



DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

COLECCIÓN DIRIGIDA POR
José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez

34

INSTITUCIONES, LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO

EN EL MÉXICO DE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

Gustavo Fondevila
Compilador



PARTE II:

LEGISLACIÓN, CONSTITUCIÓN Y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: El inicio de un largo camino.	167
<i>Christian Courtis</i>	
El censor de la democracia. Problemas de legitimidad de la justicia constitucional en América Latina.	201
<i>Agustín Ferraro</i>	
BIBLIOGRAFÍA	247
Inercias, intereses y miedo a la ciudadanía: Suprema Corte de Justicia, libertades y derechos	251
<i>Karina Ansolabehere</i>	
BIBLIOGRAFÍA	285

PARTE III:

PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SEGURIDAD PÚBLICA

Participación ciudadana y policía en México.	295
<i>Sigríd Arzt</i>	
La política pública del gobierno del Distrito Federal en materia de seguridad y protección a los derechos humanos. ..	317
<i>Carlos Ríos Espinosa</i>	
Rol del Fiscal o Ministerio Público en la persecución penal: derechos de la víctima, el imputado y la sociedad. Tendencias en las reformas procesales latinoamericanas	333
<i>Jan Perlin</i>	

PARTE IV:

EDUCACIÓN, CULTURA DE LA LEGALIDAD Y CIUDADANÍA

Cultura de la legalidad e instituciones democráticas	361
<i>Miguel Sarre y Jorge García Azaola</i>	
La educación cívica en las escuelas.	395
<i>Nancy Cardinaux</i>	
Argumentación jurídica y ética judicial.	437
<i>Roberto Lara Chagoyán</i>	
BIBLIOGRAFÍA	455
Ciudadanía y desobediencia civil.	457
<i>Gustavo Fondevila</i>	
COLABORADORES	473

EL CENSOR DE LA DEMOCRACIA. PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

Agustín Ferraro

Esta Constitución... habrá de ser la suprema ley del país; y los jueces en cada Estado estarán sujetos a ella.

Constitución de los EE.UU. de América, VI § 2

INTRODUCCIÓN

El famoso párrafo segundo del artículo sexto de la Constitución de los EE.UU. sienta las bases para el desarrollo en este país de la "revisión judicial" (*judicial review*) de los actos legislativos. La primera sentencia que aplica el principio es la de la Suprema Corte en el caso "Marbury vs. Madison", de 1803, donde el Juez Marshall declara que los tribunales pueden establecer la inconstitucionalidad de una ley estatal o federal y, con esto, considerarla inválida e inaplicable al caso.

Hasta la mitad del siglo XIX, la idea de que los jueces controlen la compatibilidad de los actos legislativos con la Constitución Política del país solamente se conocía en los EE.UU. Comienza entonces a difundirse en América Latina, con un primer antecedente en la Cons-

titudin de México de 1847, que atribuye a los tribunales federales el deber de "proteger" los derechos y libertades enumerados en la Constitución, contra cualquier acción de los poderes Ejecutivo y Legislativo de los estados o de la federación. Poco tiempo después, la Constitución de México de 1857 mantiene la figura del control judicial de la legislación e introduce una creación única y original, el *juicio de amparo*, que permite no solamente someter a prueba ante un tribunal la constitucionalidad de una ley, sino la de cualquier acto de las autoridades públicas. La creación mexicana del "honorable instituto jurídico del amparo", como fuera denominado en la doctrina alemana por Hofmann (cit. en Lösing 2000, 223), tuvo pronto difusión en toda América Latina y se convierte en una de las figuras características de la protección judicial de derechos constitucionales en la región.

Otro antecedente importante de la revisión judicial de actos legislativos se desarrolla en Argentina. La Constitución de este país de 1853, todavía vigente en la actualidad, define en su artículo 31 el principio de supremacía constitucional, pero sin incluir una atribución expresa de control constitucional a la corte suprema o a otros tribunales (esto es también así en el texto de la constitución de los EE.UU). La revisión constitucional de las leyes se desarrolla, entonces, como una creación de los jueces ("pretoriaña"), desde el caso *Sojo* de 1887, donde la Corte Suprema declara por primera vez la inconstitucionalidad de una ley federal y establece con carácter general el principio de revisión judicial de la legislación.

También en Colombia se establece, por la ley 57 de 1887, el principio de supremacía de la Constitución y su control por parte de los tribunales. Dicho principio se incorpora a la constitución del país con las reformas de 1910.

La Constitución de Brasil de 1891 establece, por su parte, la competencia de los tribunales federales y, en última instancia, del Tribunal Supremo Federal, para declarar la inconstitucionalidad de leyes federales y locales, así como de los actos de los gobiernos en el nivel local (procedimiento de amparo).

Una mención aparte merece la Constitución de Venezuela de 1858, que introduce por primera vez en América Latina el así llamado "método concentrado" de control de constitucionalidad. El método

concentrado se caracteriza por conferir a un *organismo estatal único* la competencia para juzgar la constitucionalidad de normas u actos de los poderes públicos. Se diferencia así del método de control de constitucionalidad del que hablábamos hasta ahora, utilizado por primera vez en los EE.UU. de América, que confiere dicha facultad o competencia a todos los tribunales federales (aun cuando una corte o tribunal supremo la ejerza en última instancia) y se denomina *difuso*.

La Constitución de Venezuela de 1858 atribuye a la Corte Suprema de Justicia competencia *exclusiva* para decidir, en casos iniciados por *acción popular*, es decir, a petición de cualquier ciudadano, la inconstitucionalidad de los actos de las legislaturas provinciales. A partir de la Constitución de 1893, esa atribución de la Corte Suprema se extiende a casos de acción popular contra todas las leyes, decretos y resoluciones dictadas por los poderes públicos. La acción popular de inconstitucionalidad tiene otro antecedente importante en la reforma constitucional de Colombia de 1910, que introduce dicha figura en el texto constitucional, respecto tanto a leyes como decretos, y consagra a la Corte Suprema de Justicia, además, como "guardián de la integridad de la Constitución".

A partir de los antecedentes expuestos, la justicia constitucional se extiende por prácticamente todos los países de América Latina, en especial durante el siglo xx, una tendencia que termina de consolidarse con el proceso de (re) democratización en los últimos veinte años. A la fecha, como indica Brewer-Carías (1997, 158), la región cuenta con un sistema de control de constitucionalidad de las leyes "de los más completos y a la vez variados del mundo contemporáneo." Cabe indicar que, mientras algunos países se inclinan por un método concentrado de control constitucional, tales como Panamá, Uruguay, Honduras, Costa Rica, Paraguay, Chile, otros establecen de forma combinada el método concentrado y el difuso, como son los casos de Colombia, El Salvador, Venezuela, Guatemala, Brasil, México, Perú, Ecuador y Bolivia. Argentina conserva, por su parte, un sistema de control predominantemente difuso, si bien la figura del "recurso extraordinario" –para impugnar leyes o actos federales o locales que entran en conflicto con la Constitución– se concentra en

la Corte Suprema de Justicia, con lo que el sistema argentino también tiene afinidad con los casos mixtos.

1. CRÍTICOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. ESTADOS UNIDOS

Existieron, por cierto, críticos del modelo de “frenos y contrapesos” de la Constitución de los EE.UU. de América, ya desde los mismos debates constitucionales en dicho país a fines del siglo XVIII. La tradición del pensamiento radical, representada entre otros por Paine y Jefferson, se había mostrado bastante escéptica frente a instituciones que debían controlar la voluntad mayoritaria de los ciudadanos, tales como el Senado y la Corte Suprema (ver Gargarella 1996, pp. 210 y ss.).

En tiempos más recientes, sin embargo, el debate se reanudó por iniciativa de Alexander Bickel. En su famoso trabajo *The Least Dangerous Branch*, de 1962, desarrolla este autor una tesis relativa a los problemas de legitimidad democrática del control constitucional. En opinión de Bickel, la revisión judicial de las leyes supone que los jueces tengan el poder no solamente de aplicar, sino también de dar forma y contenido a la Constitución, mediante sus interpretaciones. Y todo esto pueden utilizarlo en contra de la voluntad de la mayoría en el Congreso, que ha sido elegida por los ciudadanos, cuando los jueces declaran inaplicable al caso una ley creada por aquél. En este sentido, la revisión judicial no es del todo compatible con la idea de la democracia, lo que representa la “dificultad contramayoritaria” de la institución. En otras palabras, un organismo conformado por un pequeño grupo de especialistas, elegidos para el cargo por su competencia profesional (no por elección popular), han adquirido la facultad de revertir e invalidar las decisiones tomadas por los representantes de la mayoría de los ciudadanos. Dicha facultad ni siquiera es atribuida expresamente por la Constitución a los jueces, son éstos mismos los que han interpretado que la tienen.

La obra de Bickel tuvo en muy poco tiempo una extraordinaria repercusión, no solamente en los EE.UU., aunque es sobre todo en este país donde la tesis relativa a la dificultad contramayoritaria de

la justicia constitucional se instala en los debates académicos y se convierte en una noción básica de la enseñanza y práctica del derecho constitucional. La crítica al control judicial de la constitucionalidad de los actos legislativos ha sido continuada y profundizada por muchos otros autores después de Bickel, entre los que cabe mencionar a Bruce Ackerman y John Ely.

Para Ackerman (1991), en una democracia debe ser el pueblo quien decide las cuestiones fundamentales de su organización política, como son las cuestiones relativas a la Constitución, y no un cuerpo de élite como la Corte Suprema o el propio Poder Judicial en su conjunto. Ackerman, con todo, distingue dos tipos de decisiones que el pueblo puede tomar en una democracia. En primer lugar, las decisiones que llama *superiores* o *constitucionales*, las que suponen una movilización previa y amplio debate por parte de los ciudadanos, como al momento de dictarse una constitución en condiciones ideales (en la realidad política, muchas veces se han dictado constituciones con muy escasa participación popular, un hecho frecuente en América Latina). Este tipo de decisiones, que son poco comunes, pueden expresarse en leyes, vale decir que no requieren su incorporación formal al texto de la Constitución para poder ser calificadas como *constitucionales*. A modo de ejemplo de decisiones constitucionales, Ackerman propone, entre otros, la incorporación de la idea de “activismo estatal” en el conjunto de los principios fundamentales de organización política en los EE.UU., que fue un resultado del *New Deal* y que viene a substituir a la doctrina del *laissez faire*, la que hasta entonces era tenida por la Corte Suprema de este país como un principio de nivel constitucional, aunque ninguno de ambos principios fue mencionado jamás en el texto constitucional (Ackerman 1991, pp. 47-57). Dicha transformación política tan fundamental, en los EE.UU., fue el resultado de un largo proceso que tuvo como protagonista principal una amplia movilización ciudadana, acompañada de extensos debates sobre las bases de la vida colectiva, la solidaridad social y el rol del Estado en la economía.

El segundo tipo de decisiones es más corriente, son las que los ciudadanos toman a través de sus representantes y se formulan como leyes, sin que se produzca a su respecto un amplio debate y movilización popular previos. Ahora bien, es admisible, para Ackerman, que

un juez invalide una de estas decisiones corrientes, porque ella resulta contraria a una decisión de nivel constitucional, aunque la última no se encuentre formalmente incorporada al texto de la Constitución Política. Lo que es inadmisibles, en cambio, es que los jueces pretendan invalidar una decisión de la legislatura, cuando ésta expresa un amplio consenso y movilización de un grupo mayoritario de ciudadanos, a partir del argumento de que dicha decisión contradice el texto constitucional originario o más bien el modo en que los jueces lo interpretan. Si los jueces pretendiesen arrogarse esta facultad, actuarían para Ackerman del modo "contramayoritario" postulado por Bickel, es decir, antidemocrático. En síntesis, para Ackerman, es importante destacar que ciertas decisiones legislativas tienen un carácter fundamental o constitucional, porque expresan un amplio consenso y movilización pública, con independencia del formalismo constitucional con que se pretende, muchas veces, justificar el rol elitista de los tribunales constitucionales.

