned Hand. Cabe señalar que Waldron será crítico en el sentido de que las cortes supremas pueden beneficiar por sí solas determinada problemática social.

der de la decisión mayoritaria porque dicha definición se hace a partir de criterios políticos menos estables, y, más bien oportunistas y volátiles. El constitucionalismo norteamericano en términos generales descansa sobre todo en dos principios: el *debi-do proceso* y la *cláusula de igual protección*. Es por ello, que afirma que los tribunales constitucionales en esencia deben asumirse como activistas en la medida de tutelar esos principios.<sup>33</sup>

Dworkin desarrollara un tema que a su vez es asumido posteriormente por Waldron en el sentido de que la teoría que se desarrolle, en favor del *constitucionalismo fuerte* debe construirse al margen de los resultados deseables, es decir, la prevalencia de la democracia (restricción judicial) o en favor del *constitucionalismo fuerte* (activismo judicial) eso debe verse al margen de la preferencia o no de determinados resultados, por ejemplo con los beneficios satisfactorios que trajo consigo decisiones como *Brown* en favor de eliminar la segregación racial en Estados Unidos.<sup>34</sup>

En línea de lo anterior, desarrolla la idea (presente en el pensamiento tanto de Waldron como de Nino) respecto a que ni la Suprema Corte, ni sus integrantes tienen el derecho a imponer su propia visión de las cosas, sino debe aspirarse a cierta objetividad derivada de los principios constitucionales.<sup>35</sup> Incluso en *Law's Empire*, a partir del principio de *integridad*, al repensar sobre la obligación moral de obedecer el derecho en la sociedad, explica que ello se debe a la consideración de ocuparse y preocuparse por cada uno de los integrantes de una sociedad, bajo la idea de poder interpretar y encontrar los principios aplicables en una situación específica y determinada.<sup>36</sup>

Finalmente, debe señalarse que en *Freedom's Law* hace una defensa de la compatibilidad entre control constitucional y la democracia, dado que una constitución de derechos defendida por jueces en modo alguno puede considerarse antidemocrático.<sup>37</sup> Esto lo debatirá fuertemente Jeremy Waldron como desarrollaremos más adelante,<sup>38</sup> pero autores como Bruce Ackerman, en coincidencia con Dworkin, contrargumentan al revisitar *El federalista LXXVIII* en el sentido de que el control constitucional en favor de los derechos es una clara reivindicación democrática, idea que por su parte, rebate Alexander Bickel al considerar al poder judicial como no representativo.<sup>39</sup>

---

33 *Ibid.*, pp. 222 y 229.

34 *Ibid.*, pág. 228. *Brown* es el importante caso resuelto en favor de la Suprema Corte norteamericana en favor de la desigualdad y segregación racial en materia educativa, porque logró, a la postre la eliminación de la distinción jurídica de escuelas para blancos por un lado y para negros por otro.

35 *Ibid.*, pág. 232.

36 Dworkin, R., 1986, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, pp. 190-195, 202-206, 215-216.

37 Dworkin, R., *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, pp. 15 y 123.

38 Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 341-343.

39 En efecto, Ackerman será enfático en debatir el postulado de Alexander Bickel. Cfr. Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 166 y 182; y Hamilton, Alexander, *et. al.* y

### 3.3. Aharon Barak: Cerrar la brecha entre la sociedad y el derecho

El pensamiento de Aharon Barak se caracteriza por ser la de un teórico practicante de la judicatura constitucional. Barak formó para de la Suprema Corte de Israel entre 1976 y 2006 y la presidió desde 1995, de ahí que su pensamiento contenga la referencia sobre un integrante de una alta corte. Cabe advertir que mucho de su pensamiento tiene como contexto los países del *common law*, esto es, lugares en los que la actividad judicial tiene una preminencia particular.

Su teoría ofrece aristas originales en cuanto al papel del juez en una democracia adezuada con elementos que hacen observar modulaciones en el quehacer judicial constitucional. A pesar de esto, es un férreo defensor del papel activo de tribunales constitucionales.

Así, sin tapujos, este autor plantea que son dos funciones fundamentales las del juez constitucional: 1) Reducir la brecha entre la sociedad y el derecho y 2) proteger la democracia.<sup>40</sup> Como se puede observar, claramente Barak se asume en una posición de una judicatura fuerte que le corresponde proteger a la democracia misma, sin que sea un obstáculo la objeción contramayoritaria, la cual contrargumenta.

Reducir la brecha entre la sociedad y el derecho, como concepto fundamental en Barak significa asumir que los jueces constitucionales tienen una función diferente a los jueces ordinarios o de legalidad pues mientras que estos tienen como objeto corregir los errores de casos específicos, los jueces constitucionales tienen una mayor altura de miras pues su función **consiste en corregir los errores de todo el sistema jurídico**.<sup>41</sup> Esta idea conecta con una idea moderna del derecho como un sistema integrado en sí mismo, y corresponde a los jueces constitucionales dar congruencia y completitud al conjunto total de normas. En todo caso, el juez es un continuador de la obra del legislador y del poder revisor de la constitución.<sup>42</sup>

Así, de alguna manera, pretende despojar del planteamiento de esta discusión, la disyuntiva entre legislador y juez constitucional para en todo caso, complementar el segundo al primero. Al mismo tiempo, esa actividad del juez constitucional, para cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad, debe contener un balance entre cambio y seguridad jurídica, entre permanencia y adaptación a la realidad social.<sup>43</sup> De ahí que el sistema congruente de precedentes<sup>44</sup> sea la principal llave que dote de legitimidad a

---

otros, *El federalista*, FCE, México, 2006, 2ª reimpr., pág. 332. Además cfr. Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa*, FCE, México, 2020, pp. 31-39.

40 Barak, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal, constitucional en una democracia*, SCJN, México, 2008, pp. 1-38.

41 *Ibid.*, pág. 1

42 *Ibid.*, pág. 5

43 *Ibid.*, pp. 3-5.

44 *Ibidem*

un tribunal constitucional. Debe dar dinamismo, pero con certeza jurídica, es decir, un cuidadoso ejercicio del arbitrio judicial.

Por otro lado, la función de proteger a la democracia es el otro aspecto fundamental de su teoría. Al igual que otros autores, reconoce que la revisión judicial tuvo un resurgimiento a partir de la posguerra<sup>45</sup> y coincide junto con Breyer, que los jueces son también educadores y, por tanto, tienen una importante función pedagógica.<sup>46</sup>

La reflexión de Barak sobre porqué el tribunal constitucional debe proteger la democracia se sustenta en lo siguiente:

- a) **Constitucionalismo y principios constitucionales.** Para confrontar a quienes alegan la objeción contramayoritaria de los jueces, afirma que si bien, el gobierno democrático recae en la representación política implícita, también debe señalarse que la supremacía constitucional está por encima de la supremacía legislativa, principal función del legislativo.<sup>47</sup> Por tanto, la decisión de las mayorías vertida en la ley está sujeta al control constitucional de los jueces por ser una forma ya aceptada en las propias democracias. Derivado de lo anterior, los principios democráticos plasmados en una Constitución son protegidos precisamente por la sede judicial por haber sido una decisión, así establecida en el propio texto fundamental. Así, la Constitución se manifiesta incluso en lugares en donde no se tenga por escrita como sucede en Reino Unido.
- b) **Derechos humanos.** En un argumento común en esta línea de pensamiento, la tutela de la democracia, en la visión barakiana tiene lugar, bajo la noción de democracia sustantiva, muy al modo de Ferrajoli. Precisamente a partir de esa connotación, el papel de los jueces constitucionales se justifica en la medida que proteja a la democracia entendida esto como la forma de tutelar los derechos de las personas, de mayorías y minorías.<sup>48</sup>

En respuesta adicional a los contramayoritarios, Barak sostiene que ni pueden considerarse subjetivas ni personales las decisiones de jueces, ni tampoco están exentos de rendición de cuentas. Respecto a lo primero, Barak considera que debe confiarse en la labor judicial en el sentido de que forman parte de la sociedad, no son entes ajenos a ella y por tanto, deben saber encontrar que sus decisiones participen de una racionalidad colectiva (“reflejar las creencias de la sociedad”) sin caer en una especie de populismo judicial.<sup>49</sup> Por otro lado, esa supuesta subjetividad achacable a los jueces en todo caso puede ser precedida de previsiones constitucionales caracterizadas por vaguedad y ambigüedad plasmadas a propósito

---

45 *Ibid.*, pág. 14

46 *Ibid.*, pp. 16 y 47-51. Al igual que Breyer, Barak le atribuye un aspecto importante a la confianza pública de los tribunales constitucionales de ahí que la independencia tenga un anclaje fundamental en ello.

47 *Ibid.*, pp. 17-21 y 31-32.

48 *Ibid.*, pp. 19, 22-28.

49 *Ibid.*, pp. 29-31 y 34-35.

en los textos legales y constitucionales, y, por tanto, la obligación de los operadores judiciales implica dotar de contenido a partir de la interpretación y argumentación jurídica, dado que es el órgano del Estado diseñado expresamente para ello.<sup>50</sup>

Respecto a la rendición de cuentas, los poderes judiciales dentro de una democracia la realizan de una forma distinta, pues como todo órgano del Estado, está sujeto a los mecanismos de control específicos, la crítica social, de los medios, y del gremio jurídico mediante la argumentación<sup>51</sup> convincente o por lo menos razonable.

La independencia judicial es estudiada por Barak de forma específica y le atribuye el **carácter de una precondición *sine qua non*** para la funcionalidad del poder judicial en general y del tribunal constitucional en particular.<sup>52</sup> Afirma que la efectiva garantía de la constitución depende de un tribunal y jueces independientes. Sin lo primero se tornaría inocuos los segundos, de ahí que esa independencia judicial no sólo sea individual sino sobre todo institucional o estructural.<sup>53</sup>

Finalmente, Barak estudia a la independencia judicial como parte en sí de los tribunales constitucionales en la medida de que se relacionan con las demás ramas del gobierno. Barak señala que se pondrá en peligro aquella si de forma reiterada y sospechosa un tribunal resuelve satisfactoriamente para las otras ramas del gobierno.<sup>54</sup> Esto es crucial en la definición de la independencia judicial en relación con los otros poderes. Para Barack, todas las ramas del Estado deben estar sujetas a la revisión constitucional, lo cual deja de suyo su visión de preeminencia de los tribunales constitucionales.<sup>55</sup>

### 3.4. Bruce Ackerman: La corte y los *momentos constitucionales*

Bruce Ackerman es un autor que se define como un liberal en favor de una actuación fuerte de los tribunales constitucionales. Es uno de los pocos autores norteamericanos que se preocupa por el constitucionalismo mundial sin centrar su teoría en la práctica norteamericana. A partir de ahí, afirma que la influencia del constitucionalismo mundial y del control constitucional tiene como base, más que la noción norteamericana del *judicial review*, las experiencias alemana y austriaca a partir de la posguerra.<sup>56</sup>

---

50 *Ibidem*.

51 *Ibid.*, pág. 36.

52 *Ibid.*, pp. 39-47.

53 *Ibid.*, pp. 40-41. A partir de lo anterior, es que en el ámbito interamericano se concibe fuertemente a las garantías reforzadas de la independencia judicial, las cuales precisamente tienen un profundo componente institucional. Por mencionar un ejemplo, la remoción de los jueces debe tener una motivación y fundamentación reforzada, sin que sea posible por conductas no graves.

54 *Ibid.*, pág. 134. En ese sentido, remitimos a nuestro estudio de la independencia judicial en contextos de consolidación democrática.

55 *Ibid.*, pág. 157.

56 Ackerman incluso califica de provincialismo esa actitud de la academia norteamericana: Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 48.

Su postura en favor de los tribunales constitucionales parte de la idea del triunfalismo que significó las constituciones en el mundo y el simbolismo que representa la constitución.<sup>57</sup> En diversos países, al margen de sus propias particularidades, la promulgación tienen como base, la idea de *nuevo comienzo* institucional que representan una nueva oportunidad para un equilibrio de poderes y tutela efectiva de derechos, aspecto por el cual es congruente con su teoría de los *momentos constitucionales*.<sup>58</sup> De ahí su simbolismo.

En esta parte de su teoría constitucional, en ese nuevo comienzo, los tribunales constitucionales o supremas cortes son quienes aseguran un verdadero compromiso por los postulados más perennes de la Constitución, dado que el ejecutivo y el legislativo pueden dejarse llevar más bien por coyunturas políticas más inmediatas y menos perdurables.<sup>59</sup> De ahí que deposite en la judicatura constitucional el peso específico de las decisiones más trascendentales de un país.

