



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Agudelo-Agudelo, C. A. (2024). La tensión entre la democracia y el control judicial, una mirada neoconstitucional. *Jurídicas*, 21(2), 221-243. <https://doi.org/10.17151/jurid.2024.21.2.12>

Recibido el 4 de marzo de 2024
Aprobado el 20 de mayo de 2024

La tensión entre la democracia y el control judicial, una mirada neoconstitucional

CARLOS ALBERTO AGUDELO AGUDELO*

RESUMEN

El siguiente artículo presenta una mirada de la tensión expuesta por el constitucionalismo contemporáneo en torno al papel que ejerce el control judicial frente al principio democrático. Este texto se encuentra dividido en tres partes. La primera, expone los planteamientos de los teóricos neolegalistas, entre los que se destacan Laporta y Waldron. La segunda, describe la posición del constitucionalismo popular y las democracias deliberativas. Y, la tercera, es una aproximación general de la trasmutación de esta discusión en Iberoamérica. En suma, este mapa conceptual describe cómo es posible tanto atacar como defender la tensión entre los jueces y la democracia. Algunos autores ofrecen una alternativa y el neoconstitucionalismo otra, sin embargo unos y otros comparten una misma finalidad, a saber: que los jueces ejercen un “poder prodemocrático” siempre y cuando sean coherentes con la Constitución y la democracia.

PALABRAS CLAVE: control judicial, democracia, juez, neoconstitucionalismo, dificultad contramayoritaria.

* Abogado. Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes y Visiting Scholar en Columbia University, profesor titular de Universidad de Caldas, Manizales, Colombia. E-mail: carlos.agudelo@ucaldas.edu.co. Google Scholar ORCID 0000-0001-7482-1109



The tension between democracy and judicial control, a neo-constitutional perspective

ABSTRACT

This article presents a view of the tension exposed by contemporary constitutionalism regarding the role of judicial control vis-à-vis the democratic principle. This text is divided into three parts. The first part presents the approaches of neo-legalist theorists, among whom Laporta and Waldron stand out. The second part describes the position of popular constitutionalism and deliberative democracies. Finally, the third part is a general overview of the transmutation of this discussion in Latin America. In short, this conceptual map describes how it is possible to both attack and defend the tension between judges and democracy. Some authors offer an alternative while neo-constitutionalism offers another. However, both share a common purpose: that judges exercise a “pro-democratic power” as long as they are consistent with the Constitution and democracy.

KEYWORDS: Judicial control, democracy, judge, neo-constitutionalism, counter-majoritarian difficulty.

Introducción

A partir de una “nota a pie” expuesta en el constitucionalismo contemporáneo, que Alexander Bickel en 1962 rotuló como la “dificultad contramayoritaria” (entiéndase de ahora en adelante DCM), este artículo intenta describir de manera general un mapa teórico sobre las formas en cómo se ha trasplantado dicha formulación: “la dificultad de raíz consiste en que el control judicial es una fuerza contra-mayoritaria en nuestro sistema [...], el control judicial constituye un control por parte de una minoría no representativa sobre una mayoría elegida” (Bickel, 1962, p. 16)¹.

En este sentido, la DCM se ha convertido en una metodología de investigación para hacer algunos deslindes teóricos y prácticos que permiten fortalecer la democracia constitucional. Lo anterior, debido a la existencia de una lectura parcial del problema descubierto por Bickel en los Estados Unidos en la práctica constitucional. Por ello, en primer lugar, se describirá el uso de la DCM que han hecho algunos “escépticos del control judicial”² a la luz de esta lectura; esto es, los jueces ejercen un “poder contramayoritario” en donde la función judicial puede ir en contra de las mayorías al declarar normas inconstitucionales.