John Ely (1980) adopta, en cambio, una posición bastante más restrictiva que la de Ackerman respecto al rol legítimo que le corresponde a la Corte Suprema. Para Ely, deben distinguirse dos aspectos principales de la Constitución, sus valores sustantivos, por un lado, y los procedimientos de participación en el gobierno representativo, por otro lado. Lo que resulta criticable de la Corte Suprema, entonces, es que pretenda formular valores sustantivos de la vida política, a partir de su interpretación del texto constitucional. Dichos valores deben surgir, en una democracia, del proceso político mismo, con la más amplia participación de los ciudadanos. La Corte Suprema debe, por tanto, prescindir de todo intento de imponer su interpretación relativa a valores fundamentales.

El rol legítimo de la Corte Suprema, en cambio, consiste en actuar como un "árbitro" de los procedimientos de participación política, de modo de mantener éstos tan abiertos como sea posible, concediendo especial protección a las minorías. La Corte Suprema debe contribuir así a reforzar los mecanismos de representación y, sobre todo, mantenerse alerta para asegurar que los procesos de participación política tengan en cuenta los intereses de todos aquellos afectados por las decisiones que toman los organismos democráticos. En verdad, señala Ely (1980, p. 92), la Constitución de los EE.UU. de América

fue concebida con este propósito principal: preservar determinados procesos y estructuras de decisión política, pero no identificar y defender valores sustantivos específicos.

El rol "procedimental" de la Corte Suprema queda ejemplificado de la mejor manera, de acuerdo con este autor, durante el período de la así llamada "Corte Warren", que corresponde a los años (1953-1969) en que Earl Warren fue su presidente (*Chief Justice*). La Corte Suprema de los EE.UU. desarrolló durante este período una actitud sin duda "intervencionista", con numerosas decisiones que tuvieron trascendentes consecuencias para la vida política e incluso social de los EE.UU. de América. Pero este intervencionismo de la Corte Warren no estaba animado por el deseo de reivindicar valores sustantivos que los jueces supusieran importantes o "fundamentales", sino por la intención de asegurar que el proceso político se mantuviera abierto para todos los posibles puntos de vista, en condiciones de igualdad. En este sentido, la Corte Warren puso especial atención en asegurar el tratamiento igualitario de aquellos a los que les toca, tradicionalmente, ser los "desiguales" de la sociedad: las minorías raciales, los extranjeros y los pobres (Ely 1980, p. 74).

No sería equitativo para las partes en el debate, así como para la cabal comprensión de éste, concluir esta sección sin hacer referencia a una de las más sólidas y elegantes argumentaciones presentadas *en favor* de la imposición de controles externos al proceso democrático, por parte del quizás más prestigioso defensor del rol sustantivo de la Corte Suprema de los EE.UU., Ronald Dworkin. Para este autor, en efecto, la Corte Suprema debe actuar como control y garante de lo que él denomina "principios de moralidad política", contenidos en el texto constitucional.

En su trabajo *El derecho de la libertad*, desarrolla Dworkin (1996) una argumentación especialmente interesante puesto que, sin hacer una alusión directa a Bruce Ackerman, parte de presupuestos y distinciones conceptuales visiblemente similares a los defendidos por este otro autor, *pero para llegar a conclusiones opuestas*. Dworkin comienza su argumento proponiendo una clasificación entre dos tipos de decisiones que pueden tomarse a través del proceso democrático, cuyas analogías con la de Ackerman son evidentes. Por un lado, el proceso democrático puede ser empleado, de acuerdo con Dworkin,

para tomar decisiones que afectan a los intereses de la comunidad en su conjunto, y en donde lo que un grupo de ciudadanos puede ganar viene a contraponerse con las pérdidas que otro grupo va a sufrir. En estos casos, es deseable que las controversias políticas correspondientes sean decididas por las legislaturas u otros funcionarios electivos, de modo que la decisión resulte, probablemente, determinada por lo que la mayoría de la gente quiere. Existen otro tipo de decisiones, sin embargo, que atañen a “cuestiones de principio”, en opinión de Dworkin, donde la comunidad debe decidir, por ejemplo, si es que los negros tienen un derecho constitucional a ser protegidos de la discriminación, si los ateos deben ser protegidos de la presencia de rituales religiosos en las escuelas públicas, o si las mujeres embarazadas, finalmente, deben ser protegidas de las opiniones que otros tienen respecto a la santidad de la vida. En este tipo de casos, sostiene Dworkin, es importante que el público participe de la decisión, no porque la comunidad deba inclinarse por la opinión que la mayor parte de la gente sostiene, sino porque su propio respeto de sí mismos exige que los ciudadanos participen, como socios en una común empresa, del argumento moral relativo a las reglas bajo las cuales viven.

Ambos tipos de decisiones, descritos por Dworkin, tienen un visible paralelo con las decisiones “corrientes”, por un lado, y las decisiones “superiores” o “constitucionales”, por otro lado, de las que hablaba Ackerman. Incluso, Dworkin coincide con éste en que la *participación* de los ciudadanos en el segundo tipo de decisiones es sumamente importante. Pero aquí es que la argumentación de Dworkin se aparta de Ackerman, de manera un poco sorprendente, pero sin duda plausible. Para Dworkin, la participación de los ciudadanos en una argumentación de tipo moral, como corresponde para el segundo tipo de cuestiones, resulta *más intensa y de mejor calidad si la decisión la toma, finalmente, un cuerpo de élite como la Corte Suprema*. Pues el debate público que precede a las decisiones legislativas o a decisiones populares del tipo de un referéndum rara vez resulta, de acuerdo con Dworkin, de gran elevación. En muchas ocasiones, como por ejemplo en los debates acerca del control de armas de fuego en EE.UU., el proceso político está dominado por alianzas formadas en torno a este asunto excluyente, que usan las

conocidas técnicas de los grupos de presión, de modo de sobornar o extorsionar a los legisladores para que voten según las preferencias de ese grupo. Un “gran debate” ni siquiera llega a iniciarse. La política ordinaria, agrega Dworkin (1996, p. 344), generalmente apunta a obtener un compromiso que le dé a todos los grupos poderosos aquello que quieren, para evitar su descontento. La argumentación razonada, explorando principios morales subyacentes, rara vez es parte, o aún compatible, con tales compromisos.

En cambio, cuando la cuestión va a ser decidida por los tribunales, aplicando principios constitucionales, la calidad del argumento público mejora, sostiene Dworkin, puesto que el debate se concentra desde el principio en cuestiones de moralidad política. Cuando un asunto constitucional es decidido por la Suprema Corte, y es de importancia tal que puede preverse que otras decisiones futuras volverán a tratarlo, de modo que la decisión original será confirmada, modificada, o incluso revertida, *se inicia un debate nacional continuo*, en los diarios y otros medios de comunicación, en las facultades de derecho y en los colegios, en actos políticos tanto como en la vida privada de los ciudadanos. Este debate, paradójicamente, resulta para Dworkin más cercano a un *ideal republicano de participación*, en su énfasis respecto a cuestiones de principio, que prácticamente todo lo que el proceso legislativo pueda producir por sí mismo (Dworkin 1996, p. 345).

La posición de Dworkin, como queda dicho, no carece de plausibilidad. Con todo, para aceptar sus razones es necesario compartir un criterio de participación política que, por así decirlo, tiene un carácter parcialmente “virtual”. Pues los ciudadanos no participan plenamente, en su modelo, de la toma de decisiones en los asuntos más trascendentes de la vida pública, *sino solamente del debate que las precede o que les sigue*. Sin embargo, participar del debate, pero no de la decisión, tiene algo de insatisfactorio, como una cierta disminución de los derechos políticos plenos. Dworkin, de alguna manera, viene a proponer un modelo de ciudadano con voz pero sin voto. Los derechos constitucionales, como se ha sostenido en la discusión alemana sobre este mismo asunto, han dejado de ser así garantías de una libertad política activa, para pasar a convertirse en el justificati-

vo de su restricción. En la próxima sección veremos en detalle cómo se ha desarrollado este debate en Alemania.

2. CRÍTICOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. ALEMANIA

El debate sobre la deficiente legitimidad democrática de la justicia constitucional se desarrolla con particular intensidad, en los medios académicos alemanes, a partir de principios de los 90. Sin embargo, un antecedente de gran interés se había producido en este país mucho antes, en ocasión de la famosa polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, que tiene lugar en 1931 y uno de cuyos temas principales es el que nos ocupa. Como veremos, los términos de dicha polémica habrían de influir de manera decisiva sobre el debate alemán respecto a la justicia constitucional, prácticamente hasta nuestros días.

Hans Kelsen, a quien se ha llamado “el jurista del siglo”, fue autor del proyecto de constitución sancionado en Austria en 1921. Dicha Constitución establece, por primera vez en Europa, un tribunal constitucional. De ascendencia judía, Kelsen no solamente era el creador de un célebre enfoque metodológico de la ciencia jurídica, conocido como “teoría pura del derecho”, sino también uno de los principales juristas de orientación política liberal y partidario decidido de la democracia, que publicaban en idioma alemán en aquellos años. Una posición que, sin lugar a dudas, implicaba un grave riesgo personal en un contexto social y político donde se estaba gestando la barbarie del nacionalsocialismo. Carl Schmitt, ya en aquella época una personalidad influyente en los medios académicos, se destacaba por su oposición al pensamiento democrático liberal y terminaría por convertirse en el así llamado “jurista de la corona” (*Kronjurist*) del régimen de Adolf Hitler. Hasta el día de hoy, sin embargo, Schmitt constituye una importante referencia intelectual en el ambiente de la filosofía jurídica y política. Su obra, en cierto sentido —muy discutido— “trasciende” al nazismo de su filiación política y muchos de sus admiradores no se identifican en absoluto con esta última parte de su

pensamiento. Un caso de muchas analogías con el de Heidegger en el terreno de la filosofía teórica.

Hacia 1931, Hans Kelsen se desempeñaba como Profesor en la Universidad de Colonia. Los partidarios de la creación de un tribunal constitucional, en Alemania, se contaban entre los defensores de la frágil democracia de Weimar y buscaban dotar a ésta de mecanismos institucionales que le permitieran resistir a los intentos desestabilizadores de la derecha fascista. En este contexto Schmitt, colega más joven de Kelsen, a quien éste había favorecido en el pasado con recomendaciones que le habían permitido alcanzar sus primeras posiciones académicas, publica un ataque bastante violento contra la noción de una justicia constitucional, no exento de insultos personales hacia el creador de la teoría pura del derecho.¹

Dicho de manera resumida, el argumento central de Schmitt (1931) es que las competencias de un “defensor de la constitución” (*Hüter der Verfassung*) deben ser confiadas al presidente del imperio (*Reichspräsident*), es decir, a la máxima autoridad ejecutiva, pues dicha tarea representa una actividad política, pero no judicial. En otras palabras, para Schmitt les corresponde a los tribunales la administración de justicia, pero la defensa de la Constitución, que es una actividad política, debe realizarla un órgano también político, como el Poder Ejecutivo. Demás está decir que esta concepción de Schmitt no solamente no contribuye a la estabilidad del sistema democrático y a preservar la Constitución, sino que apoya de manera decidida la concentración de autoridad que iba a permitir a Hitler, finalmente, hacerse con el poder absoluto.

Independientemente de estos efectos políticos que la doctrina de Schmitt iba a tener y que, con toda seguridad, también eran parte de la intención en su formulación, la argumentación es, en realidad, muy poco sólida. Para mostrar esto le basta a Kelsen señalar que la separación taxativa entre justicia y política no es sino una ficción, una

¹ Sin aportar verdaderamente argumentos contra el pensamiento de Kelsen, Schmitt se limita a denostarlo como “intelectualmente vacío” (*Gedankenlos*), anticipando lo que sería el principal eje de ataque de los juristas nazis en contra de aquél: proclamar su formalismo conceptual como una falta de atención a las realidades históricas y sociales del pueblo (del pueblo alemán).

mitología que el pensamiento jurídico ha abandonado ya hace tiempo. Por cierto que la justicia constitucional tiene un carácter eminentemente político, agrega Kelsen, pero esto no dice todavía nada sobre la conveniencia que puede tener atribuir dicha tarea a un organismo colegiado de funcionarios independientes, como son los jueces. Lo que Schmitt propone es una mera distinción terminológica, que no aporta nada a la cuestión.