De esta forma, Ackerman no tiene empachó en **elaborar un argumento político** en favor de los tribunales constitucionales el cual va a descansar en la idea de que la política no debería de ver como enemigo a la judicatura constitucional en aras de la preminencia política, sino por el contrario, un tribunal constitucional asegura a la política solo que de forma diversa, esto es, en la medida que hace cumplir los principios y reglas que surgieron de una asamblea constituyente y se plasmaron en un texto especial.<sup>60</sup>

Así, su construcción argumentativa en favor del control constitucional a cargo de tribunales de última instancia se ciñe en cuatro pasos fundamentales los cuales explicamos a continuación:

**Primer paso, centralismo renovado.** El control constitucional se justifica en la medida que, a través de su práctica, reivindica los derechos de la periferia (es decir, de aquellos estratos sociales no pertenecientes a una élite) a pesar de gestarse desde el centro. En efecto, en este punto, la idea de Ackerman se acerca más a la idea kelseniana de tribunal constitucional como órgano centralizado, que el modelo norteamericano de

---

57 Ese triunfalismo asegura este autor tiene su base en la idea del carácter preponderante de tribunales constitucionales en Europa: Alemania, España, Italia, Austria y países del este, pero también en lugares más remotos como Israel y Sudáfrica. *Ibid.*, pp. 56-61. Desde el lado europeo, ello se observa con el *neoconstitucionalismo* como movimiento surgido de la posguerra. En los estudios del neoconstitucionalismo suele relacionarse con las teorías de autores como Dworkin, Nino, Zagrebelsky y Alexy. *Vid.* Pozzolo, Susanna, "Uno constitucionalismo ambiguo" en *Neoconstitucionalismo*, Miguel Carbonell (coord.) Trotta, Madrid, 2006, pág. 189.

58 En efecto, la teoría de los momentos constitucionales implica que, de acuerdo con la evolución de cada país, existen circunstancias o hechos históricos que se traducen en momentos refundacionales que se ven impactados en la constitución. Esos episodios son de tal importancia que se marca un antes y un después, y ello se refleja en el texto fundamental a partir del establecimiento de reglas, principios y determinadas figuras o estructuras constitucionales.

59 *Ibid.*, pp. 148-149.

60 *Ibid.*, pág. 146.

control difuso. Así, ese *centralismo renovado*, así llamado, a pesar de su supuesto aislamiento, busca proteger derechos de la periferia, entendiendo por ello, desde grupos vulnerables históricamente discriminados, hasta entidades federativas o ámbitos subnacionales.<sup>61</sup> Ese papel de centralismo renovado será realizado en última instancia por un tribunal constitucional o corte suprema.

**Segundo paso, democracia dualista.** Este concepto se relaciona con su conocida teoría de los *momentos constitucionales*. Para Ackerman hay dos nociones o momentos de la democracia: 1) la relativa a la elección de representantes populares, plenamente democrática; y 2) la de tipo plebiscitaria, en la cual, deja de ser formal como la primera y atiende a que en determinadas ocasiones de la vida política (fuera de los periodos políticos ordinarios) la decisión popular interviene directamente y se manifiesta de tal manera que indica una acción determinada a los gobernantes, algo más que simplemente votar por ellos, lo cual puede trascender a determinadas políticas públicas o actos legislativos específicos.<sup>62</sup> En este punto, critica la obra de John Hart Ely sobre lo que llamara una visión reduccionista del control constitucional en el sentido de que no estaría acatando las decisiones mayoritarias de los periodos ordinarios.<sup>63</sup> En contraposición a ello, se acerca más a Hamilton con la idea que el texto constitucional resguarda principios político-constitucionales establecidos por una mayoría de una asamblea democrática especial. En esa línea, el juez constitucional no es el opositor de lo político sino su continuador.<sup>64</sup>

**Tercer paso, el federalismo.** Este paso se asemeja al primero mencionado en el sentido de que el juez constitucional se convierte en un árbitro nacional que resolverá las disputas entre entidades y eventualmente entre la Federación y los estados o ámbitos subnacionales. En este aspecto, observamos una clara influencia del Ackerman como constitucionalista norteamericano en el sentido de que el juez constitucional deberá mediar mediante sus sentencias al orden jurídico nacional, deberá ser el foro para resolver las disputas de las elites centrales, pero también regionales. Con ello, la contribución que se hace desde constitucionalismo se refiere como una forma más de distribución del poder político sirviendo como manera de coordinación de fuerzas.<sup>65</sup>

**Paso cuatro. Los derechos liberales.** Un último paso al que le dedica menos esfuerzos argumentativos consiste en el papel que les adjudica a los jueces, en particular a los constitucionales. Dicho elemento radica en proteger los derechos de las personas.<sup>66</sup> Es probable que, al ser el argumento más común entre los autores de esta línea de pensamiento, ello se traduce en ser el aspecto que menos páginas le dedica.

---

61 *Ibid.*, pp. 147-149 y 156-158.

62 *Ibidem*.

63 *Ibid.*, pp. 200-201.

64 *Ibid.*, pp. 149-154.

65 *Ibid.*, pp. 154-156.

66 *Ibid.*, pág. 156.

Como hemos señalado, en la defensa en favor de los tribunales, Ackerman le reprocha a Bickel el sesgo que este le atribuye a la lectura de *El Federalista* cuando afirma que el control constitucional ejercido por el poder judicial carece de la noción de representación.<sup>67</sup>

En contra de tal idea, Ackerman acude a su teoría de los *momentos constitucionales* y a la dificultad intertemporal de tales episodios, al señalar que Bickel parte de una idea simplista de la voz legislativa, pues lejos de tener una voz unísona, en realidad presenta una complejidad ambivalente, no sólo representada por los partidos políticos que lo componen, sino por la de por sí compleja sociedad. Adicionalmente a esa problemática habría que agregar las diferencias en un sistema bicameral.<sup>68</sup> Esos diferentes entes presentan problemas al tratar de resolver sus conflictos y por ello acuden a la instancia judicial cuando no pueden solventarlos.

Así, la defensa del control constitucional como democrático por parte de Ackerman se ancla en la medida de asumir que las propias normas y principios constitucionales pueden ser divergentes y no haber sido decretados de forma unánime, es decir, de cuyo subyace la diversidad en el origen.<sup>69</sup> Por otro lado, afirma, debe observarse que el control constitucional se establece como un mecanismo nivelador de la proyección de las reglas establecidas en el pasado que debe sobreponerse a la política ordinaria (leyes, decretos, etc). En ese sentido, la función de los tribunales constitucionales es democrática pues pone a prueba la política de todos los días bajo el tamiz constitucional democrático.<sup>70</sup> Su teoría a su vez asume la posibilidad de cambio, pues de lo contrario, se trataría de un sistema que es un mero culto al pasado, los *momentos constitucionales* de vez en vez harán reflexionar el contenido sustancial de la constitución.<sup>71</sup>

Finalmente, su postura conclusiva resulta paradójica porque a pesar de que su teoría descansa en buena medida en una serie de aspectos que lo ubicarían en el ámbito democrático al reconocer la mayor importancia de los episodios y estadios políticos refundacionales de las mayorías, ello no le impide establecer un argumento político en favor de los tribunales y su papel nivelador en una democracia.

### 3.5. Carlos Bernal Pulido: La ambigüedad del texto constitucional

En nuestro estudio hemos incluido autores latinoamericanos para hacer más amplio el análisis de la independencia judicial en su relación con la teoría constitucional acorde a los problemas a los que nos enfrentamos.

---

67 *Ibid.*, pp. 166 y 182. Además *vid.* Hamilton, Alexander, *et. al.* y otros, *El federalista*, FCE, México, 2006, 2ª reimpr., pág. 332. Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa*, FCE, México, 2020, pp. 31-39.

68 *Ibid.*, pp. 198-202.

69 *Ibid.*, pág. 204

70 *Ibid.*, pp. 204-205.

71 *Ibidem.*

Este autor parte de una visión teórica del papel que las cortes constitucionales tienen que asumir a partir del principio de proporcionalidad. En ese sentido, su concepción reside en una particular visión del derecho y de la función del juez muy en la línea de Robert Alexy. En ese sentido, el punto de partida lo concibe en torno a dos visiones del papel de los jueces, que es al mismo tiempo dos formas contrastantes de la teoría del derecho.

Parfraseando a Hart, hay dos fórmulas genéricas de ver a las cortes constitucionales: la primera, una visión clásica de meros aplicadores de las normas, y la segunda, contraria a lo anterior, la cual consiste en que no solo reducirse a ello, dado que las constituciones contienen preceptos con fórmulas indeterminadas que deben dotarse de contenido<sup>72</sup> lo cual necesariamente obliga a una interpretación por parte de la corte constitucional. Ello, a su vez, implica la creación jurisprudencial en los casos que así sea necesario.<sup>73</sup>

Lo anterior, tiene su mejor versión, siguiendo al autor colombiano, al ser una forma de eficacia directa en la tutela de los derechos humanos, que en países como el nuestro encuentra una manera de cubrir las ausencias que le corresponderían tanto al ejecutivo como al legislativo.<sup>74</sup> Por su parte, la visión negativa de ello significa que esa funcionalidad de los jueces podría ir en contra y en detrimento del sistema democrático. De esta forma, hay un debate inmerso entre el subjetivismo que implica la interpretación judicial y el objetivismo supuesto atribuido a las normas, tanto en ley como de la constitución.

**El debate sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional.** El planteamiento de Bernal Pulido surge también a partir de la vieja discusión clásica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt. Así, mientras Kelsen sostenía que el control de la constitucionalidad debería centrarse en un tribunal ex profeso para ello<sup>75</sup>, Schmitt debería ser el poder ejecutivo concretamente en el presidente del *Reich*. De hecho, este autor, criticó fuertemente la idea de la justicia constitucional al llamarlo en su peor versión como el *gobierno de los jueces*.<sup>76</sup>

La respuesta de Kelsen al postulado de Schmitt consistió en reivindicar las formas jurisdiccionales de decidir de su idea de tribunal constitucional por encima de las veleidades políticas del parlamento, más transitorias que permanentes en términos constitucionales. En el fondo, se trató de un debate sobre qué debe de prevalecer si

---

72 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 18. Este libro paga tributo en línea de continuación de la doctrina del principio de proporcionalidad del texto de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 601 pp.

73 *Ibid.*, pp. 18-19.

74 *Ibidem*.

75 Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)* IJ UNAM, México, 2016, pp. 51-72.

76 Más adelante abordaremos más sobre este concepto a propósito de los escritos de Edouard Lambert.

el derecho o la política.<sup>77</sup> Afirmaba que, aunque había términos dudosos en la Constitución, el papel normal de este tipo de tribunales era precisamente zanjar el debate posible en torno a ello.<sup>78</sup>

Finalmente, como consecuencia de la posguerra y la necesidad de redefinir los controles constitucionales del poder político, la visión kelseniana en este punto ha tenido un fuerte arraigo con la adopción de la corte constitucional.

Bernal Pulido y el grupo de pensadores de este corriente contrasta la propuesta de John Hart Ely, en el sentido de que los tribunales constitucionales sólo deben limitarse a facilitar y vigilar los procedimientos democráticos sin tener que pronunciarse sobre aspectos materiales de la Constitución.

Como veremos más adelante, Hart Ely propugnaba por una visión en donde a la Suprema Corte o jueces constitucionales no les corresponde definir los alcances materiales de ciertos aspectos de la Constitución (derecho a la vida, la libertad en sí misma, etc) sino más bien su función es la de facilitar el diálogo y el debate democrático para que sea la sociedad la que decida sobre la materia sustancial de la Constitución. La Corte no debe sustituirse en esa labor.

En contraposición a ello, Bernal Pulido se suma a la serie de autores que afirman que la definición por parte de los tribunales constitucionales se deriva por la incertidumbre de ciertas disposiciones normativas constitucionales. Nuevamente encontramos dos posturas que en la doctrina constitucional de Estados Unidos está representada, por un lado, por los *originalistas* quienes apelan al texto de la Constitución, pero también, a los valores y principios que imprimieron a esos textos. Invocan los ideales de los padres fundadores de ese país. En contraste, los *no originalistas* cuestionan el *literalismo*<sup>79</sup> de las palabras al asegurar que no todas las previsiones constitucionales pudieron tener lugar en el siglo XVIII y, por tanto, se necesita una visión nueva acorde a los tiempos actuales. Dworkin, en su texto, sobre los casos constitucionales, como hemos referido, afirma que pudo haberse establecido un amplio margen de actuación en la constitución que permitiera soluciones novedosas según lo planteado en una situación determinada.<sup>80</sup>

De alguna manera, Bernal Pulido se une al argumento de que es inevitable la interpretación de los contenidos de la Constitución, pues los casos que se llevan a su jurisdicción plantean resolver un conflicto no buscado desde luego por el tribunal constitucional.

---

77 Al respecto Córdova Vianello, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, FCE, México, 2009, 320 pp.

78 *Ibid.*, pág. 32.

79 *Ibid.*, pág. 39.

80 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, pp. 209-233.