Y, en segundo lugar, se expondrán algunos autores que muestran el rechazo de esta postura al explicar que los argumentos en contra de la “objeción democrática” no son convincentes, aunque esta crítica ha sido al margen de la respuesta dada por Bickel al problema de la DCM. Por esto, los críticos y quienes aceptan la revisión judicial, no han pasado de esta “nota al pie” sin avanzar en la respuesta dada por Bickel a la DCM.

Bickel se remonta a 1803 al caso *Marbury vs. Madison* y luego a algunos momentos de la Corte Suprema de los Estados Unidos para explicar la tensión que ha existido entre la democracia y los jueces, por lo que es tan solo a partir de la aparición de su obra: *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics* en 1962 que la “obsesión académica” por los jueces se volvió recurrente en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, con el debate en 1920 entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, puede decirse que esta discusión ya había llegado por primera vez a Europa; además, es muy común que en las prácticas constitucionales las dificultades entre los poderes públicos sean más evidentes de lo que se piensa³.

¹ Ver, por ejemplo, C. A. Agudelo. (2015). *La democracia de los jueces, la rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional*. Editorial Leyer.

² Por escépticos del control judicial se entiende a aquellos autores que niegan la posibilidad de que los jueces puedan declarar normas inconstitucionales. Roberto Gargarella y, en general, las corrientes legalistas y formalistas del derecho hacen parte de esta corriente.

³ Lo que se quiere decir con estos hechos históricos es que se puede hablar de una “DCM implícita” para ir distinguiéndola de la DCM expuesta por Bickel; no obstante, esta guarda en su naturaleza filosófica y jurídica los mismos presupuestos básicos que estableciera el mencionado autor. Es decir, antes de la denominación de la “dificultad contramayoritaria” en 1962, los conflictos entre los jueces y la democracia siempre habían estado presentes solo que Bickel lo rotuló volviéndolos el centro de atención.

Con todo, y a pesar de esta “dificultad contramayoritaria implícita” que yace en los ordenamientos jurídicos y en la práctica constitucional, fue con Bickel —a partir de la ola constitucional después de posguerra— que el debate entre los jueces y la democracia se volvió tema de estudio y de discusión en la academia jurídica. Por esta razón, este artículo se centrará en algunas líneas argumentativas que están influenciadas y entran en diálogo con el tópico bickeliano. A continuación, se considerarán algunos argumentos que sostienen que los jueces ejercen una “fuerza contramayoritaria” si intervienen judicialmente en las funciones que tienen otros poderes públicos.

El neolegalismo y el fortalecimiento de las instituciones democráticas

Después del legalismo clásico del siglo XIX y principios del XX, y en medio del constitucionalismo de los años 80 y 90, se da un renacimiento del legalismo (neolegalismo) que está inspirado mayormente en la democracia popular y que busca poner límites a las facultades de los jueces. En esta corriente se puede encontrar a Jeremy Waldron, quien es el crítico más audaz del control judicial, al plantear que en una sociedad democrática la intervención de los jueces conlleva a ejercer un poder contramayoritario que debe ser limitado debido a su falta de legitimidad democrática; para Waldron (2006): “las instituciones democráticas están razonablemente en un buen orden. Puede que no sean perfectas y probablemente hay debates en curso, en cuanto a la forma en que podría mejorarse” (p. 1363)⁴.

Con base en esta posición, Waldron cree que los jueces no pueden hacer control judicial cuando se trata del establecimiento de derechos y de políticas; ya que la “primera y la última palabra” la debe tener el parlamento o quien haga sus veces. Por lo tanto, el argumento según el cual los jueces están en un “lugar estratégico”, mejor que el “foro legislativo”, para decidir asuntos constitucionales, no es defendible para Waldron. Por lo que, para este autor, el control judicial es solo un mito.