Para poder sostener que la justicia no pertenece al orden de la política, Schmitt presenta, por otra parte, una concepción de la actividad del juez según la cual éste se limita a aplicar las decisiones que ya están contenidas en las leyes. Si bien Schmitt, en otro pasaje, admite que en toda sentencia hay un elemento de "decisión", es decir, que el juez no es un mero autómatas, no saca de esto la conclusión evidente, a saber, que la actividad del juez también es un ejercicio del poder y, en este sentido, tan política como la de otros órganos del Estado. Finalmente, Schmitt declara que no es conveniente confiar a los jueces el control de la constitucionalidad de las leyes porque, de esta forma, la justicia se vería expuesta a una "politicización". Como señala Kelsen, el mito de la supuesta "neutralidad técnica" de la tarea judicial le sirve así a Schmitt para restringir el poder de los jueces y ampliar, en cambio, las facultades del ejecutivo. Pero es absurdo pensar que esta concepción se siga de un mero análisis sobre la "naturaleza" de la función judicial. Schmitt sostiene una concepción política, aunque la disfraza de investigación sobre las distintas "funciones esenciales" de los órganos del Estado.

Ahora bien, si se pasa a considerar las ideas de Schmitt como una propuesta política, a Kelsen le parecen también poco prudentes y deficientemente fundadas. Schmitt sostiene que el presidente, al ser elegido directamente por el pueblo, representa la "totalidad", lo que lo coloca por encima de los partidos, y de aquí resulta la conveniencia de confiarle a este funcionario el control de la Constitución. Sin embargo, señala Kelsen, al presidente no lo elige la "totalidad", sino una mayoría políticamente conformada, y por esto, resultaría *contrario a la experiencia considerar que el presidente pueda tener un rol políticamente neutral*. A decir verdad, es justamente del Poder Ejecutivo que vienen las mayores amenazas contra la estabilidad constitucional, algo que, indica Kelsen, muestra la propia experiencia de

Austria luego de haberse aprobado la Constitución que él había diseñado (Kelsen 1931, pp. 622-623). Además está decir que esa experiencia iba a confirmarse, sobradamente, con la llegada al poder de Hitler. Pero ya en 1931 podía preverse que una propuesta institucional como la de Schmitt más bien debilitaba la Constitución antes que fortalecerla, al confiar su defensa a quien más interés tendría en violarla.

Ahora bien, la preferencia de Kelsen por un tribunal constitucional independiente de ninguna manera significa que él apoyara un rol "sustantivo" para la justicia constitucional, usando la terminología de Ely. Vale aclarar, por cierto, que Kelsen se anticipa en gran medida a la oposición entre roles "procedimentales" y "sustantivos", que habría de consagrar Ely y que, al fin y al cabo, forma un elemento básico del pensamiento jurídico. Kelsen defiende, con gran claridad, un papel *restrictivo* para la justicia constitucional, que jamás se oponga a mayorías parlamentarias en el proceso legislativo, tanto a través de una serie de afirmaciones durante su polémica con Schmitt, como del propio diseño de la Constitución de Austria de 1920.

Kelsen considera que una ley puede contradecir la Constitución de dos maneras: ya sea porque no ha sido creada de acuerdo con el *procedimiento* prescrito por ella, o bien porque su *contenido* no está permitido de acuerdo con el texto constitucional. Si bien Kelsen considera que dicha distinción puede resolverse enteramente en cuestiones procedimentales, reconoce que la misma vale en principio. Ahora bien, el segundo tipo de casos, en donde una ley choca en su *contenido* con la Constitución, ocurre cuando las leyes contravienen principios relativos a los derechos fundamentales, consagrados por muchas constituciones en una declaración solemne. Justamente, la formulación de tales principios en los textos constitucionales le parece a Kelsen criticable, porque tiende a conceder demasiado margen de discreción (*Spielraum freien Ermessens*) a los tribunales constitucionales, especialmente cuando se usan expresiones vagas en el texto constitucional, tales como "libertad", "igualdad", "justicia", etc. En estos casos, se corre el peligro de que se produzca un "desplazamiento de poderes, políticamente muy poco conveniente" (Kelsen 1931, p. 596), desde el parlamento a una instancia externa, la que puede ser expresión de fuerzas políticas muy distintas de las que predominan en el parlamento, cuando estas últimas son las que verdade-

ramente representan las opiniones de los ciudadanos. Para Kelsen, en otras palabras, es preferible evitar conceder a los tribunales constitucionales todo tipo de jurisdicción *sustantiva* sobre las leyes, de modo que aquéllos limiten su papel a verificar que las leyes han sido sancionadas de acuerdo al procedimiento constitucional. También le parece a Kelsen importante, además, asegurarse el carácter democrático de la elección de los jueces constitucionales, esto es, que no predominen en dicha elección tan sólo criterios supuestamente “técnicos”, de modo de evitar conceder un gran poder político a la “aristocracia de la toga” (Kelsen 1931, p. 622).

En coincidencia con estas ideas de Kelsen, la Constitución austríaca de 1920 crea un tribunal constitucional *pero prescindido por completo* de una declaración de derechos y garantías. La idea de una justicia constitucional *sustantiva*, como se ve, queda fuera de la cuestión en dicho diseño institucional. Y en cuanto al carácter democrático de la elección de los miembros del tribunal, la Constitución de Austria de 1920 establece que éstos son elegidos por el parlamento, a medias entre el Senado (*Bundesrat*) y la Cámara de Diputados (*Nationalrat*), pero que las autoridades del tribunal las elige únicamente la cámara popular. Ya en 1929, esta radical *democratización* de la justicia constitucional, introducida por Kelsen, iba a ser revertida debido a la creciente preponderancia política de los conservadores, que logran establecer la elección de los miembros del tribunal constitucional a propuesta del presidente (¡una solución claramente afín a las ideas de Schmitt!), con requisitos de carácter jurídico-profesional para los candidatos (principio de la aristocracia de toga, que Kelsen también, como queda dicho, rechazaba).

Es bien sabido que Alemania llegaría a tener su tribunal constitucional, por fin, a partir de 1951, cuando el país iniciaba un profundo proceso de democratización. Las ideas de Kelsen triunfaban, pero no, como veremos, sin algunas paradojas. Pues el tribunal constitucional alemán iba a convertirse, luego de algún tiempo, no solamente en uno de los más poderosos de cualquier régimen constitucional, sino en un tribunal cuya misión se dirige *principalmente* al control sustantivo de la legislación.

Con todo, diversos factores contribuyen a que las críticas al rol sustantivo de la justicia constitucional, en Alemania, se conviertan

en una verdadera corriente académica solamente desde principios de la década de 1990. Cuando el tribunal comienza a funcionar, en 1951, la democracia alemana todavía se consideraba frágil y amenazada. El tribunal constitucional realiza, entonces, un aporte decisivo a la consolidación democrática, que lo enfrenta en más de una ocasión con los poderes políticos. Un caso histórico fue la ocasión en que dictamina, valientemente, la inconstitucionalidad del proyecto legislativo presentado por el ejecutivo de Adenauer, mediante el cual éste hubiera podido erigir una cadena televisiva que, bajo la apariencia del régimen comercial, habría terminado por conferirle un instrumento semi-estatal para influir sobre la opinión pública. Un caso en el que el tribunal, dicho sea de paso, actúa en un rol enteramente *procedimental*, preservando la pluralidad de opiniones en el proceso político.

Durante la segunda mitad de la década de los 60 se genera un gran movimiento crítico del funcionamiento de la democracia alemana, pero con la tendencia a cuestionar todas las instituciones del Estado, debido, entre otras cosas, a su deficiente vinculación con mecanismos democráticos de tipo participatorio, sin detenerse especialmente en el tribunal constitucional. Al contrario, la denominación de este movimiento cultural y político como “oposición extra-parlamentaria” (*APO –Außerparlamentarische Opposition*) revela que su atención crítica principal se dirigía al parlamento. La misma tendencia se refleja en ambientes académicos liberales, donde dicho movimiento ejerció una importante influencia y fue una fuente de inspiración para nuevas teorizaciones sobre el proceso político democrático.

Ahora bien, desde mediados de la década de los 70, el tribunal constitucional alemán comienza ya a ser observado con cierta desconfianza en los círculos académicos liberales. Durante el gobierno socialista de Helmut Schmidt, el tribunal orienta su actividad hacia el control sustantivo, desde posiciones ideológicamente conservadoras, de la legislación progresista propuesta por el gobierno. Es el caso de la sentencia sobre interrupciones del embarazo de 1975, que declara nula una reforma del Código Penal dispuesta por el parlamento, la que disponía la no punibilidad de las interrupciones del embarazo durante sus primeros tres meses. En opinión del tribunal constitucional, esta disposición no era acorde con el artículo de la Constitución

alemana referente a la dignidad de la vida humana, puesto que el Estado tiene la obligación de utilizar los medios del derecho penal en defensa de ese valor constitucional (BverfGE 39,1). En el subsiguiente escándalo público, la sentencia fue calificada en medios de prensa como “la encíclica de Karlsruhe” (ciudad donde tiene su sede el tribunal) y el propio tribunal como “el bufete de nuestro Señor Dios.” (cit. en Häußler 1994, p. 65) Por supuesto que en nada contribuyó a paliar esta ola de críticas el hecho de que el presidente del tribunal en aquella época, Ernst Benda, fuera miembro del consejo directivo de la Unión Demócrata Cristiana (CDU), durante cuyo anterior gobierno se había desempeñado como Ministro del Interior. La sospecha de que la oposición utilizaba al tribunal constitucional para imponer sus ideas y valores políticos, en contra de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos, resultaba así inevitable.

En su voto disidente a la sentencia sobre interrupción del embarazo, los jueces Rupp-v. Brünneck y Simon introducen un tipo de análisis constitucional que iba a tener importantes consecuencias en el debate posterior. Los jueces disidentes observan que, por primera vez en la historia de la justicia constitucional alemana, la mayoría del tribunal pretende derivar, a partir de un valor objetivo que ellos consideran está contenido en la Constitución, un deber para el legislador de sancionar normas penales, las que representan *la más grave intervención estatal* en el ámbito de libertad personal de los ciudadanos. Pero con esto, la función de los derechos fundamentales se convierte en exactamente lo contrario de lo que debería ser. Pues los derechos fundamentales se incorporan al texto constitucional *para proteger esa esfera de libertad de los ciudadanos ante posibles intervenciones del estado*. Con la nueva lectura, que hace la mayoría del tribunal, los derechos fundamentales pueden terminar por convertirse, al contrario, en el fundamento para imponer restricciones y barreras a esa misma esfera de libertad de los ciudadanos. *Pero el sentido de los derechos fundamentales no está en exigir la intervención de la fuerza coactiva del estado, sino en ponerle límites*. Así por ejemplo, señala el voto en disidencia, la Corte Suprema de los EE.UU. ha decidido que es la amenaza de sanciones contra las interrupciones del embarazo, que se realizan con consentimiento de la embarazada en los primeros tres meses de la gestación, la que cons-

tituye una violación de derechos fundamentales y una invasión inadmisibles del estado en la esfera de la libertad personal. La interpretación que hace la mayoría del tribunal alemán de los derechos fundamentales *arroja el resultado exactamente opuesto* y pretende obligar al Estado alemán a hacer aquello que la Corte Suprema de los EE.UU. considera es una violación de derechos básicos (BverfGE 39,1, pp. 73-74).

El proceso de distanciamiento y crítica, por parte de la comunidad académica liberal, respecto a la función del tribunal constitucional en la democracia alemana, culmina a principios de los 90. Se publican entonces una serie de importantes trabajos de teoría constitucional, como los de Böckenförde (1991), Denninger (1990), Grimm (1991) y Habermas (1992). Estas obras señalan la consolidación de una verdadera corriente teórica, con importantes consecuencias para los debates académicos sobre la democracia en dicho país.

La nueva corriente crítica constitucional representa la continuación y profundización teórica de votos en disidencia como el citado arriba, redactados por los jueces de orientación liberal del tribunal constitucional, Rupp von Brünneck, Simon y Hirsch, durante la época en que el tribunal llevaba a cabo una defensa cerrada de valores conservadores frente a la mayoría progresista de los ciudadanos. Del juez Hirsch proviene una famosa frase, que vale la pena citar. La ocasión fue su voto en disidencia a la sentencia del tribunal constitucional, cuya mayoría declaraba nula una disposición legislativa que admitía la declaración de objeción de conciencia como requisito suficiente para eximirse del servicio militar, y prestar en cambio servicio civil sustitutivo (*Erstztdienst*). Declara entonces Hirsch que el tribunal, al exigir del legislador que establezca un mecanismo para comprobar la veracidad de dichas declaraciones de objeción de conciencia, debido a la “significación” que el servicio militar tiene para la sociedad, abandona todo principio de auto-restricción y prudencia judicial y “se convierte de su defensor en el dueño incontrolable de la constitución” (BverfGE 48, 127, p. 201). Hay que notar que la expresión “el dueño incontrolable de la constitución” (*der unkontrollierbare Herr der Verfassung*), como indica el propio Hirsch, había sido originariamente acuñada por Böckenförde, pero es a partir de ser usa-

da por aquél que adquiere notoriedad pública y pasa a tener amplia difusión en el debate político.