Bernal Pulido retoma la idea de Dworkin de que la configuración de los derechos no puede sujetarse a los vaivenes políticos fraguados en los procesos electorales.<sup>81</sup> Desde esta perspectiva, aún la decisión mayoritaria no puede afectar los derechos de las personas y justamente la función de los jueces será la protección de ello a partir de la Constitución.<sup>82</sup>

En ese sentido, la actuación, incluso activa de los jueces se justifica según Bernal Pulido, en la medida de la existencia de una indeterminación que la propia Constitución tiene establecida. En efecto, al haber problemas de vaguedad y ambigüedad, es necesaria la elaboración por parte de los jueces, sobre todo los constitucionales, de dotar de sentido al texto normativo. Se trata nada más ni nada menos que la textura abierta a la que se refería Hart.<sup>83</sup>

De este modo, esta teoría constitucional alega que ese proceder para nada resulta contradictorio, como señalaría Bickel, sino por el contrario, refuerza el ideal democrático en el sentido de que otorga una mayor participación y protección, incluso a las minorías.<sup>84</sup> El legislador es un ejecutor de la Constitución.<sup>85</sup>

En esa línea, se ha tratado de explicar el papel del tribunal constitucional en una democracia en el sentido de actuar dentro de los límites facultados por el texto constitucional<sup>86</sup>, y en ese contexto según Aragón Reyes, el tribunal constitucional debe asumir el rol que le dio el constituyente democrático.<sup>87</sup> Con ello, se pretende demostrar que la actuación de tribunales o cortes constitucionales se explican en la medida del rol adjudicado desde la Constitución, y así rebatir el argumento de que no tienen permiso democrático o constitucional, pues fue el constituyente o poder reformador de la Constitución quien otorgó esas facultades interpretativas. En el fondo, subyace el debate de Kelsen y Schmitt sobre quién y de qué forma tiene la última palabra, si una posición jurídica a partir de una construcción así, o más bien política, derivada del origen democrático.

Finalmente, Bernal Pulido presenta como alternativa para solucionar la legitimidad de los tribunales constitucionales, siguiendo los pasos de su maestro Robert Alexy, toda una teoría de la argumentación jurídica incorporada a las sentencias, la cual dotaría de coherencia a toda la doctrina jurisprudencial que emitan dichos órganos.<sup>88</sup>

---

81 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, pág. 40.

82 *Ibidem*.

83 Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*, Editora Nacional, México, 1968, pp. 155-169.

84 Al respecto, Dworkin, R., *Freedom 's Law*, pág. 7 y Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, pág. 41.

85 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, pág. 42.

86 Rubio Llorente, Francisco, "Problema de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español" en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 585.

87 Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 119.

88 Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, pp. 49-50.

En efecto, a partir de una sólida doctrina judicial, con decisiones que provengan no solo de la racionalidad sino de la razonabilidad, es decir, posturas jurídicas que sean aceptables, aunque debatibles, es la mejor forma en la que los tribunales constitucionales alcanzan una clara legitimación dentro de una democracia.

Para alcanzar ese fin, Bernal Pulido propone una nueva noción que explique al derecho, más que a los procedimientos o procesos, a los derechos en sí, es decir, acude a la idea *sustantiva* de su contenido y su correlativa protección en la constitución: *el derecho de los derechos*. Esta postura se ancla sobre todo a partir del principio de proporcionalidad, el cual representa el mecanismo por excelencia para conseguir dos objetivos: 1) tutelar derechos humanos en contra de leyes que pueden ser inconstitucionales y 2) para ponderar dos principios que estén en pugna. El conflicto social encuentra ahí un camino basado en la razonabilidad.

La independencia judicial bajo esta tesitura en todo caso se logrará de mejor manera en la medida que tutele de forma más efectiva esos derechos por parte de un tribunal constitucional y no limitarse a un mero facilitador de la democracia, apela a los valores sustantivos de los derechos, incluso aquellos que entren en tensión.

#### **4. CONCEPCIONES EN FAVOR DE UN *MINIMALISMO JUDICIAL*. LA DECISIÓN DEMOCRÁTICA MAYORITARIA DEL PARLAMENTO**

A continuación, presentamos una serie de autores que, sin dejar de reconocer la trascendencia de los derechos humanos o fundamentales, se inclinan porque las decisiones predominantes deben recaer preponderantemente en el seno parlamentario en comparación a la judicatura constitucional. En otros casos, se señala la crítica a la función judicial.

##### **4.1. Edouard Lambert: Regresión y conservadurismo de la corte**

Este autor de origen francés escribió una obra que se convirtió en un clásico sobre el tema que exploramos, ya que en buena medida inaugura un concepto que evolucionará con el tiempo e influirá en posteriores teorías.

Con su *El gobierno de los jueces*, escrita hacia 1921, será un texto crítico y frontal del *judicial review* norteamericano y al enorme poder acumulado por su Suprema Corte.

Para comprender mejor el contexto de su crítica, habrá que decir que Lambert provenía de Francia en donde el parlamento tenía una mayor relevancia por encima del poder judicial. Teniendo como principales soportes las ideas de Montesquieu (los jueces son la boca de la ley) y la voluntad general de Rousseau, este constitucionalista continental se muestra escéptico y crítico del enorme poder acumulado por los jueces en Estados Unidos.

Ahí se fue acuñando una idea que podemos encontrar en nuestros días en México, respecto a lo que algunos califican como de conservadurismo elitista de la corte en contraposición al progresismo y desarrollo social encarnado en el parlamento, esto en la medida que el segundo es la institución que mejor representa a toda una sociedad.

En efecto, su crítica se cifra a partir de la sentencia del caso *Lochner*, la cual consistió en la declaración de inconstitucionalidad de una ley de Nueva York que limitaba a 10 horas diarias de trabajo en determinados comercios. La ley fue declarada válida por una corte estatal. Las razones de la ley se sustentaban en proteger la salud pública, así como las condiciones laborales de la clase trabajadora. La Suprema Corte por su parte, lo consideró inconstitucional porque limitaba la libertad contractual, tanto de los empleadores como de los trabajadores, pues afirmaba que afectaba a estos a poder ganar incluso más dinero con más horas laborables.<sup>89</sup> En el fondo, en este pensamiento subyace la disyuntiva entre seguridad versus libertad.

Las razones de su crítica se fundan en que fue una minoría de la Corte, la que podía conseguir la mayoría en su seno.<sup>90</sup> De esta forma, la principal razón de Lambert en contra de *Lochner* se debe a que la mayoría de la Suprema Corte se inclinó a favor de los intereses económicos de las grandes empresas por encima de la clase obrera. Le parecía inaudito no considerar los derechos sociales, involucrados en los objetivos de la ley, la cual se anula a partir del principio de *laissez faire*.<sup>91</sup>

En ese contexto, de igual manera, señala las razones por las cuales podría surgir un movimiento en contra de las decisiones judiciales que resultaran abiertamente adversas al imaginario colectivo, lo cual podría acarrear medidas como la revocación del nombramiento de jueces.<sup>92</sup> De ahí que, en la evolución del control constitucional ya no solo fuera la determinación de invalidez sino la interpretación como medida alternativa.<sup>93</sup>

La doctrina judicial *Lochner* (la cual no se reduce a esa sola decisión sino a un conjunto de ellas) perdurara todavía buena parte del inicio del siglo XX norteamericano, doctrina que se enfrentaría fuertemente con todos los objetivos del *New Deal* de Franklin D. Roosevelt. Dicho proyecto político presidencial consistió en una serie de leyes y políticas en favor de la clase trabajadora o determinadas colectividades que dicho presidente pretendía proteger, de ahí el enorme apoyo popular que tuvo en su momento.<sup>94</sup>

---

89 Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces*, Tecnos, Madrid, 2010, (Col. Clásicos del pensamiento) pp. 75-77.

90 *Ibidem*.

91 *Ibid.*, pp. 79-88 y 93-96.

92 *Ibid.*, pp. 105-122. Según Lambert la revocación de mandato de jueces tuvo lugar en Oregon en 1908 y posteriormente en California en 1911.

93 *Ibid.*, pp. 145-192.

94 Al respecto, para comprender la disputa entre la Suprema Corte de ese entonces y el gobierno de Roosevelt recomendamos ampliamente la considerada novela más constitucional, me refiero a la obra *Scorpions* de Noah Feldman, un profesor de derecho constitucional de Harvard, la cual trata sobre la

## 4.2. Alexander Bickel: La *objección contramayoritaria*

Bickel es un importante constitucionalista norteamericano de origen rumano que se ubica como uno de los principales autores de lo que llamamos aquí, *minimalistas* de la jurisdicción constitucional. Su argumento principal consiste en que la revisión judicial en sí mismo es contradictorio con la idea de la representación democrática. Su ideario constitucional se puede resumir a partir de la noción muy conocida como *objección contramayoritaria*, la cual consiste en que, dado que los jueces constitucionales que integran una suprema corte o un tribunal constitucional no tienen un origen democrático, al no ser electos directamente por la ciudadanía, carecen, por tanto, del poder para decidir los temas más importantes en una sociedad.<sup>95</sup> A diferencia de lo que ocurre en los procesos electorales, a partir de los cuales, tanto al poder legislativo como al ejecutivo obtienen su lugar por el voto democrático. Ello trae como consecuencia que en el cargo se les imprime un sello de legitimación democrática.

En su construcción argumentativa, combate la concepción de Hamilton de *El Federalista* LXXXVIII en el sentido de que la decisión del pueblo se encuentra en la constitución y, por tanto, ello es superior tanto al legislativo como al judicial.<sup>96</sup> La razón de ello se debe a que los jueces al tener esa carencia democrática, no pueden ni deben decidir en nombre de toda una colectividad; se trata pues de una ficción el pretender derivar un poder ante una notoria carencia de representatividad.<sup>97</sup>

El poder judicial o más concretamente, la Suprema Corte (lo cual se puede decir lo mismo de los tribunales constitucionales) no puede ir en contra de la decisión mayoritaria, no solo por el déficit contramayoritario que señala, sino la razón de fondo es que muchas decisiones de la Corte corren el riesgo de no ser acatadas por la falta de **sedimento social**, es decir, porque una resolución puede tener tales alcances que no sea fácilmente asimilada por toda o buena parte de la población, de lo contrario se estaría imponiendo una visión particular de unas cuantas personas a toda una sociedad. La corte en todo caso debe buscar asentar determinado principio o valor, pero no imponerlo, sino solo después de que haya habido una amplia y adecuada discusión pública.<sup>98</sup>

---

relación de cuatro Justices (ministros de la Corte) en tiempos de Roosevelt. El presidente vio frenado en demasía su proyecto político del *New Deal* por la Suprema Corte, razón por la cual buscó renovarla mediante el *court-packing plan*. Dicha iniciativa consistió en una serie de reformas para modificar la composición de la corte mediante la adición de más asientos en su integración y así poder contar con una mayoría que apoyara su ideario político llevado a juicio. En otro contexto, en México algo así sí ocurrió con el aumento de asientos en el seno del Consejo General del INE hacia 2014. Los partidos políticos no se ponían de acuerdo con los nombramientos en esa instancia y por tanto decidieron ampliar el número de lugares hasta un total de once asientos actuales.

95 Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa, La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, FCE, México, 2020, pp. 31-39.

96 *Ibid.*, pp. 31-32.

97 *Ibidem.*

98 *Ibid.*, pp. 39-44 y 264.

La importancia de la asimilación social de determinados derechos o principios será algo fundamental para Bickel, aspecto que se relaciona, en términos de teoría jurídica, con la eficacia del derecho. Para afirmar lo anterior, parte del caso paradigmático *Brown vs Board of Education of Topeka* de 1954, en el cual, la Suprema Corte ordena finalizar con la segregación racial en las escuelas en los Estados Unidos. En efecto, ese precedente fue un primer paso jurídico para poner fin a la política de *iguales pero separados*, esto con el objeto de permitir a la población afroamericana tuviera acceso a las escuelas destinadas solo para blancos.

Bickel destaca en ese caso, la enorme resistencia en algunas ciudades y estados al sur de Estados Unidos, por lo cual, en esos lugares hubo una imposición por parte de la Suprema Corte, no así en el resto (mayoritario) del país que aceptaba la decisión de la Corte.<sup>99</sup> De esta forma, señala que el logro de este precedente que se atribuye a la Suprema Corte no es tal, pues hubo una importante colaboración de diversos poderes y entes del Estado, como la del entonces presidente Eisenhower quien envió tropas incluso para hacer cumplir dicha decisión judicial.<sup>100</sup> Dado que el poder judicial no puede por sí solo establecer qué principios deben seguirse, se torna fundamental la cooperación interinstitucional.

Lo anterior es relevante para nuestro estudio porque precisamente a partir del tipo o noción de teoría constitucional del poder judicial se podrá establecer la forma y alcance de la independencia judicial. Un tribunal podría hacer cálculos en su decisión respecto al eventual cumplimiento o incumplimiento de su decisión.