Volviendo al debate académico, los autores mencionados más arriba analizan en perspectiva histórica el fenómeno de la inversión del paradigma constitucional liberal, estructurado a partir de la idea de derechos fundamentales, que deben proteger al ciudadano de la intervención arbitraria del Estado. Como vimos, dicha inversión había sido ya notada en los votos en disidencia del propio tribunal constitucional. Böckenförde, Grimm, Denninger y Habermas profundizan esta perspectiva desde diversos puntos de vista. En buena medida, todos coinciden en que el proceso de inversión de las antiguas libertades públicas ha sido una –inesperada– consecuencia negativa del desarrollo de un estado social, que ya no solamente asegura la protección jurídica del individuo, sino que también provee a su bienestar y seguridad. Los derechos fundamentales de la Constitución se convierten así en principios programáticos para el Estado, cuya legitimidad política viene a resultar dependiente del cumplimiento de tales objetivos. El derecho tiende a experimentar, así, una *materia- lización y remoralización*, pues la antigua separación positivista- liberal entre principios morales de la felicidad personal y reglas formales de protección jurídica queda parcialmente borrada. Para Denninger (1990), este proceso cultural e histórico hace posible el paso de una forma de dominio basada en la legalidad, como había analizado Max Weber, a una forma de dominio basada en la legitimidad sancionada por los jueces. Los jueces entienden su rol como la función de constatar que el Estado cumple con los programas de bienestar incorporados a la Constitución y, en caso positivo, certifican que el ejercicio del poder tiene fines legítimos.

El paso desde un estado fundado en la legislación parlamentaria hacia un estado fundado en la judicatura constitucional resulta para Böckenförde (1991) inevitable, a menos que se logre restituir una *visión liberal del derecho*. Este autor propone, por tanto, la vuelta al paradigma anterior, desvirtuado por el desarrollo del estado burocrático administrativo y su instrumento propio de legitimación, la justicia constitucional. La propuesta de Böckenförde fue objeto de una interesante crítica por parte de Habermas (1992), para quien las evidentes debilidades del paradigma jurídico del estado social no son

fundamento suficiente para reclamar la restauración del antiguo paradigma liberal. Habermas entiende que los principios jurídicos del estado social pueden ser objeto de una reinterpretación, que devuelva al sistema de derechos fundamentales su función de asegurar la participación política. Habermas se apoya, a este fin, en la obra del jurista americano Cass Sunstein, de quien proviene la idea de realizar una relectura de los principios del estado de derecho, bajo el signo del estado “regulatorio” posterior al *New Deal* (el estado social), que devuelva asimismo a aquéllos el objetivo principal de promover la deliberación democrática y la igualdad política (Habermas 1992, p. 308; Sunstein 1990, p. 171).

Ahora bien, según Habermas, para lograr una tal relectura de los principios del estado de derecho, es necesario, en primer lugar, que la doctrina de interpretación de la Constitución elaborada por el tribunal alemán sea abandonada. Pues el tribunal constitucional alemán no entiende a la Constitución de este país como un sistema de reglas estructurado por principios, al modo de los constitucionalistas en los EE.UU., sino que la considera, apoyado en cierta visión filosófica de la ética inspirada por autores como Max Scheler o Nicolai Hartman, como un “orden valorativo concreto” que está dado previamente a su formulación positiva en el texto constitucional. Esto deja al tribunal una enorme libertad interpretativa, pues los valores no son otra cosa que recomendaciones, que apuntan a la optimización de cierto bien jurídico. El tribunal puede decidir aquí, prácticamente sin ninguna restricción, cuáles normas positivas (de nivel constitucional o cualquier otro inferior) tienden en mayor medida a lograr la realización de ese bien. Con esto, la justicia constitucional se ha puesto en el lugar de un legislador alternativo. Más aún, prosigue Habermas lapidario, “el tribunal constitucional, en la medida en que se deja guiar por la idea de la realización de valores materiales dados previamente a la constitución, se convierte en una instancia autoritaria” (Habermas 1992, p. 315).

Un punto de inflexión en este debate está representado, finalmente, por la publicación, en 1994, de la obra de Ingeborg Maus *Para la ilustración de la teoría de la democracia (Zur Aufklärung der Demokratietheorie)*. Vamos a terminar la exposición de la corriente crítica de la justicia constitucional con esta autora, que ha llevado el

debate hasta su mayor nivel de profundidad en el plano del pensamiento político.

Maus profundiza y desarrolla la teoría crítica del derecho constitucional elaborada por los autores mencionados más arriba, para formular una completa revisión de la concepción actual de la práctica democrática. Dicho brevemente, para Maus nuestra época se caracteriza por una *regresión* en las concepciones democráticas, hacia la época anterior a la transformación que caracteriza a la modernidad, consagrada esta última en las obras de Rousseau y Kant. Dicha regresión parte de una teoría sustantiva de los valores constitucionales, como la expresa el tribunal constitucional alemán, pero esta teoría no es sino el indicio de una corriente intelectual regresiva mucho más profunda. En efecto, la concepción procedimental del proceso constitucional, que caracterizaba a los pensadores modernos, ha venido a ser sustituida, de manera general, por una concepción *material sustantiva de los valores democráticos*. Así es que las constituciones, en un proceso que afecta a todo Occidente y no solamente a Alemania, han dejado de ser entendidas como marcos procesales para fundar el derecho en la soberanía popular, a la manera de Kant y Rousseau, y se las concibe hoy en día como un conjunto de garantías de la esfera personal y de programas de bienestar.

Para Maus, esto significa que *vivimos en una época de contra-ilustración*. Los conceptos jurídicos sustantivos funcionan como medidas de la justicia y son utilizados al modo de categorías previas a la elaboración empírica de un consenso democrático, el cual se vuelve secundario y subordinado. Nuestra época ha vuelto, por tanto, al concepto de *legitimidad política que regía antes de Kant*. Para éste, las normas del derecho positivo ya no podían ser juzgadas como legítimas debido a su coincidencia con los contenidos de un derecho natural racional, sino por su surgimiento a partir de procesos en sí mismos racionales, esto es, democráticos. Durante el siglo xx, en cambio, la progresiva *materialización* del concepto del derecho lleva a dotar a éste de una verdadera *soberanía propia*, que le permite volverse autónomo respecto a los procesos democráticos. Es un mero síntoma de este proceso político-cultural el que los jueces constitucionales puedan dictaminar, mediante criterios expertos, sobre la justicia de las normas elaboradas democráticamente y reducir este

proceso de decisión a un plano secundario, de relativa irrelevancia. La tecnocracia de los juristas constitucionales tiene así, en la Constitución, una fuente de legitimidad para el Estado, independiente del pueblo, que queda reducido a sujeto creador de una constitución "originaria", cuya interpretación creativa está ahora en manos de expertos. La soberanía popular se agota así en el acto único de crear la Constitución; luego ésta ya puede ser administrada por el discurso técnico de los aparatos estatales (Maus 1994, p. 36). Maus, en síntesis, denuncia una cultura política que descrea de la posibilidad de establecer una *programación democrática* de los aparatos administrativos, a través de mecanismos de participación popular, y se limita, en cambio, a postular límites o restricciones normativas para la acción del estado, en la forma de catálogos de derechos elaborados por los especialistas en filosofía moral y jurídica. Claro está que esos catálogos de derechos, elaborados reflexivamente, hacen que los aparatos administrativos puedan ahora legitimarse sin recurrir a procedimientos democráticos o manteniendo éstos como una mera formalidad. La filosofía moral se coloca así en la misma posición que tenía en la Edad Media, como *garante de la justificación normativa del poder fáctico*. Para Maus, la teoría de la democracia ha sufrido durante el siglo xx, de manera parcialmente inadvertida, una *refeudalización*, que conspira contra la consolidación y extensión de formas de participación popular democráticas, puesto que los nuevos puntos de vista en la teoría jurídico-política, con un fundamento normativo suficiente en sí mismo, contemplan esos mecanismos participativos con inocultable desconfianza.

Para terminar la presente sección, vamos a considerar brevemente las posiciones de dos de los más prestigiosos defensores, en Alemania, del papel del tribunal constitucional como autoridad revisora de las leyes aprobadas por el parlamento, Peter Häberle y Robert Alexy.

Debe decirse, en primer lugar, que casi todos los partidarios de una justicia constitucional sustantiva, en Alemania, que hayan tenido una participación relevante en el debate, comparten una característica central: su tendencia a tomar muy en serio las críticas que se han formulado contra la labor de la corte constitucional de dicho país. Se trata de una característica que el debate alemán comparte con el es-

tadounidense, pero que en aquel caso se presenta todavía de manera más definida: los partidarios de la justicia constitucional no dejan de prestar gran atención a las críticas contra este diseño institucional, así como se muestran perfectamente dispuestos a revisar sus puntos de partida y a realizar concesiones argumentales puntuales o incluso, en ocasiones, concesiones argumentales de fondo, sin que esto implique abandonar el aspecto central de sus posturas teóricas.

Peter Häberle tuvo una intervención decisiva en el debate que reseñamos, ya en su trabajo de 1975, que se ha convertido a la fecha en un clásico de la teoría constitucional, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales" (Häberle 1975). El primer argumento presentado por Häberle en esta obra anticipa el que Dworkin iba a desarrollar muchos años más tarde: la interpretación de la Constitución, que es formalmente confiada al grupo de expertos del tribunal constitucional, constituye, en realidad, un proceso abierto de discusión democrática, del que toda la sociedad participa de diversas maneras. En otras palabras, considerar que "el pueblo" solamente está presente en las decisiones del legislador democrático es un error conceptual, en opinión de Häberle, que proviene de la tendencia a sustituir con el concepto de "pueblo" al concepto de "monarca" de la teoría política absolutista. Pero en una *democracia de ciudadanos*, que es la formulación propuesta por Häberle para sustituir la noción clásica de la *democracia del pueblo*, la interpretación constitucional se desarrolla en una comunidad abierta donde todos participan, ya sea como ciudadanos individuales o bien en grupos de interés, partidos políticos, grupos de opinión científica, etc. En síntesis, para este autor, no debe pensarse que el pueblo es "solamente la majestad unitaria que 'emana' el día de las elecciones y proporciona, como tal, la legitimación democrática. El pueblo, como majestad pluralista, no está menos presente y no proporciona menos legitimación en el proceso de las interpretaciones constitucionales". (Häberle 1975, p. 33)

Con todo, esta base de legitimación popular de la interpretación constitucional debe corresponderse, según Häberle, con una actitud diferenciada por parte del propio tribunal, según los casos en que debe fallar. Este segundo argumento de Häberle, curiosamente, anticipa de manera bastante cercana al que iba a desarrollar Bruce Ackerman en su obra de 1991. Y decimos curiosamente porque

Häberle, si bien traducido extensamente al castellano, es un autor de quien nada se ha traducido al inglés, así que la posibilidad de que Dworkin o Ackerman conocieran su obra es bastante remota. Como se discutirá en las conclusiones de este trabajo, es dable pensar que el debate en EE.UU. y Alemania tiene, por distintas razones, una cierta analogía estructural, mientras que el debate en América Latina tiene puntos de partida y, sobre todo, un contexto político muy distintos.

El segundo argumento de Häberle distingue dos formas de aprobación de leyes por parte del legislador democrático. En ambos casos, aclara el autor, los tribunales deben mostrar especial prudencia en la verificación de constitucionalidad. Pero este requisito *se incrementa* en el caso de aquellas leyes que despiertan gran interés en la opinión pública y que están constantemente en la discusión. En efecto, en la elaboración de esas leyes ha habido una amplia participación y ya se ha producido, a su respecto, un control por parte de la opinión pública misma, en los diversos grupos e intereses que la componen. Incluso, Häberle recomienda que el tribunal constitucional recurra en estos casos, de preferencia, al uso de "medidas provisionales" (*einstweilige Anordnungen*), las que tienen una validez de solamente seis meses e impiden, así, que la decisión del tribunal regule de manera definitiva el asunto de que se trata, lo que es negativo para la continuidad del proceso de debate público. Es más, el tribunal constitucional debe verificar que se produzca en dicho debate la participación que corresponde a los diferentes grupos afectados por la decisión y tener especialmente en cuenta, en sus interpretaciones constitucionales, los intereses que no han sido representados y los que no son representables.

Häberle, en síntesis, propone una revisión judicial mucho menos rigurosa, por parte de los jueces, cuanto mayor haya sido la participación popular en la decisión. Esto representa una suerte de *control estricto* cuando los legisladores no se ocupan de promover el debate público, lo que no deja de ser una especie de sanción para los políticos, cuando éstos toman decisiones sin promover previamente una amplia participación de los ciudadanos: "Un *minus* de participación fáctica conduce a un *plus* de control del juez constitucional. La in-

tensidad del control del juez constitucional es *variable*, según qué formas de participación son o fueron posibles". (Häberle 1975, p. 40)

A diferencia de la opinión de Häberle, para Robert Alexy es inevitable que exista un *conflicto* entre el principio de la democracia y el principio de los derechos fundamentales. Ahora bien, lo paradójico es que el mismo principio de la democracia *exige* la existencia de una serie de derechos fundamentales, como por ejemplo, derecho de voto, libertad de expresión, etc. Esto muestra, en su opinión, que el principio de la democracia debe ser separado en distintos principios subordinados. Y estos principios subordinados tienden a tener colisiones entre sí, como puede notarse muy bien en la clásica "paradoja de la democracia", esto es, el viejo problema de la abolición de la democracia mediante el proceso democrático mismo. De aquí resulta que el problema de la distribución de competencias entre el legislador parlamentario, que está legitimado democráticamente de manera directa, y el tribunal constitucional, que solamente está legitimado democráticamente de manera indirecta, *sea inevitable y permanente* (Alexy 1985, p. 407).

Para Alexy, no solamente debe admitirse que existe un conflicto entre el legislador democrático y la justicia constitucional, sino que los propios derechos fundamentales *se definen a partir de la oposición entre ambos principios democráticos* subyacentes a cada institución. Alexy propone definir a los derechos fundamentales, en consecuencia, como "posiciones, cuya importancia es tal, que su reconocimiento [*Gewährung*] o no reconocimiento [*Nichtgewährung*] no puede ser dejada en manos de la simple mayoría parlamentaria". (Alexy 1985, p. 406)

Ahora bien, para este autor, no puede pensarse que una solución al conflicto entre el proceso democrático de decisiones y los derechos fundamentales esté cercana. Es más, considerando la vinculación del problema con una serie de cuestiones de fondo, Alexy se pregunta si la solución podrá existir alguna vez. En todo caso, fórmulas generales, del tipo de *judicial self restraint*, no son, en su opinión, de gran ayuda. Solamente puede pensarse en *soluciones diferenciadas*, caso por caso. A fin de aproximarse a dichas soluciones puntuales, en cada caso que se presenta al tribunal constitucional, piensa Alexy que

deben separarse tres niveles de argumentación, a saber, material, funcional y metodológico.

Por razones de espacio, y visto que la propuesta de Alexy no carece de cierta complejidad, vamos a sintetizar solamente el segundo de estos niveles, es decir, el funcional, que está más directamente relacionado con el tipo de argumentación que hemos visto hasta ahora. En este nivel de argumentación, para Alexy, se discute la atribución de competencias de acuerdo con las reales o supuestas propiedades que tienen cada una de las instituciones: el legislador parlamentario, por ejemplo, tiene una legitimación democrática "más fuerte", una mayor capacidad para evaluar situaciones complejas, mayor facilidad para corregir sus decisiones pasadas y una mayor aceptación general de tales decisiones. Ahora bien, el tribunal constitucional también tiene innegables ventajas funcionales, como son su mayor grado de imparcialidad, su mayor preparación para decidir cuestiones relativas a derechos (vale decir, cuestiones jurídicas) y su menor sometimiento a las presiones del momento.

En síntesis, Alexy interviene en el debate con una posición, por así decirlo, *pragmática*, que tiene el atractivo de poder reclamar para sí mayor razonabilidad y "sentido común" que posiciones extremas, sean éstas a favor o en contra de la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes. Alexy, de manera ciertamente perspicaz, no tiene dificultades en reconocer los problemas y paradojas del control constitucional, pero advierte que sería desmesurado proponer darle fin, por una cuestión de principio, a esta práctica. Más razonable, en cambio, es incorporar dichas dificultades como factores a considerar en la propia revisión judicial de las leyes, de modo de establecer *en cada caso* sus límites.

Vale la pena señalar, como consideración final de esta sección, que el tribunal constitucional alemán no ha dejado de tomar en consideración el debate que hemos reseñado y que, ya durante la década de los 90, comienza a tomar posiciones más cuidadosas y razonadas, de modo de evitar los desgraciados enfrentamientos con el legislador democrático que caracterizaron épocas pasadas. Posiciones como la de Alexy han sido especialmente influyentes en este sentido, de modo que, en los últimos años, el debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional ha perdido en Alemania bastante

de aquél tono tan vehemente al que, con toda seguridad, las propias imprudencias del tribunal habían contribuido a conducirlo en el pasado.

3. CRÍTICOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. LATINOAMÉRICA

Puede decirse que el desarrollo de una corriente crítica de la justicia constitucional, en Latinoamérica, es todavía incipiente. En buena medida, esto responde al hecho de que las sociedades latinoamericanas se encuentran, desde hace aproximadamente veinte años, en un período de democratización o re-democratización. La situación actual tiene paralelos, por tanto, con el período subsiguiente a la democratización y creación de un tribunal constitucional en Alemania, donde las críticas contra la justicia constitucional eran muy pocas. En efecto, como fue descrito en los casos del debate americano y alemán, este tipo de críticas tiene como ideal normativo una *profundización y ampliación* de mecanismos democráticos de participación. En situaciones de inestabilidad democrática, donde el sistema mismo parece aún poco consolidado, existe una tendencia a pasar por alto la modalidad de acción "experta" y "elitista" que un tribunal constitucional lleva a cabo en defensa de los derechos fundamentales. Cualquier defensa de estos derechos es vista como algo positivo por los sectores académicos liberales, aún cuando ella no coincida con una visión ideal del gobierno democrático. Con todo, como veremos, trabajos recientes ponen decididamente en cuestión esta visión "complaciente", al sugerir que, lejos de una defensa estable de los derechos fundamentales, en un sentido liberal, muchas cortes constitucionales latinoamericanas defienden concepciones cerradas de la vida social, de modo que más bien tienden a establecer restricciones y barreras, finalmente, a la propia apertura democrática.

Una segunda diferencia importante entre los debates sobre la justicia constitucional en los EE.UU., Alemania y América Latina es que, en este último caso, la discusión se ha desarrollado en sus orígenes dentro del marco de la teoría del derecho, a partir de la recepción de enfoques normativos de la ética filosófica. Dichos enfoques

normativos proporcionan las primeras teorizaciones sobre derechos fundamentales, que llevan a establecer su validez incondicional y la necesidad de su defensa por medio de organismos externos al proceso democrático, debido a la posibilidad de decisiones mayoritarias que los transgredan. Pero tanto la práctica como la teoría constitucional, en cambio, se mantienen relativamente distantes, en América Latina, de la problemática de una *dificultad contramayoritaria* (usando la expresión de Bickel).

Finalmente, una última diferencia importante entre los debates sobre la justicia constitucional reseñados más arriba, y los que se han producido en América Latina es que, en este último caso, los partidarios de unas y otras posiciones han tendido a no entablar una discusión entre sí. Como veremos a continuación, quizás este problema ha afectado con mayor intensidad a los *partidarios* de una justicia constitucional substantiva, pero tiene también cierta presencia entre los propios críticos de la justicia constitucional. En su mayor parte, una y otra posición se desarrollan, de este modo, por canales separados.

El primer autor latinoamericano que sostiene una posición crítica de la justicia constitucional es Carlos Nino, en una obra cuya primera edición es de 1984 y que lleva el título *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*. Es interesante notar que Nino llega a dicha posición crítica a partir de problemas característicos de la filosofía jurídica, lo que subraya la desconexión, respecto a la teoría constitucional propiamente dicha, con que esta cuestión ingresa en la agenda del debate académico latinoamericano. En dicha obra, en efecto, Nino comienza por formular una tesis que, como veremos, es compartida por muchos de los autores que abordaron una fundamentación normativa (ética) de los sistemas jurídicos, a saber: hacer efectivos los "derechos individuales básicos" es suficiente para establecer la justificación de un sistema jurídico o, dicho de otra manera, de un gobierno establecido. Vale decir que esta justificación *substantiva* puede ser independiente del proceso de creación democrática de las normas en cuestión (Nino 1989, 368). Una posición como ésta debería conducir a la plena defensa de una autoridad externa al proceso democrático (como la justicia constitucional) que evalúe, de manera experta, la justificación moral de las normas pro-

ducidas mediante ese proceso, para invalidarlas en caso de que no superen el test. Nino acepta, en principio, esta conclusión, pero reconoce su carácter paradójico y admite que ella no puede sino ser motivo de desconcierto (Nino 1989, 369).

De este modo, al pasar a analizar la obligación del juez de obedecer las normas creadas por el procedimiento democrático, Nino restringe su anterior posición tan radicalmente partidaria de una justificación ética autosuficiente del gobierno. Aplica entonces la distinción entre aspectos procedimentales y aspectos sustantivos de los derechos, para subrayar que un juez no puede (no debe) desconocer una norma creada por el procedimiento democrático, si se ha cumplido correctamente con los pasos de éste al sancionarla. El juez solamente puede desconocer una norma creada por el procedimiento democrático *si ésta viola el tipo de derechos que son condición del procedimiento democrático mismo*. Ahora bien, es claro que estas normas no son un resultado "auténtico" del procedimiento democrático, puesto que lo destruyen. Por ejemplo, supongamos el caso de una norma que impone restricciones a la libertad de expresión, de modo que resulta ahora criminal criticar al gobierno. Es obvio que, al sancionar esta última norma, ese gobierno, si alguna vez lo fue, ha dejado de ser democrático. Puede decirse, por tanto, que las normas creadas por el legislador democrático siguiendo el procedimiento democrático (la expresión es redundante pero vale la pena subrayar el punto), para Nino, no deben ser desconocidas *en ningún caso* por el juez (Nino 1989, p. 405).

Es interesante considerar, por contraposición a Nino, las conclusiones alcanzadas respecto a la misma cuestión por otro de los juristas más prestigiosos en el área de la teoría del derecho y la filosofía moral en América Latina, Ernesto Garzón Valdés. A la par que Nino, desarrolla Garzón Valdés durante la década de los '80 una recepción de los nuevos enfoques de la ética filosófica en la teoría jurídica, enfoques que se caracterizan por postular la posibilidad de una fundamentación racional y objetiva de normas morales, con inmensas consecuencias para todo tipo de cuestiones ligadas con los derechos fundamentales, la legitimación del dominio político y la obligación de obedecer normas jurídicas. En un trabajo publicado originariamente en 1990, en donde el autor sintetiza y fundamenta de

manera sistemática ideas ya aparecidas en obras anteriores, sostiene Garzón Valdés que se puede predicar legitimidad de un sistema político *cuando las normas de comportamiento en él vigentes coinciden con las de una moral esclarecida o ética* (Garzón Valdés 1993, p. 464).