De esta forma, dado que el poder judicial no puede ser capaz de imponer determinados principios sino solo enunciarlo para que ello sea asimilado por la sociedad, de acuerdo con su análisis, ello no ocurre sino una década después de resuelto el caso *Brown* para efectos de que el principio de no discriminación fuera llevado a otros terrenos más allá del ámbito educativo.

En línea con lo anterior, hace un paralelismo con una serie de casos que, al margen de una postura liberal o conservadora, para concluir la falibilidad de la Suprema Corte y por tanto del efecto pernicioso que puede producir. Así, traza una línea transversal entre los polémicos casos de *Dred Scott vs Sanford* (el cual la Suprema Corte declaró como constitucional la esclavitud en el siglo XIX) así como la serie de casos resueltos en contra del *New Deal* de Roosevelt y el mencionado caso *Brown*.

En torno a ellos afirma que, con independencia del resultado de esas decisiones de la corte, estemos a favor o no, si no hay esa asimilación colectiva previamente, pueden causar enormes problemas sociales. Con ello inaugura un tipo de argumento relativo al resultado de la decisión de la corte, su coincidencia o no con el fondo por quienes

---

99 *Ibid.*, pp. 280-281.

100 *Ibid.*, pp. 264-267.

lo analicen, así como la obligatoriedad de acatarla sin perjuicio de movilizar política y jurídicamente por quienes están en desacuerdo para generar los cambios necesarios al estándar establecido.<sup>101</sup>

Por otro lado, Bickel cuestiona la supuesta función educativa que se auto asigna la Corte, pues más que buscar convencer a la sociedad (en los casos que resuelve a contrapelo de la decisión mayoritaria) resulta envolverse en una especie de misticismo y autocomplacencia sobre todo cuando interpreta la Constitución.<sup>102</sup> Ello contrasta con las teorías de Barak y Breyer como veremos más adelante.

Paradójicamente, al igual que John Hart Ely<sup>103</sup>, a pesar de su paso profesional como secretario en la Suprema Corte (trabajó en la ponencia del ministro Felix Frankfurter) ello no influyó para que su postura como jurista fuera en favor del control constitucional sino por el contrario, su teoría se inclina por un papel restrictivo del control constitucional para la solución de problemas.

A manera de conclusión, podemos mencionar que Bickel es uno de los más claros pensadores que se manifiestan como suspicaz sobre los alcances del poder de la jurisdicción constitucional a partir de la revisión judicial, dada la ausencia de un origen democrático al no ser electos por el pueblo y, por tanto, carecen de esa legitimidad.

### 4.3. Jeremy Waldron: La preminencia del parlamento

Este autor neozelandés, profesor de la Universidad de Nueva York, es un férreo defensor de la prevalencia de la legislación como última gran institución decisoria de la voluntad colectiva, por encima de la idea que postula el constitucionalismo fuerte, es decir, que sean los tribunales constitucionales quienes tengan la última palabra. Señala que la teoría del derecho contemporánea está intoxicada por los encantos de la justicia constitucional.<sup>104</sup> En *Derecho y desacuerdos* enarbola una teoría de la legislación que busca combatir abiertamente la imagen negativa que tienen buena parte de la ciencia política y el derecho constitucional actual sobre el papel del poder legislativo, destacando los valores del pluralismo democrático<sup>105</sup> y para ello reconstruye una visión del positivismo jurídico, reivindicando el valor del carácter político que subyace en ello,<sup>106</sup> a lo cual suma el valor de la legislación de la asamblea y la legitimación democrática que ello enmarca.<sup>107</sup>

---

101 *Ibid.*, pp. 276-277. Señala que incluso Lincoln, Jackson o Roosevelt no les gustó para nada lo resuelto por las respectivas cortes que a cada quien de ellos les tocó, pues finalmente respetaron la determinación judicial, pero en todo caso, dentro del campo legal y político, realizaron acciones para cambiar y movilizar a la sociedad y por tanto, influir en el principio que debería retomar la Suprema Corte.

102 *Ibid.*, pp. 265 y 269.

103 Respecto a Hart Ely, éste trabajó como secretario para la ponencia del ministro o *Justice* Earl Warren.

104 Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 17.

105 *Ibid.*, pág. 42

106 *Ibid.*, pp. 43-60.

107 *Ibid.*, pp. 61-74.

Así, su teoría la construye a partir del desacuerdo (el cual de por sí, se encuentra inmerso en la democracia) la pluralidad y en la idea de que es imposible que toda una sociedad, a pesar de estar más o menos cohesionada, puedan decidir de forma unilateral o unívoca.

Lo relevante de su teoría, se debe, tal vez, por ser una de la más contundentes en contra de la preminencia del *constitucionalismo fuerte* representado por los tribunales constitucionales. En buena medida, su disertación la dirige a combatir las ideas de Ronald Dworkin del libro *Freedom's Law*, en el cual, el constitucionalista norteamericano defiende la idea del carácter democrático en la función de los tribunales constitucionales.

De esta forma, inicia su argumento señalando la desconfianza que debería considerarse sobre la idea de que un individuo establezca por sí (mediante una solitaria demanda judicial) los límites y alcances del derecho por encima de la discusión colectiva.<sup>108</sup> Afirma que si hay desconfianza por lo social cuando se emite una ley puesta bajo la lupa de la constitucionalidad (como afirman autores como Dworkin, quienes se manifiestan en contra de la objeción contramayoritaria) con mayor razón debería existir dicha desconfianza cuando un derecho se atrinchera en alguna constitución y se invoca por unos cuantos individuos ante tribunales sin pasar por el tamiz de la discusión parlamentaria, ya que dicha previsión en esa carta de derechos tiene una textura abierta poco clara y más bien ambigua.<sup>109</sup> Pone así, la duda, sobre las reivindicaciones que el individualismo reclama para sí en su relación con lo colectivo o social.

En lo que respecta a la concepción constitucional de la democracia, acepta que esta última “no es incompatible con la idea de los derechos individuales”<sup>110</sup>, sin embargo, Dworkin y todos los autores ubicados en el *constitucionalismo fuerte*, parten de la idea falsa y negativa de que las mayorías son predatoras y rapaces por naturaleza (al modo del nacionalsocialismo) incapaces de reconocer los derechos de las minorías, y que no cabe lugar para una racionalidad colectiva, cuando bajo determinadas circunstancias, puede válidamente, con argumentos y legitimidad democrática, decidir en torno a la trascendencia de derechos mínimos<sup>111</sup> (*¿coto vedado? ¿esfera de lo indecidible?*). Asume algunos aspectos que retomarán tanto Carlos Santiago Nino como Pedro Salazar

---

108 *Ibid.*, pp. 263-268.

109 *Ibid.*, pp. 261-262.

110 *Ibid.*, pp. 337 y 339. Cabe señalar que Waldron en esta parte de su texto, concede que hay derechos al margen de las mayorías.

111 *Ibid.*, pp. 338 y 364. Señala que hay algo de hobbesiano en el pensamiento del constitucionalismo fuerte, sólo que en un sentido ampliado, algo así como que la sociedad es el lobo de la sociedad. En un tono más filosófico señala el dilema moral sobre el grado de obligación o vinculación de un individuo de frente a la sociedad de una forma que hace recordar a la filosofía política clásica de Hobbes y Locke. Al respecto, resulta interesante la sentencia *Sauvé vs Canadá* de la Suprema Corte canadiense, la cual versó sobre la declaración de inconstitucionalidad respecto a la prohibición de votar de presos condenados a más de dos años de prisión en ese país. La mayoría de la corte consideró que no se justificaba que el cumplimiento de una pena privativa de libertad justificaba adicionalmente la privación del voto. Lo relevante para este estudio, es que aquellos ministros de la corte que estuvieron en contra de esa de-

en cuanto los derechos como precondiciones de la democracia que harán viable otros derechos.<sup>112</sup>

Así, la principal idea que combate Waldron contra Dworkin es la afirmación de este relativa a que el control constitucional es democrático y, por tanto, no contramayoritario, así como lo referente a que las cortes pueden hacer más justa a una sociedad y mejorar el debate político al optimizar la discusión de un caso que llegue a la Corte.<sup>113</sup>

Como hemos señalado, la idea democrática del control constitucional se ha derivado desde el texto de *El federalista*, aspecto defendido por autores como Ackerman o Prieto Sanchis<sup>114</sup>, por un lado, y cuestionada por otros como Bickel.

Por el contrario, Waldron rebate lo anterior en el sentido de que los tribunales constitucionales no hacen necesariamente más justa a una sociedad, ni mejoran el debate político pues hay ejemplos de países en el mundo que carecieron de supremas cortes al estilo norteamericano y no por ello dejaron de avanzar en términos igualitarios, tal es el caso de Reino Unido o Nueva Zelanda, todo ello gracias a sus prácticas y tradición parlamentarias.<sup>115</sup>

Afirma que es incorrecto considerar que el proceso de discusión en el seno de la Suprema Corte sea mejor o superior al debate auténticamente democrático dentro del parlamento. La idea del desacuerdo cumple una función fundamental en la teoría waldroniana (aspira a una teoría política del desacuerdo) y enfatiza que es mejor resolverlos con más pluralidad representativa lo cual encuentra un mayor amortiguamiento de la discrepancia y el conflicto.

Las decisiones tomadas como procedimiento en las supremas cortes son mediante exiguas votaciones mayoritarias de sus integrantes que por lo tanto no lo hace superior en sí.<sup>116</sup> Se pregunta por qué tener dudas de las mayorías parlamentarias en comparación con las mayorías judiciales cuando aquí no hay una representatividad clara ni inmuta el desacuerdo.<sup>117</sup> Esto último hace que autores como Salazar, afirmen que Waldron aspira a un modelo con una cuasi ausencia de la judicatura federal.<sup>118</sup>

---

cisión, es decir, a favor de la prohibición para votar, afirmaban que la razón de tal restricción derivaba del incumplimiento del pacto social que ello implica y por tanto se justifica esa consecuencia.

112 *Ibid.*, pág. 340.

113 *Ibid.*, pág. 345.

114 Prieto Sanchis, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 137-139.

115 Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, pp. 346-347. Sin embargo, habrá que decir en el caso de la experiencia británica, esa ausencia de Suprema Corte en Reino Unido se vio colmada en 2009 ya que desde entonces se tiene esa institución en la isla, aspecto que habla de la necesidad de la figura. Aquí el sitio oficial de dicha corte: <https://www.supremecourt.uk/about/index.html>.

116 *Ibid.*, pp. 350-352.

117 *Ibid.*, pp. 355, 357, 362 y 365.

118 Salazar, P. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, pp. 252-253 y 267 y Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, pp. 368.

Con lo anterior señala que se incurre en una violación de petición de principio pues cómo resolver problemas democráticos de una sociedad sin democracia, entendiendo esto, fuera de la institución que mejor enarbola el ideal democrático, el cual según su perspectiva es el parlamento.<sup>119</sup> Afirma que es mejor y superior tomar decisiones de la mayor forma colectiva, que a partir de deseos individuales planteados en demandas como formas de autoafirmación de determinados derechos que no pasaron por el tamiz social.<sup>120</sup> Critica la ingenua y exacerbada fe en los tribunales señalando que las sociedades avanzadas pueden ponerse sus propios límites y es el parlamento la mejor vía para ello.<sup>121</sup>

Finalmente, un Waldron posterior a ese texto, matiza ligeramente su postura al reconocer la diferencia entre *constitucionalismos fuertes y débiles* (es decir, en aquellos en donde el control constitucional encuentra de una u otra manera una validación democrática parlamentaria posterior a la decisión judicial) pero en lo fundamental sostiene que la legitimación sustancial de los tribunales constitucionales sigue siendo débil, al no reconocer que esa legitimación no se sustenta de forma individual sino su fortaleza deviene como una relación entre individuos.<sup>122</sup>

Insiste en cuestionar a aquellos autores que de por sí, señalan que los jueces están mejor capacitados para discernir cual es la voluntad de las personas. En todo caso, acepta que pueden ofrecer posibilidades para que las personas participen de mejor forma en la deliberación pública, ello en un claro tono propio de Hart Ely. Así, el constitucionalismo fuerte no puede asumirse como un absoluto y en todo caso habría que considerar que las decisiones de las cortes o tribunales constitucionales deban de adaptarse con mayorías calificadas como sucede también en el senado de muchos países. Por ejemplo, para que determinada posición prevalezca debe haber una mayoría calificada en estados de la Unión Americana como Dakota del Norte (4 de 5 jueces) y Nebraska (5 de 7)<sup>123</sup>, tal y como existe en México para la declaración de invalidez en acción de inconstitucionalidad (8 de 11).<sup>124</sup>

## 5. CONCEPCIONES INTERMEDIAS. EN BÚSQUEDA DEL BALANCE

Esta clasificación, no exenta de cuestionamientos, pretende reunir aquellos autores que unos de sus principales objetivos es conciliar las dos posturas entre la prevalencia del llamado constitucionalismo fuerte en favor de los derechos y la preminencia de la regla de la mayoría derivada del parlamento.