Los derechos fundamentales, que surgen de principios éticos, constituyen para Garzón Valdés un "coto vedado", que no está abierto a la posibilidad de decisiones democráticas. Como dice el autor, el respeto de este "coto vedado", es decir, del goce de los derechos en él incluidos, impone limitaciones a las decisiones gubernamentales, "siendo aquí irrelevante el que aquéllas cuenten con el consentimiento o no de los gobernados" (Garzón Valdés 1993, p. 469). De esta forma, la misma consecuencia que para Nino resulta paradójica es, en cambio, aceptada con toda deliberación por Garzón Valdés. Con todo, hay que notar que este último autor no aborda de manera explícita la cuestión relativa a la legitimidad de la justicia constitucional, si bien es claro que su punto de vista avala la necesidad de controles externos al proceso democrático. Una posición en la teoría jurídica que, a partir de premisas similares a las de Garzón Valdés, aborda explícitamente la cuestión de la justicia constitucional, para afirmar su necesidad (pese a su carácter antidemocrático), iba a ser sostenida por Farrell a fines de los '90. La posición de Farrell consiste, simplemente, en negarle carácter democrático a la justicia constitucional, pero afirmar su *racionalidad* para cualquier sujeto que tenga un autointerés esclarecido, pues nadie podría querer arriesgarse a que sus derechos fundamentales sean desconocidos por las mayorías democráticas. (Farrell 1998) La posición de Farrell, con todo, no es muy plausible. Negar el carácter democrático del mecanismo judicial de defensa de los derechos constitucionales no hace sino *cancelar la tensión*, a que se refiere Alexy, entre dos principios de la democracia: la decisión mayoritaria, por un lado, y el respeto por las libertades básicas, por otro lado. Esta tensión está a la base de todo el debate y se manifiesta permanentemente en las democracias que cuentan con ambos sistemas institucionales (parlamento y tribunal constitucional), que son una amplia mayoría. Hacer desaparecer la cuestión mediante una redefinición conceptual, al modo de Farrell, no parece una estrategia argumental muy prometedora.

De todas formas, volviendo a la evolución de las posiciones críticas de la justicia constitucional, cabe mencionar la publicación, en 1991, de una obra colectiva bajo la coordinación de Carlos Nino, que constituye un punto de inflexión para este tipo de perspectivas en la región (AAVV, 1991). Es evidente que Nino, a partir de las perplejidades surgidas en torno a los problemas de la relación entre moral y derecho, ya mencionadas más arriba, decide abordar directamente el problema de la revisión judicial y dedicarle una serie de trabajos de investigación, que ya se inscriben en la disciplina académica de la teoría constitucional. En la obra que mencionamos, los autores no solamente proceden a una recepción del debate desarrollado en los EE.UU. sobre la cuestión, sino que el propio Bruce Ackerman, a quien ya habíamos mencionado como uno de sus más destacados protagonistas en dicho país, es uno de los colaboradores en el volumen editado por Nino.

Los distintos trabajos tienen un gran interés y cubren diversos aspectos del debate que nos ocupa. Por razones de espacio, reseñaremos tan sólo, sin embargo, el artículo presentado por el propio Nino, que constituye sin duda el más relevante y provocativo del volumen. El autor comienza por una breve presentación de su concepción sobre la fundamentación de principios morales, el *constructivismo epistémico*, de acuerdo con la cual el método más fiable para conocer principios de la moral es la discusión y decisión colectiva de todos los afectados, la que, en opinión del autor, es muy superior a la mera reflexión en solitario de una persona. Dicho de otra manera, el método del debate plural es, para Nino, superior a la reflexión individual como medio para llegar a establecer conclusiones morales y este hecho le confiere a la democracia tanto un *valor epistémico* como una fundamentación moral *prima facie*, pues el procedimiento democrático busca asemejarse a un proceso de debate con libre intervención de todos los afectados (aunque este ideal rara vez o nunca se realice de manera plena). En este sentido, el debate democrático es un análogo, un sucedáneo aproximado del debate moral (Nino 1991, p. 119).

A partir de su tesis sobre el *valor epistémico* de la democracia, Nino llega a la conclusión de que la revisión judicial de las normas creadas por el procedimiento democrático *no es moralmente plausi-*

ble (Nino 1991, p. 124). En efecto, de acuerdo con Nino, es más probable que sean moralmente acertados los resultados del procedimiento democrático, antes que la reflexión individual de los jueces constitucionales. De este modo, Nino endurece la posición presentada en la obra anterior que hemos comentado, y pasa ahora a rechazar, *por principio*, la institución del control judicial de constitucionalidad de normas. Este tipo de control solamente sería admisible, agrega, si fuera ejercido por un organismo político sometido al proceso democrático, pero no por jueces.

Con todo, Nino es muy consciente del carácter altamente polémico de su conclusión y presenta, luego de haberla formulado, tres excepciones donde un control judicial de constitucionalidad puede considerarse compatible con la participación democrática de los ciudadanos. El primer caso se remite directamente a las tesis de John Ely y concierne a las reglas procedimentales del procedimiento democrático. Las normas constitucionales que contienen esas reglas no pueden ser conocidas a través del procedimiento democrático mismo, puesto que son su condición de posibilidad. Por lo tanto, para establecer reglas procedimentales del debate no hay otro camino que la reflexión individual. Debido a esto, es admisible una corte constitucional que actúe como una especie de *referee*, asegurando que todos los actores cumplen con las reglas del procedimiento y que las decisiones colectivamente tomadas no son violatorias de reglas procedimentales (es el rol que Ely le reserva a la Corte Suprema de los EE.UU.).

Una segunda excepción concierne a los límites mismos del procedimiento democrático como análogo del debate moral. En efecto, mediante el debate pueden llegar a conocerse las normas que concierne a una *moral intersubjetiva*, pero hay otro aspecto de la moralidad que es enteramente *personal* y concierne al *plan de vida* que cada individuo elige para sí (lo que algunos autores llamarían *ética*). Aquí el procedimiento democrático tampoco tiene nada que decidir, puesto que éste es apropiado solamente para discutir cuestiones que *afectan a terceros*. Ahora bien, si alguien prefiere dedicar su vida a la contemplación de verdades eternas en la soledad de su estudio, mientras que otro elige participar activamente de la vida social y dedica todo su tiempo a urgentes causas humanitarias, estas cuestiones no con-

ciernen a la deliberación democrática, puesto que bajo ninguna circunstancia deben ser objeto de una regulación jurídica por parte del Estado. También forman parte de los planes de vida personales las opciones de una persona en materia sexual, su decisión de consumir drogas en privado, su filiación religiosa, etc. Una norma jurídica que pretenda prescribir en ese tipo de cuestiones merece ser invalidada, con independencia de su origen democrático o no, y aquí tendríamos otro posible campo de acción para un tribunal constitucional, de acuerdo con Nino (1991, p. 130).

La tercera excepción, en donde resulta admisible la revisión judicial de normas creadas por el proceso democrático, concierne a las "prácticas constitucionales". En este caso, el juez puede considerarse autorizado a invalidar la norma en cuestión, si la misma va en contra de una práctica constitucional establecida, que forma parte del juego democrático en dicha comunidad. En cierto sentido, este último criterio de Nino se aproxima a la distinción entre "decisiones constitucionales" y "decisiones corrientes" en el proceso democrático, que traza Ackerman y que fue discutida más arriba. En este caso, el juez constitucional estaría defendiendo una práctica establecida históricamente frente a una decisión democrática que, si bien en su origen es impecable, puede resultar amenazadora para esa práctica histórica que forma parte de las reglas básicas de la comunidad. Como un ejemplo, Nino menciona el caso de una disposición presidencial que invade una esfera de competencia tradicionalmente atribuida al Congreso, como es la creación de moneda. Aunque se origine en una autoridad democráticamente constituida (el presidente), dicha norma pone en peligro la práctica histórica de la separación de poderes y, por esto, los jueces constitucionales estarían autorizados a invalidarla (Nino 1991, p. 134).

La obra de Nino ha sido continuada en trabajos posteriores, donde su influencia es muy notoria y, por cierto, reconocida de manera explícita. En este sentido, corresponde mencionar una obra que aparece en 1996 y que contribuye un aporte de primer orden al desarrollo de una corriente crítica sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional en América Latina. Se trata, entre otras cosas, del primer tratamiento monográfico en idioma castellano de dicha perspectiva. Con el título *La justicia frente al gobierno*, el trabajo de

Roberto Gargarella (1996) es un profundo análisis de la historia institucional de la *dificultad contramayoritaria* en los EE.UU. y Francia, así como de los debates académicos recientes en el primero de estos países, con especial atención a los trabajos de Ely y Ackerman. De especial interés resulta, asimismo, el análisis de jurisprudencia constitucional en España, EE.UU. y Argentina. Mientras que dicho análisis muestra que, con algunos altibajos, los tribunales constitucionales de España y los EE.UU. han contribuido a la consolidación y ampliación de las prácticas democráticas en sus respectivos países, el juicio de Gargarella sobre el tribunal constitucional argentino es mucho más severo. En efecto, este tribunal le ha dado a la "dificultad contramayoritaria" un nuevo giro, en opinión del autor. No es que el tribunal argentino tienda a actuar en contra de las mayorías legislativas, como pudo decirse del tribunal alemán en una época de su historia, sino que aquél, de manera bastante consistente, tiende a actuar de manera cómplice con el Poder Ejecutivo, cuando éste viola la Constitución de modo de gobernar con prescindencia de lo que la mayoría de los ciudadanos quieren (una circunstancia frecuente en el tipo de democracias que O'Donnell ha denominado "delegativas"). De esta forma, Gargarella avanza hacia un nuevo tipo de argumentación crítica, que no existe en el debate americano o alemán: ya no se trata solamente de que la justicia constitucional contradiga los principios de la forma democrática de gobierno, pero a cambio de esto defiende y profundice los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. La justicia constitucional en Argentina –tesis que luego extenderá Gargarella a otros países latinoamericanos– no solamente es elitista y antidemocrática, sino que ni siquiera defiende de manera consistente los derechos fundamentales de la Constitución de su país.

Así por ejemplo, Gargarella analiza como, mediante la doctrina de las "cuestiones políticas", la corte argentina ha evadido su responsabilidad de intervenir, cuando los procedimientos democráticos de deliberación son violados por alguno de los poderes del Estado. La Corte argentina consintió la violación de la división de poderes, asimismo, cuando el Poder Ejecutivo ha asumido facultades legislativas, ya sea directamente (decretos de urgencia) o bien por medio de

una progresiva ampliación de su competencia “reglamentaria” de las leyes.

Además de su pobre papel en el orden de la defensa de aspectos procedimentales de la democracia, la Corte Constitucional Argentina ha tomado también decisiones que afectan la autonomía individual, cuando, por ejemplo, niega personería jurídica a una asociación de homosexuales, puesto que el ideal de vida de estas personas sería, de acuerdo con el tribunal, “contrario al bien común” (Gargarella 1996, p. 253).

En trabajos posteriores, Gargarella ha continuado y profundizado la línea de análisis expuesta, lo que lo convierte en el más prestigioso representante, en nuestros días, de la corriente crítica de la justicia constitucional en América Latina. Vamos a considerar una de sus más recientes publicaciones, donde el autor (Gargarella 2004) advierte contra la tendencia a considerar que la deficiente contribución de la justicia constitucional a la consolidación democrática pueda ser mejorada incrementando los recursos, tecnología e independencia política de los tribunales, tal como proponen, en muchos casos, las instituciones internacionales que promueven reformas de los sistemas judiciales en América Latina.

Gargarella observa que la justicia constitucional ha tenido una actuación, sin duda, deficiente y esto no solamente concierne a los tribunales argentinos. Las decisiones de la corte constitucional de este último país no son, en la mayor parte de los casos, del todo inusuales para las cortes constitucionales de otros países de la región: los jueces constitucionales han perseguido homosexuales, antes que protegerlos; han menospreciado la importancia de un juicio justo, antes que promoverla; han defendido la doctrina de los gobiernos “de facto”, antes que atacarla; han empleado de manera abusiva las convenciones de derechos humanos, de modo de restringir estos derechos antes que defenderlos; han favorecido los intereses de grupos económicos poderosos, antes que limitarlos, etc. Pero todo esto no ha ocurrido porque los jueces fueran políticamente dependientes o porque carecieran de apoyo administrativo o de tecnología más sofisticada. Estas decisiones, antes bien, han sido la consecuencia de la ideología conservadora y de la falta de compromiso con la democracia de los jueces. Y estos factores no son casuales y dependientes de las

personalidades particulares de los magistrados que conforman un cierto tribunal sino, para Gargarella, en buena medida estructurales. La ideología conservadora y anti-democrática de los jueces constitucionales es también una consecuencia de los excesivos poderes con que estos tribunales están dotados, de la amplia discreción con que pueden tomar decisiones, del hecho de que estos jueces están alejados de los ciudadanos comunes, pues tienen estabilidad de por vida en sus cargos y excelentes salarios, que los ponen muy por encima de la mayoría de los ciudadanos. A más de esto, suelen ser reclutados de un grupo homogéneo en términos de raza, género y clase social; son educados en los mismos entornos institucionales; tienen o desarrollan contactos fluidos con poderosas autoridades políticas y grupos de interés; y *no tienen ninguna obligación institucional de tomar en cuenta las sugerencias o críticas de aquellos que están en desacuerdo con sus opiniones.*

Con todo, Gargarella no niega la posibilidad de que existan jueces honrados, decisiones honorables e incluso cortes constitucionales honorables, entre las que menciona específicamente a la de Colombia. Pero los factores estructurales que condicionan a un tribunal constitucional, a saber, su composición elitista y sus procedimientos de decisión antidemocráticos, hacen probable que, en una región como América Latina, tales tribunales no constituyan un factor positivo para la consolidación y profundización de la democracia.

Para terminar la parte de este trabajo referida a los críticos de la justicia constitucional en América Latina, corresponde mencionar un interesante trabajo de Javier Dorado Porras (1997). El autor estudia aquí, en una perspectiva histórica muy abarcadora, las distintas posturas de la doctrina constitucional estadounidense en torno al problema de la revisión judicial, así, entre otros autores, Thayer, Frankfurter, Perry, Dworkin, Ely, etc. El trabajo no avanza en la consideración de problemas específicos de este debate en América Latina pero, junto con los trabajos de Gargarella, representa un aporte valioso para el conocimiento de su desarrollo en los EE.UU.

Al modo de las secciones anteriores, vamos a considerar, finalmente, tres posiciones favorables al funcionamiento de la justicia constitucional en países latinoamericanos. Como se dijo antes, este tipo de posiciones han mostrado una relativa tendencia a pasar por alto

argumentos críticos como los que hemos reseñado hasta ahora, a diferencia de lo ocurrido en los debates que se producen en EE.UU. o Alemania.

Un ejemplo de esta característica corresponde al célebre constitucionalista venezolano Allan R. Brewer-Carías. Vale aclarar, en principio, que Brewer-Carías es un jurista que ha producido una obra de enorme importancia para la teoría constitucional en la región, de orientación decididamente liberal. Pero su tratamiento del debate que nos ocupa no hace justicia a la posición de los críticos de la justicia constitucional, en ninguna de las corrientes que hemos considerado en el presente trabajo (americana, alemana o latinoamericana). Nos referimos, en particular, a la tercera edición de su obra de mayor envergadura teórica, las *Instituciones Políticas y Constitucionales*, en siete volúmenes (Brewer-Carías 1996).

Brewer-Carías (1996, p. 65) comienza su tratamiento de la cuestión con una referencia a Alexander Bickel, citando la expresión de este autor relativa al Poder Judicial como el “menos peligroso” (*least dangerous*) de los poderes del Estado, que recibe en EE.UU. y América Latina la tarea de defender la Constitución y de velar por la constitucionalidad de las leyes. Ahora bien, Brewer-Carías no menciona en absoluto que este mismo autor, como fue expuesto más arriba, es quien introduce también el concepto de una *dificultad contramayoritaria*, que afecta a la legitimidad democrática de la justicia constitucional.

Para este autor en todo caso, el debate sobre la legitimidad política de la justicia constitucional se ha desarrollado sobre todo en Europa, en países donde prevalece la soberanía del parlamento y donde los jueces, según los críticos (a quienes no cita de manera específica) habrían mostrado un activismo desmesurado. Pero él considera, sin embargo, que “este debate puede considerarse no sólo como interminable y abstracto, sino bizantino, particularmente porque se basa en un supuesto problema de legitimidad abstracta del control jurisdiccional, que sólo podría resolverse de forma abstracta.” (*Ibid.*, p. 65). Al aludir al “carácter abstracto” de este debate, se refiere el autor al hecho de que, en su opinión, la democracia no se basa solamente en la representatividad, sino que, por el contrario, las

libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos tienen primacía frente a aquélla.

Por otro lado, prosigue Brewer-Carías, un sistema de control jurisdiccional efectivo de la constitucionalidad de las leyes no es viable en regímenes no democráticos, “sobre todo porque en esos sistemas no puede existir una verdadera independencia de los jueces”. De aquí concluye Brewer-Carías que “en todo régimen representativo y democrático, el poder otorgado a los jueces o a ciertos órganos constitucionales para vigilar las anomalías del Legislativo y las infracciones del órgano representativo contra los derechos fundamentales, debe considerarse como completamente democrático y legítimo”. (*Idem.*) Más aún, para este autor la justicia constitucional es “el logro más importante del ciudadano frente a la autoridad absoluta de los órganos del Estado y, en particular, frente a la supremacía y soberanía de los Parlamentos”. (*Ibid.*, p. 78)

Como puede notarse, uno de los argumentos principales de Brewer-Carías consiste en redefinir la democracia, de tal modo que no se aluda con esta denominación, en primer lugar, al régimen representativo, sino antes bien, a un régimen basado en el respeto a las libertades individuales y derechos fundamentales. A partir de esta redefinición, es claro que la justicia constitucional debe ser calificada como “completamente” democrática y legítima. Ahora bien, con independencia de esta estrategia argumentativa, que puede resultar más o menos plausible, el autor ni siquiera menciona el hecho de que se haya producido y continúe en nuestros días un intenso debate, en los EE.UU., en torno a la “dificultad contramayoritaria” definida por Bickel. El debate alemán tampoco es mencionado por Brewer-Carías, salvo mediante referencias generales a países europeos en los que prevalece la soberanía del parlamento (no queda claro si Alemania debería incluirse entre éstos). Finalmente, los autores latinoamericanos que se ocuparon de este asunto, con posiciones críticas de la justicia constitucional, tampoco son considerados por el autor, pese a que esto hubiera, sin duda, agregado interés a su tratamiento del problema.

Un aporte también interesante es el de Norbert Lösing, autor alemán que publicara recientemente un trabajo muy sistemático y de considerable extensión sobre la justicia constitucional en América

Latina, editado asimismo en traducción castellana (Lösing 2001). El libro de Lösing constituye un examen minucioso y actualizado de las instituciones de la justicia constitucional en prácticamente todos los países latinoamericanos, lo que la convierte en una obra de consulta y referencia imprescindible. Para lograr este resultado, el autor ha acometido una tarea de investigación verdaderamente esforzada y su trabajo, puede decirse, está destinado a convertirse en un clásico.

Sin embargo, su tratamiento del problema de la deficiente legitimidad democrática de la justicia constitucional es, no ya incompleto, sino, por momentos, verdaderamente desconcertante. Lösing, en su primer capítulo, describe influencias europeas en la justicia constitucional latinoamericana y también discute el marco normativo de la justicia constitucional, desde el punto de vista de la teoría jurídica. En esta parte de la obra, una mención o mejor aún, discusión del problema que nos ocupa hubiera sido muy pertinente. Con todo, en este primer capítulo, solamente existe una referencia al posible conflicto entre el tribunal constitucional y el legislador democrático al tratar el autor la evolución de la revisión judicial en Alemania.

La inclusión de un tribunal constitucional en la Constitución alemana de 1949 (la llamada “ley fundamental”) fue un resultado de las experiencias de este país con regímenes totalitarios, considera Lösing. Dicho tribunal ha “acompañado y conformado el desarrollo de la democracia, en una forma que no tenía precedentes hasta entonces” (Lösing 2001, p. 29). Y respecto a la cuestión de si el control de la constitucionalidad de las leyes puede o no resultar controvertido por sus consecuencias políticas, Lösing considera que este debate ha sido “definitivamente cerrado” con una frase dicha en 1948, durante los debates de la asamblea constituyente alemana (*parlamentarischer Rat*), de la que curiosamente no indica autor ni fuente:

Se puede o bien reconocer al derecho, efectivamente, como el fundamento de la sociedad humana y proveerlo también de las garantías necesarias para su realización. O también se puede elevar a la conveniencia política a principio supremo, lo que llevaría a los peligrosos dogmas fundamentales de una época pasada, de acuerdo con los cuales el derecho es meramente lo que conviene al pueblo, al gobierno o al estado. (cit. en Lösing 2001, p. 30)

La frase, vale la pena aclararlo, fue dicha por Adolf Süsterhenn (cit. en Klein 1996, p. 8) político y jurista de la Unión Demócrata Cristiana (CDU), uno de los dos redactores del proyecto original de la Constitución alemana, junto con Theodor Heuss. Pero pretender que dicha frase, que no carece de cierta elegancia, pueda cerrar “definitivamente” el debate sobre el carácter anti-democrático de la justicia constitucional, o sobre la judicialización de la política a que esta institución puede contribuir, resulta, por decir lo menos, una exageración.

El tono de Lösing, en cambio, se vuelve irónico cuando considera a los autores latinoamericanos que adoptan una posición crítica frente a la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Para Lösing, la idea de que es ajeno a los tribunales juzgar sobre la validez de leyes y actos de gobierno se remonta a François Guizot, y ha sido objeto de “distintas variaciones por Carl Schmitt y otros autores”. Tales ideas, prosigue,

deambulan todavía como fantasmas (*geistern*) en las cabezas de numerosos políticos y juristas latinoamericanos y se remontan en buena medida, al menos entre los juristas, a la formación que, en numerosos países con escasa doctrina constitucional de propio cuño, tiene lugar por medio de (especialmente) literatura española del siglo XIX y principios del siglo XX.

Y concluye, no sin orgullo patriótico, que las “experiencias de la República de Weimar y su intensa discusión científica cayeron en Alemania, por el contrario, sobre terreno fértil”. (Lösing 2001, p. 30)

Lösing, en síntesis, considera que el debate sobre si los tribunales son los organismos más apropiados para el control constitucional de las mayorías legislativas es un producto del escaso desarrollo de la teoría constitucional en países de América Latina y, sobre todo, de la influencia de doctrinas autoritarias españolas. Como se señalaba antes, esto resulta simplemente desconcertante, por no decir desmesurado.

Para concluir, corresponde mencionar un trabajo donde se defiende un papel sustantivo y con amplias competencias para el tribunal constitucional, pero que, a diferencia de los reseñados hasta ahora, no ignora o intenta ridiculizar los problemas de esta institución frente a la legitimación democrática del legislador parlamentario. Nos referimos a la obra de Brage Camazano *La acción de inconstitucio-*

nalidad, publicada en 1998 en México. El autor introduce la cuestión al tratar un tipo de acción de inconstitucionalidad especialmente controvertida en sí misma, el llamado *control abstracto*, institución de origen alemán, donde el tribunal constitucional juzga sobre la validez de una norma sin que ésta haya sido impugnada en un caso concreto, sino en términos generales, por su compatibilidad con la Constitución. En el control abstracto, el tribunal constitucional actúa así como una suerte de *legislador negativo*, puesto que puede derogar normas como si fuera una “tercera cámara” del parlamento. El control abstracto de constitucionalidad fue introducido en España con la Constitución de 1978 y en México en ocasión de la reforma constitucional de 1994, países a los que el estudio de Brage Camazano se refiere de manera principal.

Para Brage Camazano (1998, p. 84), está claro que el control abstracto de constitucionalidad tiene una elevada carga política y que puede desvirtuarse, como ha ocurrido en la práctica, de modo que la oposición lo utilice como un mero instrumento para demorar y complicar la entrada en vigor de una ley, que no ha podido derrotar en el trámite parlamentario. El autor cita con aprobación, en este contexto, el célebre *dictum* de Francisco Rubio Llorente, quien fuera durante doce años miembro del tribunal constitucional de España, país que también ha adoptado la institución alemana del control abstracto: “Me parece que la introducción de este recurso es quizás, si se me permite y con todos los respetos, una expresión de la desmesura teutónica y que los Tribunales Constitucionales tienen poco que perder y tendrían muchísimo que ganar si el recurso [...] se suprimiese”. (Rubio 1992, p. 40)

Con todo, en opinión de Brage Camazano, el recurso de inconstitucionalidad ha jugado un papel destacado en la consagración de la democracia, el asentamiento del Estado de derecho y el reconocimiento efectivo del valor normativo de la Constitución en la vida política cotidiana de España. Este papel ha sido jugado por el tribunal constitucional, desde el momento en que sus decisiones respecto a algunas de *las cuestiones más polémicas de la vida política española*, especialmente en materia de derechos fundamentales y de organización territorial del Estado, han gozado de una amplia aceptación. Dichos conflictos, de no haber sido solucionados por el tribunal constitucional,

más bien se habrían agudizado y encrispado de manera indefinida en la vida política, con efectos corrosivos sobre todo el sistema [...] En definitiva, con sus miserias y también con sus excesos (que los ha habido), el recurso de inconstitucionalidad ha cumplido su misión de contribuir a la ‘paz jurídica’ por medio de la aclaración de las dudas más graves sobre la validez de las leyes que se han planteado en la vida política.” (Brage Camazano 1998, pp. 86-87)

En vistas de la experiencia española y alemana, concluye Brage Camazano (1998, p. 88), puede afirmarse que la acción de inconstitucionalidad es un método insustituible para la defensa de la Constitución, por un lado, como instrumento para la protección de las minorías y, por otro lado, como medio para poner punto y final a conflictos que de otro modo permanecerían enconados en la vida política.