---

119 Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, pp. 355-360.

120 *Ibid.*, pág. 363.

121 *Ibid.*, pp. 365-372.

122 Waldron, Jeremy, *Seminario sobre control constitucional y política*, conferencia dictada el 4 de agosto de 2017 en la Corte Constitucional de Colombia, duración 1:40:05. (Consultable el 12 de enero de 2023, disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=8l\\_WGqY3qMA&t=134s](https://www.youtube.com/watch?v=8l_WGqY3qMA&t=134s)

123 *Ibidem*.

124 Cabe señalar que recientemente en la discusión de la reforma eléctrica, se ha discutido sobre la regla de una mayoría calificada para llegar a esa invalidez y si debería ser mejor una mayoría simple para ello.

### 5.1. John Hart Ely: Remover los obstáculos de la democracia

Dentro de la perspectiva latinoamericana, este autor norteamericano curiosamente no resulta tan estudiado, como sí para el debate sobre todo en Estados Unidos. Con experiencia en el ámbito de la judicatura federal, al igual que Bickel, este autor marcará un derrotero sobre una serie de autores que buscan conciliar las perspectivas aquí planteadas.

Hart Ely escribió sobre Bickel que su vida intelectual siempre fue una búsqueda en vano respecto a los valores neutrales que debería encontrar la Suprema Corte sobre su función democrática. Con carreras profesionales similares (ambos sirvieron como *law clercks*<sup>125</sup>) paradójicamente sus edificios teóricos no fueron para nada en favor de esa condición, sino como hemos dicho, más bien *minimalistas* del control y judicatura constitucional.

En efecto, su postura inaugurará la idea (seguida en buena parte por Habermas, Nino y Gargarella) de que el tribunal constitucional tiene un propósito acotado y específico en una democracia, lo cual consiste en remover todos aquellos obstáculos que impiden la efectiva representatividad política, así como el debate y la deliberación democrática, esa es su principal función. Su teoría surge en buena medida a partir de un pie de página<sup>126</sup> de la sentencia de la Suprema Corte (probablemente el pie de página más trascendente del constitucionalismo norteamericano) en el caso *United States vs Carolene Products*. El pie de página en su segundo y tercer párrafo establece que:

“Resulta innecesario considerar ahora si la legislación que restringe aquellos procesos políticos de los que ordinariamente se espera que conlleven el rechazo por ser una legislación indeseable, haya de estar sometida a un escrutinio judicial más estricto bajo las prohibiciones generales de la enmienda decimocuarta de lo que están la mayor parte de otros tipos de legislación.

Tampoco es necesario que indagemos si consideraciones analógicas hacen parte del control de leyes dirigidas a minorías religiosas [...] o étnicas particulares; si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiene seriamente a limitar la operación de aquellos procesos políticos en los que ordinariamente se puede confiar para proteger a las minorías, y que pueden exigir, por ende, un examen judicial más profundo.”<sup>127</sup>

---

125 En México, le llamamos a esa función secretarios de estudio y cuenta.

126 Por este aspecto, es considerado el pie de página más trascendente en el constitucionalismo norteamericano porque derivó en toda una teoría constitucional.

127 Hart Ely, John, *Desconfianza y democracia. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pág. 100. Omitimos la transcripción del primer párrafo del pie de página, la cual el propio Hart Ely habla que se trata más bien de la reiteración de la doctrina del *textualismo*, aspecto que no pretendemos destacar por el momento.

El caso versó sobre la constitucionalidad de una ley federal que prohibía el envío interstatal de leche envasada con base en que los requisitos restrictivos tuvieran un canon de racionalidad. Desde su punto de vista, los párrafos relevantes eran el segundo y tercero, los cuales no habían sido analizada adecuadamente, según Hart Ely, y, por tanto, era necesaria una mayor reflexión.<sup>128</sup>

De lo anterior deriva una teoría la cual consiste en que el papel de una suprema corte debe traducirse en **remover todos aquellos obstáculos en la legislación que impidan una adecuada representatividad**<sup>129</sup> o la **mayor deliberación democrática**<sup>130</sup>, es decir, debe facilitarse de la forma más amplia el debate de las ideas a fin de que sea el colectivo social quien discuta ello. De esta forma, leyes que impidan el voto de todas las personas, o que afecten la libertad de expresión o prioricen la censura, todo ello son aspectos que impiden la adecuada discusión pública. La corte en todo caso le corresponde eliminar todos esos elementos que impiden la mayor deliberación democrática, de ahí que se considere procedimental este tipo de control y no sustantivo.

En esa línea, Hart Ely apela a que el constitucionalismo más clásico de por sí, es decir, que la democracia y, por tanto, la regla de la mayoría no debe avasallar a la minoría, por tanto, resulta innecesario adscribirle al poder judicial toda la fuerza necesaria para ello.<sup>131</sup>

Así, la manera en la que pretende resolver la dicotomía de la prevalencia de los derechos vía el control constitucional y la determinación a partir de la pluralidad del parlamento es mediante el establecimiento de una función específica por parte de los tribunales constitucionales. La trascendencia de este autor es mayúscula porque a partir de su pensamiento continuaran teorías que en una parte central conservaran buena parte de esta base argumentativa. Cabe señalar que, en un breve texto, Francisca Pou escribe sobre la calidad deliberativa y proceso legislativo de la Suprema Corte de México, esto como ejemplo de la vigencia de la teoría de Hart Ely.<sup>132</sup>

Finalmente, se ha señalado la contradicción del modelo de Hart Ely en el sentido de que su pretensión de ser un marco que supuestamente se preocupa únicamente por lo procedimental, es en realidad equívoco, porque al momento de resolver sobre los obstáculos que impiden una marcha adecuada de la democracia, los dilemas de fondo y por tanto sustantivos son inevitables.<sup>133</sup>

---

128 *Ibid.*, pp. 101.

129 *Ibid.*, pp. 111-112 y 128.

130 *Ibid.*, pp. 130 y 133-155.

131 *Ibid.*, pp. 106-109.

132 Pou, Francisca, "Tiempos convulsos para la democracia", en *Nexos*, núm. 542, febrero de 2023, pág. 64.

133 Gama Leyva, Leopoldo, *Derecho, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 64-67.

## 5.2. Jürgen Habermas: Facticidad y validez

La teoría de este autor alemán se relaciona con el postulado de John Hart Ely en el sentido de tener una visión escéptica sobre el papel de los tribunales constitucionales en una democracia. Como se sabe, su teoría se ubica en la sociología más que en el derecho, pero al igual que Weber y otros autores de esa disciplina, el derecho no les resulta ajeno a su teoría.

Así, la relación de los derechos y la democracia debe ubicarse en lo que se conoce como su teoría de la acción comunicativa, la cual busca explicar a la sociedad a partir del medio lingüístico de sus integrantes a fin de comunicarse, interactuar e influir unos con otros mediante la búsqueda de sus intereses, lo cual implica un consenso sobre todo a través del mensaje.<sup>134</sup>

En ese contexto, la teoría de Habermas sobre el conflicto entre tribunales y democracia la podemos ubicar dentro de esa acción comunicativa, ya que, los derechos humanos no compiten con la soberanía popular, sino que son idénticos a las condiciones constitutivas de formación discursivo-pública de la opinión de quienes participan en sociedad.<sup>135</sup> De esta forma, los derechos forman parte de la estructura organizativa democrática y de ahí proviene su configuración jurídica.<sup>136</sup>

Con lo anterior, Habermas pretende, desde una visión más sociológica, resolver el dilema planteado entre tribunales y democracia, ello insertado en una obra de mayor escala. En ese sentido, se inclina porque el papel de los tribunales constitucionales sea más bien restrictivo, dado que, por ejemplo, el control constitucional de leyes en abstracto resulta inaceptable en la medida que resulta un cuerpo encarnado por una élite que no supera la objeción contramayoritaria.<sup>137</sup>

En esa misma línea, se suma un defensor del *constitucionalismo* como tutela de derechos como lo es Luis Prieto Sanchís, en la medida que considera inadecuado que se tenga la facultad del control constitucional de leyes en abstracto, porque sin hechos, ni personas tangibles, ni caso en concreto a resolver, no se actualiza la legitimidad de los tribunales constitucionales consistente en la tutela de derechos.<sup>138</sup> Por otro lado, dicho autor español contrasta la crítica contramayoritaria de los jueces del tribunal constitucional dado que podría afirmarse que tienen un barrunto de legitimidad democrática a partir de que su designación proviene de las mayorías (calificadas la más de las veces) del órgano legislativo, por tanto tienen una legitimidad democrática de segundo grado.<sup>139</sup>

---

134 Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I, racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus (Humanidades) México, 1981, pp. 136-137.

135 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2001, pág. 603.

136 *Ibid.*, pág. 188.

137 *Ibid.*, pp. 522 y 315.

138 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 166-174.

139 *Ibid.*, pág. 162. A respecto habrá que mencionar que dentro del constitucionalismo mexicano también se ha hablado de las llamadas elecciones indirectas con matiz democrático, a aquellas designaciones

En palabras de Pedro Salazar, hay una sintonía entre las posturas de Nino y Habermas<sup>140</sup>, pero la diferencia es que este último, presenta una visión más robusta al enlazarla en un aparato sociológico que pretende dar una explicación de toda la sociedad y no únicamente en la parcela político-constitucional del dilema.

Como se puede observar, si bien hay un intento por conciliar el dilema planteado a lo largo del texto, la tendencia del autor en análisis oscila más hacia la prevalencia de que la definición de los derechos está en el campo democrático a partir de acciones discursivas del lenguaje y que el papel del tribunal constitucional debe asegurar el efectivo discurso de comunicación de ese debate que se presupone plural.

### 5.3. Carlos Santiago Nino: La democracia deliberativa

Este pensador es uno de los más importantes en Latinoamérica y su postura se caracteriza por tratar de armonizar el control constitucional de la judicatura con el ideal democrático, aunque con una preminencia clara de este último. Esto es claro cuando afirma que: “Cuando el origen de los jueces no es de carácter democrático, sus decisiones no gozan del valor epistémico que sí tiene el proceso democrático”<sup>141</sup> o “la perspectiva usual de que los jueces están mejor situados que los parlamentos y que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tienen que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico”<sup>142</sup>

Su teoría está basada en la idea de **deliberación** que implica la democracia. Su objetivo busca conciliar los extremos de la teoría de la democracia constitucional, es decir, superar teóricamente la diferencia entre la democracia sin olvidar la función necesaria de tutelar los derechos.

Para lograr lo anterior, Nino concibe la existencia de derechos que funcionan como condiciones o prerequisites necesarios para justamente lograr una auténtica democracia en donde logren participar el mayor número de personas en las cosas que involucran a todos.<sup>143</sup> Afirma que la mejor imparcialidad es aquella que se logra cuando hay un proceso de discusión pública y decisión mayoritaria.<sup>144</sup> A ese proceso le llamará *valor episté-*

---

por ejemplo de gobernadores interinos por parte de las legislaturas de los estados por parte de los diputados constituyentes Alfonso Cabrera e Hilario Mediana. *Diario de los debates de la H. Cámara de Diputados 1916-1994, Legislatura Constituyente, Periódico Único del Congreso Constituyente*, 18 de enero de 1917, Diario 61 de debate, pág. 432.

140 Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, IJ UNAM, México, 2006, pág. 242.

141 Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 260.

142 De igual forma, no duda en llamar a ese proceso como un auténtico constructivismo. Nino 198. Sobre su postura en favor de la democracia por incluso los derechos podemos observarlo cuando afirma: “... no podemos inferir que los derechos sean barreras contra todas las decisiones mayoritarias”. *Ibid.*, pág. 270.

143 *Ibid.*, pp. 180-187.

144 *Ibid.*, pág. 178.

*mico de la democracia* y consiste más detalladamente en el proceso colectivo mediante el cual una sociedad define y decide los alcances sobre las cuestiones comunes a partir de la discusión y deliberación pública a la manera de una depuración de principios y derechos a considerar colectivamente.<sup>145</sup> “La democracia deliberativa es el mejor procedimiento para entender y lograr la real vigencia de los derechos individuales”.<sup>146</sup>

Dado que su principal preocupación es la forma de organización que involucre a más personas en la toma de decisiones (incluido los derechos) la democracia resulta el centro de su construcción teórica. Sin embargo, para lograr un adecuado funcionamiento de ella, establece que determinados derechos deben estar protegidos *a priori* de forma eficiente, de ahí que se consideren prerequisites o condiciones de primer orden.

Es a partir de ello que justifica el elemento del control constitucional en una democracia, (muy a la manera de Hart Ely, aunque de forma más ampliada) en la medida que facilite la mayor deliberación democrática para alcanzar una moral pública. Solo en esa medida se justifica la intervención de los tribunales constitucionales o cortes supremas. Así, mientras el control constitucional es un medio, el fin corresponde a que la decisión y determinación de una sociedad, incluida la mayor parte de los derechos, corresponde a la colectividad.<sup>147</sup>

Es a partir de lo anterior, que Nino pretende conciliar el debate entre democracia y control constitucional, entendido en quien debe tener la última palabra en una sociedad, si el parlamento como resumen de la sociedad o los tribunales constitucionales como guardianes de la carta de derechos. Al final, va a decir, que la teoría de la democracia constitucional se debate entre la constitución de los derechos (constitucionalismo) y la constitución del poder (democracia).<sup>148</sup>

Así, su manera de conciliar, la democracia y la constitución es mediante la fórmula de encontrar los momentos adecuados para remover los obstáculos que afectan derechos que imposibiliten el debate y la deliberación democrática. De esta forma va a encontrar tres grandes excepciones en donde la judicatura debe decidir en lugar y en favor de la democracia, es decir, tres circunstancias en las cuales se justifica una intervención legítima mayor del control constitucional por encima de la democracia: a) depuración del procedimiento democrático, b) la autonomía personal entendida como la prohibición de imponer la propia visión individual a la colectividad (argumento perfeccionista) y c) la constitución como práctica social.<sup>149</sup>

**a) Depuración del procedimiento democrático.** Muy en el tono de Hart Ely, en este punto Nino afirma que una justificada intervención del control constitucio-

---

145 *Ibidem.*

146 *Ibid.*, pág. 259.

147 *Ibid.*, pp. 191, 195 y 299-300.

148 *Ibid.*, pp. 196-198.

149 *Ibid.*, pp. 269-302

nal en una democracia ocurre cuando precisamente se busca asegurar y ampliar la participación en la discusión entre quienes pueden verse afectados por una decisión democrática. La protección de las reglas del proceso democrático, entendido como la posibilidad del debate y la discusión pública en el mayor grado posible justifican la intervención judicial constitucional.<sup>150</sup>

- b) **La autonomía personal.** La segunda excepción de la intervención judicial consiste en el criterio de que las decisiones colectivas o democráticas no pueden basarse en prejuicios morales particulares, estándares perfeccionistas que impliquen un determinado actuar de excelencia humana. Se trata de que ideales perfeccionistas o prejuicios que una persona o grupo de personas tienen, no sean impuestos a los demás. Nino lo ejemplifica con el caso *Bowers vs Hardwick* el cual versaba sobre una ley prohibitiva del comportamiento homosexual en Georgia. En esos casos, diría Nino, es válido que el control constitucional intervenga para eliminar normas que pretendan imponer un modelo determinado de conducta. Lo mismo va para limitar a los integrantes de la Suprema Corte en el sentido que, tampoco ellos pueden imponer una visión personal en los casos que resuelven. Otros ejemplos se refieren a la posesión de ciertas drogas blandas, la prohibición del divorcio, excepción al servicio militar o la adhesión a cierto estándar moral.<sup>151</sup>
- c) **La constitución como práctica social.** La tercera forma justificada de intervención judicial consiste en la preservación de una determinada práctica judicial. Se refiere a la protección de ciertos valores fundamentales establecidos en la constitución. Lo explica con el ejemplo del indulto por parte de Menem a un grupo de militares de la dictadura enjuiciados por la violación grave de derechos humanos. A pesar de la popularidad y legitimidad democrática del presidente de entonces, la intervención del control constitucional para Nino se justifica porque en ese caso se atenta contra aspectos medulares de lo que él considera la constitución histórica, la constitución de los derechos, así como la constitución del poder.<sup>152</sup> La transición de la dictadura a la democracia con el enjuiciamiento de los militares implicaba una profunda práctica constitucional en ese país. Sería para la teoría de Ackerman un *momento constitucional* de refundación.

Este último aspecto no resulta del todo claro en su esquema teórico porque a diferencia de los otros dos, parece demasiado casuístico establecer o descubrir esa práctica constitucional, sobre todo porque en el ejemplo expuesto, parecería ser muy inicial o incipiente para considerarlo una práctica general. Pareciera que se refiere a principios constitucionales fundamentales que cada país y cada sociedad se ha establecido como

---

150 *Ibid.*, pp. 273-277.

151 *Ibid.*, pp. 277-280.

152 *Ibid.*, pp. 280-283 y 300.

de primerísimo orden, pero justo esa excepción indica acercarse al llamado constitucionalismo fuerte.

Al margen de ello, otro aspecto fundamental en la propuesta de Nino es que los tribunales constitucionales ingresan a la deliberación colectiva en la medida que, más allá de imponer u ordenar una decisión judicial en algunas ocasiones, colaboran con el legislativo y el ejecutivo al remitir asuntos con el objeto de que se discuta nuevamente bajo ciertos estándares. Así la Suprema Corte no decide todo y dialoga con el legislativo para que este regule.

De esta forma, la teoría de Nino la clasificamos en este apartado por la pretensión de conciliar diversas teorías, pero sobre los derechos, la democracia y el derecho, aunque con una clara preferencia por la discusión en el seno democrático.

#### 5.4. Roberto Gargarella: La sala de máquinas

Este autor argentino de la Universidad de Chicago propone una línea de pensamiento que emparenta con Nino, el cual establece varios aspectos: a) pone énfasis en que cada persona debe ser la última autoridad en cuanto a su proyecto de vida; b) cuando existan ámbitos que trascienden más allá de su moral privada, la última decisión debe tener un adecuado proceso de reflexión colectiva, existiendo en ello un profundo compromiso en el cual se garantice la mayor imparcialidad para esa toma de decisiones; c) para lograr lo anterior es fundamental la mayor y amplia discusión pública; d) asume con certeza que el actual sistema no favorece a la discusión pública ni promueve la participación ciudadana; e) no debe recaer como última instancia el control definitivo sobre los derechos por parte de jueces, por más esfuerzos que se hagan por controlar a estos y dotar de más fortaleza a la ciudadanía y finalmente f) que por más esfuerzos institucionales se hagan por buscar un equilibrio entre constitución y democracia, siempre serán falibles.<sup>153</sup>

En ese sentido, Gargarella, siguiendo a Hart Ely y a Nino, el control constitucional debe encaminarse a dos aspectos: 1) asegurar las condiciones del debate democrático, esto es, permitir a todas las voces participar en la discusión pública como por ejemplo: asegurar la libertad de expresión evitando la censura, eliminar las distorsiones de la voluntad social con sesgos de alterar el voto en las elecciones (*gerrymandering*<sup>154</sup>) o distorsionar el poder decisorio con una eventual perpetración del poder político de

---

153 Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Corte Constitucional para el periodo de Transición, Quito, Ecuador, 2011, pp. 279-280.

154 Se refiere al sesgo de una distritación manipulada artificialmente con la cual se busca la obtención garantizada de escaños para el Congreso en favor de partidos políticos mediante la alteración de la geografía electoral. El objetivo consiste en establecer una división territorial que facilite un electorado cautivo sin atender a criterios demográficos o estrictamente de asentamientos poblacionales sino incluso con un sesgo racial.

uno o unos cuantos partidos políticos, etc<sup>155</sup>; 2) lograr una efectiva protección de una esfera inviolable de la autonomía de los individuos, impidiendo con ello que los poderes públicos interfirieran en cuestiones de moral privada de tipo *perfeccionistas* que impliquen un modelo de vida determinado.<sup>156</sup>

Gargarella establece como condiciones necesarias para ello, no otorgarle un control excesivo al tribunal constitucional, el cual no tiene una legitimación democrática, sino solo en la medida que facilite el diálogo democrático, esto, “con el objeto de despojarle de la capacidad para decir la «última palabra» en materia constitucional, capacidad que hoy mantiene.”<sup>157</sup> Su principal objeción al respecto se debe a la poderosa permeabilidad del poder político o económico en la esfera de la justicia en los países de la región, de ahí su desconfianza al poder de los jueces en nuestros países.<sup>158</sup>

De esta forma, Gargarella en todo caso propone, que los mecanismos procedimentales deben lograr eficazmente presentar las voces de los más desfavorecidos (como buscaba también Hart Ely<sup>159</sup>) en aras de arribar a una democracia epistémica de la que hablaba Nino, esto en el sentido de que, a partir de la deliberación democrática, se definan las decisiones políticas y sociales trascendentales de un país.<sup>160</sup>

La anterior línea de pensamiento continúa con su *Sala de máquinas de la Constitución* en el cual crítica los doscientos años de constitucionalismo latinoamericano, del cual señala que se ha preocupado más por tener cartas de derechos de enorme avance, pero poco o nulo desarrollo en cuanto a una efectiva participación ciudadana en las decisiones de poder, mismo que se encuentra concentrado dando lugar a un centralismo autoritario, sin dejar de mencionar el contexto de desigualdad social en los países de la región.<sup>161</sup>

### 5.5. Pedro Salazar: La radiografía de la democracia constitucional

Dentro de esta línea, quisimos incluir a pensadores de nuestros países para reflejar de mejor forma, una concepción teórica constitucional más relacionada con nuestras realidades institucionales.

En su *La democracia constitucional. Una radiografía teórica* aborda la disyuntiva entre la *autonomía democrática* y el *constitucionalismo de los derechos*, lo cual resulta de enorme utilidad para este trabajo.

---

155 *Ibid.*, pág. 280.

156 *Ibid.*, pp. 280-281.

157 *Ibidem.*

158 *Ibid.*, pág. 282.

159 Hart Ely, John, *Desconfianza y democracia. Una teoría del control constitucional*, pp. 167-213.

160 Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, pág. 281.

161 Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-1910)* Katz Editores, Barcelona, 2015, 375 pp.

De forma similar a Carlos Santiago Nino, su libro inicia con la disyuntiva entre el liberalismo y la democracia. Tales conceptos, lejos de ser convergentes pueden ser contradictorios y entrar en tensión. Así el liberalismo implica poner el acento como su nombre lo indica, en las libertades individuales lo cual es uno de los pilares del constitucionalismo.<sup>162</sup> Por otro lado, la noción democrática para estos efectos tiene una connotación colectiva, de mayorías sobre todo en el ideario de Rousseau.<sup>163</sup>

Lo anterior es relevante porque la línea de pensamiento de este autor oscilara por las tensiones que subyacente en la teoría e instrumentación de la democracia constitucional. De ahí que, a pesar de que su postura se decante en cierto sentido por la preeminencia de la noción democrática por encima del constitucionalismo, ello no implica renunciar a la tutela de derechos.

Si bien es cierto, en este artículo solo nos ocupamos de una parte de las tensiones que Salazar detecta (el poder judicial de frente a los otros poderes debido a la independencia judicial) resulta enriquecedor observar las diferentes aristas que detecta quien dirigiera al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El libro de Salazar pretende confrontar la disputa teórica e institucional sobre qué debe de prevalecer: si el ideal democrático, es decir la regla de la mayoría o, por otro lado, los límites de esta última a través de las reglas constitucionales. De esta forma, dicha tensión se resume entre democracia y constitucionalismo, y se recrea a partir de diferentes teorías que ponen el acento de preeminencia entre uno u otro.

Después de un amplio recorrido, el planteamiento de su estudio se realiza a partir de varias tensiones que pretenderá conciliar. Tales tensiones son:

- a) **Tensión general entre constitucionalismo y democracia.** Esta tensión implica una paradoja pues hay autores que se inclinarán ya sea por el constitucionalismo por un lado o el ideal democrático por otro como lo hemos presentado. De hecho, es una paradoja porque dicho ideal, resumida en la regla de la mayoría, amenaza a la constitución y los derechos humanos puesto que estos se rebelan ante el límite que ello implica.<sup>164</sup> Por su lado, el marco constitucional, puede ahogar a la democracia en la medida que limita la autonomía política.
- b) **Tensión entre el conjunto de derechos fundamentales individuales y la autonomía política.** De alguna manera, esta tensión es una derivación particular de la antes referida. Dicho de otra forma, es una tensión entre los derechos individuales de carácter sustantivo y los derechos de la colectividad entendiendo por ello, las decisiones mayoritarias sobre determinados temas que pueden afectar

---

162 Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, IJ UNAM, México, 2006, p.p. 57-107.

163 *Ibid.*, pp. 108-177.

164 *Ibid.*, pág., 184.

derechos individuales. En otras disciplinas encontramos este debate bajo los rótulos de individualismo vs colectivismo. Salazar busca encontrar precisamente un equilibrio en ello.