No caben dudas de que el argumento de Brage Camazano es plausible, pero justamente porque ciertos conflictos en las sociedades referidas (España y México) no son manejados por las fuerzas políticas de modo que una solución parezca cercana, o siquiera deseable para ellas mismas. Lo que el autor propone, aunque no parece hacerse cargo de esta implicación de su tesis, es *retirar dichos conflictos del debate democrático* y confiar su solución a una institución especializada. Una justificación para este procedimiento, desde la teoría de la democracia, no parece muy prometedor, a menos que se lo plantee como un expediente temporario, hasta tanto las fuerzas políticas desarrollen una conciencia democrática que les permita enfrentar todo tipo de cuestiones que conciernen a la vida colectiva. Hasta qué punto la soluciones propuestas por un tribunal constitucional, con todo, permiten poner “punto y final” a ese tipo de conflictos tan corrosivos, no puede sino ponerse en duda. Consideremos, por ejemplo, la cuestión de la “organización territorial del estado” en España, a que Brage Camazano hace referencia. A la fecha, la cuestión no solamente está lejos de haber sido resuelta, sino que la propuesta de reforma del estatuto de autonomía del País Vasco, por parte del jefe de gobierno de esta región, motivó una reforma del Código Penal por parte del gobierno nacional anterior, de modo de procesar penalmente a dicho jefe del gobierno regional si convocaba un plebiscito, en su

propio país, sobre el tema. Pero el así llamado "conflicto vasco" es solamente el más visible, pues otras regiones de España, como Cataluña, también tienen profundas diferencias con el reparto de competencias federales establecido por la Constitución de 1978. A la fecha, el gobierno socialista de España se propone iniciar un proceso de reforma constitucional que permita reabrir el debate democrático sobre todas estas cuestiones, para intentar avanzar hacia consensos básicos a su respecto. No solamente ha sido *material y moralmente imposible*, para el Tribunal Constitucional, ponerle "punto y final" a estos problemas, tampoco *hubiera sido nada bueno para la democracia española que ello ocurriera*.

CONCLUSIONES

El debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional, en Alemania y los EE.UU., ha tenido un punto de coincidencia, o bien una "analogía estructural", como ya se ha dicho más arriba, consistente en que todos los autores, en uno y otro país, dan por supuesta la existencia de una fuerte *comunidad académica de juristas liberales* en sus sociedades. Para las corrientes críticas de la justicia constitucional desarrolladas en este contexto, debe reconocerse que la revisión judicial de las leyes tiene un componente elitista y tecnocrático, que conspira contra los mecanismos participatorios de la democracia. Pero que los jueces no contribuyan efectivamente a afirmar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que, al contrario, sean un factor institucional que conspira, en ocasiones, para restringirlos y desconocerlos, no se ha planteado jamás como un argumento crítico principal en dichos países.

Aquí nos referimos a una *comunidad académica de juristas liberales* usando la expresión "liberal" en un sentido amplio y no en el sentido más estricto empleado en el debate alemán por Böckenförde. Para este autor, como queda dicho, una interpretación *liberal* de los derechos fundamentales supone entenderlos como garantías de protección de la esfera de libertad personal, antes que como contenidos valorativos que pueden legitimar la acción del Estado. En un sentido amplio, en cambio, una orientación ideológica "liberal" es aque-

lla que considera a los derechos fundamentales de la persona como valores o principios que tienen que ser preservados por encima de otros postulados con que se suele justificar su violación, tales como, por mencionar algunos ejemplos frecuentes en América Latina: la eficiente actuación del Estado en situaciones de emergencia económica, la defensa de concepciones religiosas y tradicionales de la vida personal o colectiva, la prevención y lucha contra el crimen, etc.

De los casos de EE.UU. y Alemania, la única circunstancia donde hemos visto que los jueces del tribunal constitucional se aproximaron a una concepción de su misión que, a fuer de conservadora, bordeaba por momentos lo autoritario, corresponde al tribunal constitucional alemán en la década de 1970. Ahora bien, fue justamente la presencia de una fuerte comunidad académica de juristas liberales, en dicho país, la que permitió o más bien exigió un cambio en la orientación de la jurisprudencia y actitud general del tribunal constitucional. No ya los críticos de la justicia constitucional, sus propios partidarios más decididos, al modo de Häberle o Alexy, tuvieron sobrada lucidez para notar que, si no se atendía a las numerosas objeciones surgidas en el marco académico contra la jurisprudencia del tribunal constitucional, esta institución corría el serio riesgo de perder su prestigio y autoridad. La *sociedad abierta de intérpretes constitucionales*, como la denomina Häberle, actuó como una rápida y efectiva instancia de control plural y democrático.

Vale la pena hacer notar que la propia riqueza e intensidad de la discusión sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional, en Alemania y EE.UU., constituye un signo evidente del carácter abierto de la interpretación constitucional en estos países, así como de su inserción en una amplia comunidad de especialistas, ciudadanos y grupos de opinión, que actúan como una rigurosa instancia de control democrático de esta institución.

Los trabajos de Gargarella representan, en este sentido, un aporte muy revelador para comprender la diferencia estructural que el debate tiene en el caso de las sociedades latinoamericanas. El mismo supuesto de la discusión estadounidense y alemana, la existencia y protagonismo en la interpretación constitucional, de una sólida y respetada comunidad académica de juristas liberales con una gran apertura hacia la sociedad y canales de contacto frecuentes con los

ciudadanos, *no puede admitirse de ningún modo para el caso de América Latina*. No solamente en el ejemplo del debate sobre la legitimidad democrática de la justicia constitucional se revela, en esta región, un clima de opinión cerrado y la poca inclinación al debate crítico entre los juristas.

Gargarella ha ilustrado los efectos de esta ausencia de una "sociedad abierta de intérpretes constitucionales" para el caso de la corte constitucional argentina, cuyas decisiones han sido, en muchos casos, antes desconocedoras que afirmatorias de los derechos fundamentales de la Constitución. Algunas direcciones para la investigación futura quedan así marcadas. Por un lado, es claro que se requieren trabajos empíricos que analicen la composición de los tribunales constitucionales en América Latina, para establecer el grado de presencia entre sus miembros de grupos dominantes por razones de género, étnicas y de estrato social, con perspectivas comparadas al conjunto de la sociedad y a la realidad de otras regiones como Europa y EE.UU. El grado de inserción de los tribunales constitucionales en la sociedad civil, si bien más difícil de operacionalizar (es decir, traducir en medidas empíricas), también resulta un área imprescindible para la investigación. La frecuencia de contactos institucionales de los tribunales constitucionales con organizaciones no gubernamentales, el uso efectivo de mecanismos de audiencia pública y su aprovechamiento por grupos de opinión y grupos de interés, la participación de miembros de los tribunales constitucionales en debates académicos, así como la aceptación y frecuencia de votos en disidencia, todos estos indicadores y otros muchos posibles permitirían llegar a un cuadro más exacto, y no ya meramente intuitivo, de dicho grado de inserción en la sociedad civil de los tribunales constitucionales en América Latina.

Por otro lado, claro está, la compatibilidad entre los pronunciamientos de las cortes constitucionales, en las últimas décadas, y el código de derechos fundamentales recogido en los textos constitucionales, interpretado éste a la luz de una "moral esclarecida" (según la expresión de Garzón Valdés), debe ser puesta a prueba. Un trabajo como el de Lösing resulta, en este sentido, un modelo a seguir. Si bien dicho estudio es, como se analizó más arriba, deficiente hasta el desconcierto en su tratamiento del debate sobre la legitimidad demo-

crática de la justicia constitucional, su minuciosidad comparativa para analizar los diseños institucionales de las cortes constitucionales en países latinoamericanos no deja de ser ejemplar. Similares estudios comparados, aplicados al problema del grado de respeto y consistencia que los tribunales constitucionales muestran en su jurisprudencia respecto a los derechos fundamentales, resultarían sumamente reveladores. Demasiada doctrina constitucional, en América Latina, está exclusivamente enfocada al propio caso nacional del autor y se atiende a un tono apologetico, cuando no reverencial frente a cada pronunciamiento de los tribunales supremos en la materia.

En última instancia, la profundización y ampliación del debate a que nos hemos referido no tiene por qué resultar negativa para la autoridad y el prestigio de las cortes constitucionales, como organismos de la democracia. Esto lo muestran así muy bien los debates en EE.UU. y Alemania, que han sido cruciales, al contrario, para que dicho prestigio y autoridad se conserven y fortalezcan. A esta altura, debería resultar enteramente claro que los partidarios de una justicia constitucional sólida y respetada le hacen muy poco favor a esta institución si se inclinan por ignorar, minimizar o ridiculizar el necesario debate sobre su legitimidad democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Ackerman, Bruce, *We The People: Foundations*, Cambridge/ London, Belknap of Harvard University Press, 1991.
- Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (1ª edición Baden-Baden, Nomos, 1985).
- _____, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.
- Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven and London, Yale University Press, 1986, 1ª ed. 1962.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, 1ª ed. 1998.
- Brewer-Carías, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales. Tomo VI: La Justicia Constitucional*, 3ª ed., Caracas-San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira/ Editorial Jurídica Venezolana, 1996.
- _____, “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en *Belaúnde y Segado 1997*, pp. 117-224.

Denninger, Erhard (1990), *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996.

Ely, John-Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge/ London, Harvard University Press, 1980.

Farrell, Martín Diego, *El derecho liberal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

_____, "In Search of a Democratic Justice. What Courts Should Not Do: Argentina (1983-2002)", en Roberto Gargarella et al. (eds.), *Democratization and the Judiciary. The Accountability function of courts in new democracies*, London, Frank Cass, 2004, pp. 181-197.

Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Grimm, Dieter, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994 (1ª edición 1991).

Häberle, Peter (1975), "Die offene Gesellschaft der Verfassungssinterpreten", *Juristen Zeitung* 1975, pp. 297-305 (cit. de la traducción castellana: "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, en Peter Häberle, *Retos actuales del estado constitucional*, trad. de Xabier Santiesteban, Oñati, IVAP, 1996, pp. 15-46).

Häußler, Richard (1994), *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung. Ein Beitrag zur Geschichte und Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.

Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, 1ª ed. 1992.

Kelsen, Hans, "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?", *Die Justiz*, Bd. VI, Doppelheft 11/12 (1931), pp. 576-628.

Klein, Hans H. [en línea], "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Kritik", en Hans H. Klein/ Horst Sendler/ Klaus Stern (eds.), *Justiz und Politik im demokratischen Rechtsstaat*, Sankt Augustin: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. (Interne Studien Nr. 119), 1996, pp. 7-23. Disponible en: <http://www1.kas.de/publikationen/1996/staat/juspol.doc> [última consulta 21 de mayo de 2004]

Lösing, Norbert, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Lateinamerika*, Baden-Baden, Nomos, 2001 (trad. castellana, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson, 2002).

Maus, Ingeborg, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.

Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

_____, "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en AA.VV. 1991, pp. 97-140.

Rubio Llorente, Francisco, "Discusión de la primera ponencia", en P. Cruz Villalón et al. (eds.), *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 39-42.

Schmitt, Carl (1931), *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 4ª ed., 1996, 1ª ed. 1931.

Sunstein, Cass, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge/Mass., Harvard University Press, 1990.