Para dar respuesta a lo anterior, Salazar acepta en principio que ante la autonomía política deben aceptarse ciertos derechos fundamentales como límites.<sup>165</sup> De esta manera, formula que “la democracia formal sólo es posible cuando algunos derechos fundamentales se encuentran garantizados”.<sup>166</sup> Lo interesante de su aportación es la distinción de aquellos derechos que sirven como precondition y condición de la democracia sin los cuales pueden tener lugar. Así los derechos como precondition de la democracia no debe entenderse como una dimensión material como lo afirma Ferrajoli.<sup>167</sup> A través de los derechos de libertad (personal, pensamiento, reunión y asociación) puede tener cabida el ejercicio de la autonomía política, es decir, esas libertades anteceden a la libertad política.

Con lo anterior, se pretende conciliar la disputa si la democracia debe tener contenidos sustanciales en su concepción. Salazar siguiendo la escuela de Turín pretende establecerlos como pre-condicionantes. Por otro lado, la distinción que realiza consiste en que hay derechos que desde luego tienen una barrera de protección en contra de las decisiones mayoritarias, pero que no necesariamente pertenecen al *coto vedado* de Ernesto Garzón Valdez o dentro de la *esfera de lo indecible* de Ferrajoli.<sup>168</sup> Por otro lado, los derechos políticos no son una precondition de la democracia sino condición de ella.<sup>169</sup>

De acuerdo con Salazar, la tensión se ve atenuada en el sentido siguiente: la ciudadanía puede ejercer su autonomía su autonomía y deliberar prioridades, soluciones a problemas y pertinencia de los derechos mediante el poder revisión de la constitución, pero con las limitantes que determinados derechos deben considerarse.<sup>170</sup>

- c) **Tensión entre el contenido de las decisiones y la forma en la que son adoptadas.** Este apartado se refiere a la legitimidad sustancial y formal. Así plantea un marco que distingue una y otra y ayuda a conciliar el debate. Esto lleva a la propia paradoja que Bobbio planteara si la mayoría puede modificar la regla de la mayoría.<sup>171</sup> Así, desde esta perspectiva, para el constitucionalismo, la legitimidad de su función será de carácter **sustantiva**, es decir, el control constitucional que ejercen los tribunales se legitima en la medida de que hay una protección

---

165 *Ibid.*, pág., 264.

166 *Ibid.*, pág., 265.

167 *Ibidem.*

168 *Ibidem.*

169 *Ibidem.*

170 *Ibid.*, pág. 267.

171 Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1997, pp. 24 y ss.

sustantiva de los derechos. Por otro lado, desde el ideal democrático, y bajo la concepción teórica de Norberto Bobbio, la legitimidad se logra desde una perspectiva **formal**, es decir, se respeta la autonomía política de los ciudadanos en la medida que se respetan los procedimientos formales.<sup>172</sup>

- d) **Tensión entre la supremacía constitucional y el poder legislativo y reforma constitucional.** La tensión se refiere a la paradoja consistente en que, por un lado, la supremacía constitucional tiene como base la rigidez en la modificación de sus normas. Por otro lado, el ideal democrático implica el poder debatir en sede colectiva todas las reglas a establecerse. Así la tensión se da entre la rigidez y supremacía constitucional y la necesaria adaptación democrática de determinados temas.

La propuesta de conciliación consiste en distinguir entre el *coto vedado* de derechos en relación la reforma constitucional y el principio de supremacía constitucional.<sup>173</sup> De esta en relación con el primer aspecto, la autonomía política debe aceptar la especial protección del *coto vedado* y establecer diferentes grados de rigidez en relación con los otros derechos diferentes a los identificados al *coto vedado*.<sup>174</sup> Aceptar lo anterior desde la Constitución implicará evitar, de acuerdo con esta visión, que los jueces se arroguen el poder de decisión que debe tener la ciudadanía.<sup>175</sup>

- e) **Tensión entre los órganos representativos y los jueces constitucionales.** Esta tensión nos resulta particularmente relevante porque se dirige al planteamiento de los alcances de la independencia judicial en la medida de que los jueces constitucionales pueden enfrentarse al poder político. El planteamiento es el de siempre, el de la objeción contramayoritaria, porque los jueces que no tienen respaldo democrático pueden decidir los temas más importantes de una sociedad determinada y cómo controlar que no se vuelva el dominio político de una pequeña élite.

Al respecto, Salazar se decanta claramente por una postura moderada del constitucionalismo recaída en los jueces. Acepta que en todo caso, deberán tener la última pala-

---

172 Cabe señalar que como hemos referido, Ferrajoli y Bobbio con Bovero mantuvieron un debate a finales del siglo XX consistente en cómo debería concebirse el concepto de democracia. Mientras el primero afirmaba que la democracia debe apelar a la tutela de derechos sustantivos, los segundos sólo se referían a que la democracia se refiere a los procedimientos democráticos, por tanto, su concepción es formal.

173 Salazar, P., *La democracia constitucional*, pág. 269.

174 *Ibid.*, pág. 270. Al respecto, resultan innovadoras la propuesta teórica de Richard Albert, profesor canadiense de la Universidad de Texas proponiendo diferentes grados de enmienda constitucional según el grado de importancia en el objeto a proteger constitucionalmente. Albert, Richard, *Constitutional Amendment: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, New York, 2019, 338 pp.

175 Salazar, P., *La democracia constitucional*, pág. 270.

bra en cuanto al coto vedado, pero no así respecto al resto de los derechos.<sup>176</sup> En todo caso, la teoría constitucional debería dirigirse a lo que ciertos modelos constitucionales como el canadiense pretenden lograr con la cláusula de *notwithstanding* o cláusula de “a pesar de” la cual implica la posibilidad de limitar los efectos de una sentencia de la Corte Suprema por parte del Parlamento de Canadá<sup>177</sup> con lo cual se pretende un diálogo entre la judicatura constitucional y el legislativo para que el primero no tenga la última palabra.<sup>178</sup> Al respecto, a esta variante del derecho comparado se le suele identificar con el *constitucionalismo débil*, visto como otra alternativa de conciliar el debate planteado a lo largo de este texto.<sup>179</sup>

## 5.6. Stephen Breyer: La pedagogía y confianza de la corte

Este ministro o *Justice* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, quien dejara ese cargo en 2021, tiene una particular visión del papel del juez constitucional. Lejos de pensar que por esa posición tendría una teoría que defendiera férreamente a los jueces constitucionales, en realidad se trata de un marco teórico más bien mesurado en ese sentido. De ahí su inclusión en este apartado.

Breyer rescata que hay una noción democrática en la interpretación de la constitución en línea con Dworkin y Ackerman siguiendo desde luego a Hamilton como hemos visto. Conforme a este último afirma que no podría dejarse los conflictos simplemente se resolvieran por la voluntad popular de ahí que sea positivo encargarse esa tarea al judicial.<sup>180</sup> Parte de la idea de que, en una democracia liberal, el poder judicial es el menos fuerte, ya que no tiene ni la espada que tiene el ejecutivo con el monopolio de la fuerza, ni la bolsa que implica el presupuesto en manos del legislativo<sup>181</sup>, por tanto, su fuerza está en las razones de sus sentencias, pero se pregunta si puede soportar la presión política.

Curiosamente, en sintonía con los autores continentales que encuentran en la argumentación jurídica la herramienta fundamental de los tribunales constitucionales (Alexy, Atienza, Bernal Pulido) Breyer atribuye dos aspectos fundamentales que sirven para justificar el papel de los jueces, los cuales son la **función didáctica** de las sentencias y la **confianza pública** que pueden brindar.

---

176 *Ibid.*, p.p. 271-274.

177 Al respecto, en la sentencia *Sauvé vs Canadá* ya mencionada rondó la posibilidad de ejercer la facultad del *notwithstanding*.

178 Un ejemplo de ello en México puede ser la declaración general de inconstitucionalidad 1/2018, en la cual la SCJN remite al Congreso de la Unión el tema del consumo de la marihuana a fin de que pueda regularla de manera más clara y pormenorizada al margen de la invalidez decretada en sede judicial.

179 Gama Leyva, L., *Derecho, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 304-305. Gama Leyva señala que esta alternativa teórica y práctica del *constitucionalismo débil* se inicia con Peter Hogg a partir de la experiencia canadiense.

180 Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, FCE, México, 2017, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (trad.) pp. 45 y 49.

181 *Ibid.*, pág. 46.

En un claro contraste con Waldron, Stephen Breyer le atribuye a la Suprema Corte una importante función didáctica al resto de la sociedad. Ello se relaciona de manera notoriamente con la independencia judicial, pues en la medida que logre realizar ello de manera óptima, es decir, la razonabilidad de sus decisiones explicada de forma clara, ello fortalecerá su presencia en la deliberación pública y en su relación con los otros poderes. Mientras sean más razonables y entendibles ante el público en general, ya no necesariamente convincentes, pero sí asequibles a la mayoría de las personas, ello le dotará de un poder particular dentro de una democracia.<sup>182</sup> Afirma que ese ha sido el éxito de la confianza en la Suprema Corte norteamericana.

De esta forma, en lo que parece ser un programa de acción de un juez constitucional en una democracia, no es otra cosa sino una teoría con una visión altamente pragmática de la función judicial, la cual se compone de varios aspectos: 1) la interpretación, 2) el objeto y resultado del análisis constitucional, 3) la relación con la función administrativa del ejecutivo y 4) el principio de subsidiariedad.

Así, en primer lugar, respecto a la interpretación, en algo que llega a llamar como *decisiones que funcionan*<sup>183</sup> para que una *constitución perdure* presenta toda la gama de esquemas y herramientas interpretativas que tiene como repertorio. Desde el *originalismo*, el cual apela a la redacción y fines de los autores de las normas constitucionales; literal; hasta la interpretación basado en objetivos y resultados (que puede ser la interpretación teleológica) la cual se distingue de la primera en la medida que pueden lograrse aspectos que en específico no buscaba el legislador, pero en términos generales sí.<sup>184</sup> De igual forma, otro rasgo que encontramos en la mesura de su postura consiste en la declaración de inconstitucionalidad debe ser la última medida a dictar por parte de la Corte<sup>185</sup>, dando con ello, lo que autores señalan como la presunción de constitucionalidad de leyes.

Respecto a la relación del poder judicial con el poder ejecutivo y el principio de subsidiariedad, Breyer aporta uno de los aspectos más interesantes de su teoría y es lo que nos permite ubicarlo en una postura intermedia. Si bien está convencido del importante papel que desempeña la Suprema Corte, justamente para mantener su trascendencia como definidor constitucional, debe permitir que tanto otros entes del estado (las llamadas *agencias* del ámbito administrativo, sobre todo aquellos que tienen un importante nivel de especialización) así como otros tribunales especializados, realicen su función y resuelvan los conflictos de su competencia.<sup>186</sup> De esta forma, se decanta por una especial deferencia competencial derivado de la especialización, de ahí que enarbole un principio consistente en que no todos los problemas deben ser resueltos

---

182 *Ibid.*, pp. 311-313.

183 *Ibid.*, pág. 131 y ss.

184 *Ibid.*, pág. 161.

185 *Ibid.*, pp. 169-172.

186 *Ibid.*, pp. 132-133, 173-190.

por la Suprema Corte.<sup>187</sup> Indudablemente, ello contrasta con el activismo judicial (dicho en buen sentido) defendido por Dworkin y Barak.

Así, el *método Breyer*, si se permite así decirlo, presenta una combinación de una fuerte presencia de la Corte en materia interpretativa del texto constitucional con toda su tipología según sea el caso, y cuando las condiciones lo requieran, pero al mismo tiempo indica que la Suprema Corte no debe ni puede intervenir en todo, justo para mantener su legitimidad, de ahí que tendrá que seleccionar los asuntos a resolver, lo cual particularmente el sistema constitucional norteamericano lo permite con el *certiorari*.<sup>188</sup>

La adecuada estructuración de los aspectos mencionados junto a su capacidad de convencimiento al público general podría representar el mayor éxito de la Suprema Corte, ya que como hemos dicho, su teoría tiene por objeto hacerla funcionar de forma efectiva y hacer perdurar sus definiciones, no solo en el ámbito federal sino en su relación con las entidades federativas. Adicionalmente, el uso adecuado del precedente dotará de estabilidad y de cambio al mismo tiempo a todo el sistema.<sup>189</sup>

Al igual que otros constitucionalistas norteamericanos, analiza algunos de los grandes precedentes de ese país a la luz de su propuesta teórica. Señala que con la sentencia de *Dred Scott*<sup>190</sup> (aquella que declaró la constitucionalidad en el siglo XIX de la esclavitud) es considerada como la peor de todos los tiempos por su falta de convencimiento y carencia absoluta de razones en su justificación, sobre todo en el norte del país.

Breyer utiliza este pasaje para justificar la importancia dentro de su teoría, de la justificación y argumentación de las sentencias judiciales. En un capítulo denominado *La confianza de la gente*, en buena medida cifra desde nuestro punto de vista, lo que sería una parte fundamental de la independencia judicial, es decir, no sólo como un aspecto meramente ético (que desde luego lo es) sino que lo incorpora como parte fundamental del quehacer judicial que incluso lo traslada al terreno político en la medida que sirva para convencer a toda la sociedad, en este caso norteamericana.

En contrapartida a *Dred Scott*, Breyer se refiere a las antípodas de ese caso, otro aún más trascendental como es la sentencia *Brown*, la cual como hemos dicho es considerada las más importante dentro de la historia constitucional debido a la posibilidad de

---

187 *Ibid.*, pp. 212-226.

188 Un ejemplo de ello, puede ser la doctrina de la *political question*, en donde invariablemente la corte norteamericana no interviene salvo casos específicos (*gerrymandering*) y que en México tuvo una cierta equiparación con la doctrina judicial de la *incompetencia de origen* surgida entre los debates de Ignacio L. Vallarta y José María Iglesias en el siglo XIX.

189 *Ibid.*, pp. 227-236.

190 La sentencia fue redactada por el ministro Taney, quien presidía la Suprema Corte. La decisión quedó cinco a dos. La interpretación de Taney, bastante cuestionable desde luego por los constitucionalistas norteamericanos, básicamente se constituyó a partir de una mirada al texto fundamental como un pacto político entre estados soberanos que componían una federación, más que una carta de derechos que los tutela para todas las personas. *Ibid.*, pp. 95 y 96.

eliminar o por lo menos, buscar una mayor igualdad entre la comunidad afroamericana y la población blanca en el ámbito educativo.<sup>191</sup>

La Suprema Corte era consciente de la trascendencia de esa decisión y aunque la mayoría de la población estadounidense estaría a favor de sus resultados, habría enormes resistencias, sobre todo en los estados del sur los cuales alegaba dificultades administrativas para su cumplimiento, lo cual se sumaba a la resistencia de cierta parte del poder legislativo norteamericano también.<sup>192</sup>

Así, a partir de la reconstrucción histórica constitucional de *Brown*, Breyer determina la importancia de la colaboración entre poderes. En ese sentido, fue fundamental el apoyo de la presidencia de Eisenhower para poder cumplir la sentencia en aquellos lugares que hubo una enorme oposición a acatarla. De esta forma, es contrastante el análisis que por un lado hace Bickel de *Brown*, en contraposición a la posición de Breyer, porque mientras el primero lo pone como ejemplo de la inviabilidad de las decisiones de la Corte por la falta de asimilación social de un principio moral y jurídico; Breyer lo destaca por la trascendencia en la igualdad en la sociedad norteamericana y que finalmente contribuyó a atenuar de forma importante la discriminación.

De esta manera, la función didáctica de la Corte en el pensamiento de Breyer no será una cuestión accesorio, sino se constituye en piedra angular de la independencia judicial, ya que esa función le permite ocupar un lugar más legítimo en relación con los otros poderes.

Finalmente, Breyer destacará que si la Corte resuelve conforme a los vientos políticos estará condenada al fracaso pues necesariamente perderá la confianza de la gente y por tanto su fuerza política. Debe ser consciente que, en seguimiento de Hamilton, las decisiones de la Suprema Corte para proteger la constitución pueden significar ir en contra de las mayorías.<sup>193</sup> Asimismo dirá que la independencia judicial es un estado mental en el sentido de que los jueces deben tener condiciones reales de libertad para decidir pues para adquirir dicha fortaleza social “toma tiempo y un esfuerzo permanente en comunicar (su) naturaleza e importancia, (...) el apoyo a la institución judicial descansa en que se enseñe, de manera organizada, a generaciones de estudiantes”<sup>194</sup>

## 5.7. Víctor Ferreres: La presunción de constitucionalidad

La propuesta de este profesor español de la Universidad Pompeu Fabra destaca por su justificación del control constitucional sin olvidar la democracia, aspecto por el cual se

---

191 Cabe señalar que un precedente de ese caso es *Mendez vs Westminster* el cual versó sobre la eliminación de la segregación racial de un norteamericano de origen mexicano.

192 *Ibid.*, pág. 101-103-105.

193 *Ibid.*, pág. 95.

194 *Ibid.*, pág. 313.

distingue de los antecesores ya que estos últimos se inclinan por una prevalencia de la deliberación con fuerte peso en el ámbito parlamentario.

Su propuesta consiste en conciliar la idea de control de constitucionalidad con la democracia en el sentido de algo que comúnmente conocemos como la *interpretación conforme* y el *principio de presunción de constitucionalidad*. Esta fórmula, la cual tiene una clara repercusión pragmática consiste en que, debe de partirse que toda obra del legislador, en principio es constitucional y si se tiene que escoger entre varias interpretaciones posibles, debe de seleccionarse por parte de los jueces, aquella que sea más acorde con la constitución<sup>195</sup> (interpretación conforme). Así, de esta forma, la inconstitucionalidad debe ser patente para declararse.<sup>196</sup>

Así, este autor no deja de reconocer la tensión entre constitución de derechos y democracia para inclinarse en favor del control constitucional con apego, en principio, de la decisión mayoritaria. Cabe señalar que las críticas a la práctica de esta teoría es que se puede dar un enorme poder a los jueces para justificar artificiosamente lo que ellos asumen como constitucional.

Finalmente, cabe señalar que la técnica de la tesis de Ferreres fue utilizada profusamente por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en México con la ya mencionada interpretación conforme hacia principios del presente siglo<sup>197</sup> varios años antes de la importante reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

## **6. CONCLUSIONES SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU CORRELACIÓN CON DETERMINADA TEORÍA CONSTITUCIONAL**

El presente trabajo tuvo como propósito hacer un recorrido de diversas teorías constitucionales que plantean el dilema sobre la prevalencia del control constitucional y la

---

195 Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 217-302.

196 *Ibidem*.

197 En efecto, la utilización de la interpretación conforme surge como respuesta a la limitación que estableció la Suprema Corte de México con la contradicción 2/2000, en la cual afirmó que la Sala Superior del TEPJF no tenía facultades de inaplicar artículos legales por ser inconstitucionales. Posteriormente, con la reforma constitucional de 2007, se estableció con toda claridad la facultad de inaplicación al TEPJF en el artículo 99 de la Constitución Federal, aspecto que, de paso, dio cumplimiento a lo ordenado a la sentencia *Castañeda Gutman vs México* resuelto por la Corte Interamericana en cuanto a la falta de un recurso judicial que permitiera el control constitucional de leyes electorales a favor de la ciudadanía. Para una crítica a lo decidido por la Corte en la contradicción 2/2000 ver Cossío, José Ramón, "El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia" en *La función judicial: Ética y democracia*, Jorge Malem y Jesús Orozco (comp.) Gedisa, TEPJF, ITAM, Barcelona, 2003, pp. 117-126.

definición de los derechos por un tribunal o la decisión mayoritaria con sede legislativa o parlamentaria.

Ese recorrido pretendió ofrecer un panorama de una discusión, no sólo teórica sino pragmática sobre el papel de las supremas cortes o tribunales constitucionales en una democracia, dado que la noción de la independencia judicial se inserta como algo fundamental en la concepción de la judicatura.

De esta forma, conforme a otro estudio, la independencia judicial no debe entenderse de una forma única, puesto que, como otros conceptos, puede tener diferentes perspectivas tal y como lo mencionamos al inicio. La perspectiva ética de la independencia judicial debe distinguirse de la noción correspondiente como garantía jurídica y desde luego como objeto de estudio de la sociología o de las ciencias sociales.

Esta propuesta de análisis puede tener otro derrotero si se une a las diferentes concepciones teóricas de la democracia constitucional aquí reseñadas y correlacionadas. Así, esas diversas aproximaciones de la teoría constitucional hacen depender las modulaciones sobre la independencia judicial que podemos conocer.

En efecto, si seguimos a un *constitucionalismo fuerte*, caracterizado por un decidido compromiso por la defensa de los derechos humanos y lograr la división de poderes, situado en autores como Dworkin, Barak o Bernal Pulido (con todas las diferencias que debemos establecer entre ellos) la independencia judicial que derivaría de ello implicaría un activismo judicial, que se traduce a su vez, en cierto arrojo en las decisiones que debe tomar en el control constitucional y en las relaciones con los otros poderes.

Dado que estos autores ponen énfasis y la legitimación de esta vertiente en la tutela de derechos humanos como último baluarte, la independencia judicial tendrá que ser caracterizada en estos marcos teóricos, como una ya de por sí exigencia que, demandará una mayor intervención en las decisiones colectivas.

Por otro lado, la independencia judicial en los autores que defienden la *objeción contramayoritaria* (con todas las diferencias y matices de unos y otros) como Bickel, Waldron o Lambert, indudablemente tendrá una connotación totalmente diferente a la anterior, puesto que una forma adecuada de entenderla (a la independencia judicial) estará en función de la restricción y autocontención de los jueces constitucionales sobre todo para no invadir esferas que corresponderán al ámbito mayoritario o parlamentario. La independencia así marcada denota un cierto derrotero muy distinto al señalado.

Incluso en aquella gama de autores que buscan de diversas formas conciliar el péndulo de la constitución y la democracia (desde Hart Ely, Nino, Gargarella, Salazar, Breyer o Ferreres) a pesar de esos esfuerzos, la independencia judicial tendrá muchos más variantes y matices, ya sea en favor de la decisión mayoritaria parlamentaria o en menor medida en favor de una tutela efectiva de derechos según corresponda de la situación específica de que se trate.

Me parece que en la medida que los estudios sobre independencia judicial puedan enriquecerse con más perspectivas (como el que aquí pretende abordarse) de mejor manera se podrá, desde la academia, entender, guiar y establecer propuestas de actuación no sólo teóricas sino pragmáticas para el poder judicial, pero también para aquellos entes del Estado u órganos constitucionalmente autónomos, que derivado de su función, la independencia tenga un valor crucial.

De esta forma, reducir el estudio de la independencia judicial a solo observar desde la ética como cierto comportamiento de determinados jueces (constitucionales o no) redundaría en una forma parcial de analizar este fenómeno, el cual no sólo importa a la abogacía o el derecho constitucional, sino a las ciencias sociales, la prensa y en general a todo público.

Este trabajo pretende buscar ciertas líneas que permitan continuar con lo aquí presentado con el objeto de amalgamar ciertos postulados del constitucionalismo y la práctica real, dado que no deben estar disociadas. Esto eventualmente puede redundar en lograr nuestra propia teoría constitucional que explique nuestros propios problemas pues como pudimos observar, buena parte del debate expuesto proviene de realidades constitucionales determinadas.<sup>198</sup>

Lo anterior cobra especial relevancia en un México que se caracteriza por un partido y un presidente del país con una enorme y clara popularidad que a veces estarán dispuestos a cuestionar, derivado de esa legitimidad democrática, los contornos que marca la constitución. En esa tesitura, la reforma electoral (o *plan B*, como también así se le conoce) puede ser uno de los episodios que nos pueden ayudar a entender la tensión presentada a lo largo de este texto: la decisión mayoritaria frente a los frenos que el control constitucional representa nuestra Suprema Corte, pero también otros entes del Estado mexicano como el INE o el Tribunal Electoral. Este texto pretende colaborar en encontrar cierta guía que nos ayude a crear un criterio incipiente pero propio de análisis constitucional para abordar desde una perspectiva teórica-práctica este tipo de problemas y deliberaciones democráticas.

Desde una visión personal, debemos abandonar el planteamiento en términos de dilema, es decir, dejar a un lado, la disyuntiva entre quién y porqué tendría mayor legitimidad, si el legislador-parlamento o los jueces constitucionales. En uno y otro caso, vemos que ha habido aportaciones y razones que dan legitimidad al poder ejercido por ambos y de igual forma, terribles retrocesos. Deberíamos entender que más allá de la legitimidad que uno y otro pueden alegar, lo importante es que, en algunas ocasiones, la deliberación colectiva puede servir para alcanzar los compromisos sociales requeridos y suscritos en una constitución, y en otras, la participación de los tribunales cons-

---

198 Esto lo decimos porque profesores como Owen Fiss advierten en sus estudios que, el análisis constitucional realizado parte de la realidad norteamericana. Fiss, Owen, *Una guerra sin igual. La Constitución en tiempos del terrorismo*, Marcial Pons, Madrid, 277 pp.

titucionales tendrán que intervenir. En todo caso, debemos asimilar que el conflicto en sí, a la forma mexicana, debe formar parte de ese postulado teórico.

Una línea de investigación que tenga esas pretensiones, aunado a la comprensión de nuestros propios problemas constitucionales, nacionales y latinoamericanos, nos ayudara a tener una mejor teoría que a su vez coadyuve al entendimiento de la lógica de nuestra democracia. Así, al mismo tiempo, este breve texto pretende establecer un primer peldaño de un marco teórico constitucional más amplio que se preocupe por observar, entender y proponer mejoras a nuestra democracia constitucional.