Ahora bien, insiste Waldron, es mejor decidir los derechos y los desacuerdos en las asambleas legislativas debido a que esta institución posee un origen democrático, mientras que los jueces no son elegidos por voto popular. Entonces, para él, aunque los jueces tengan la última palabra, en algunas ocasiones no deciden por unanimidad; lo anterior conduce a que deben fallar a través de una votación. En este caso, es mejor que las decisiones las tomen las instituciones democráticas, que son representativas y mayoritarias, a que las decida una institución no representativa y minoritaria como los jueces. Es más, para este autor, los jueces están más interesados por seguir los precedentes judiciales que por defender a la democracia.

⁴ Ver, por ejemplo, E. Roa. (2019). *Control Constitucional deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia.

Incluso, dice Waldron, si se acepta que las cuestiones espinosas de los derechos deben ser decididas por nueve hombres (por ejemplo, la Corte Constitucional): ¿por qué deberían ser decididas por mayoría simple en una votación entre jueces? En este caso, la situación empeora para los defensores del control judicial, quienes respaldan a un organismo no elegido democráticamente. Por esto, Waldron siempre ha estado intrigado por el hecho de que las decisiones de los tribunales muchas veces se hagan a través de votación al aplicar el principio de la mayoría a sus números exigüos. En el extremo de todo esto —como en la democracia popular— todo se reduce a un conteo de votos, así que dejar en manos de los jueces decisiones que afectan a las instituciones democráticas es caer en el argumento contramayoritario.

En suma, y como dirían Gargarella y Martí (2005) en el estudio preliminar a la traducción de la obra de Waldron,

La crítica de Waldron del control judicial de constitucionalidad de las leyes es, posiblemente, la más importante que ha recibido dicha práctica desde la aparición del fundamental trabajo de Alexander Bickel (aunque los escritos de este último estuvieran destinados, finalmente, a mostrar una *mejor forma* de defender la labor de los jueces). (p. 27)

Por tanto, se puede inferir, a partir de Gargarella y Martí (2005), que la propuesta de Bickel ha sido utilizada para atacar al control judicial. Sin embargo, también dejan entrever —sin dar explicaciones— que la tesis de Bickel es utilizada para justificar dicho mecanismo judicial. No obstante, y como se verá más adelante, la tesis gruesa de la democracia deliberativa es que los jueces al no ser elegidos democráticamente se ven sometidos a una objeción democrática cuando intervienen como correctores legales.

Otro autor inscrito en la corriente neolegalista es Francisco Laporta, quien es quizás desde finales del siglo pasado —en el habla hispana— el autor más agudo y preocupado por los alcances de las funciones de los jueces.

Para Laporta, es Waldron quien más ha promovido la “objeción contramayoritaria” hecha a los jueces. Por esta razón, afirma, los filósofos del derecho no deberían dedicarse tanto a plantear teorías sobre el control judicial, sino que deberían interesarse también por plantear una teoría de la “autoridad de la legislación”; máxime, cuando son comunes los desacuerdos entre personas razonables dentro de la naturaleza de una democracia auténtica (Laporta, 2001). De modo que, en términos de Laporta, es preferible preocuparse más por una teoría de la legislación que seguir obsesionados con el poder judicial, puesto que existe un inconformismo con las tendencias del constitucionalismo que han presentado a la rama judicial y a su jurisprudencia por encima de la ley.

De hecho, en un artículo de 1999, aunque esto ya lo había expuesto en la década de los 80, Laporta critica el “nuevo constitucionalismo” basado en principios y reglas generales abstractas:

El resultado en cualquier caso es que el bloque constitucional adquiere una gran presencia e intensidad y una enorme cantidad de problemas que hasta ahora se planteaban y resolvían en el nivel de la legalidad, se proyectan ahora hacia la Constitución y apelan a ella. Este es un fenómeno que cuando supera una cierta medida produce lo que podemos llamar “sobreconstitucionalización” (*over constitutionalization*). Aunque la sobreconstitucionalización no es algo de lo que vaya a ocuparme aquí, no quiero dejar de mencionar que puede tener el efecto perverso de deteriorar a la Constitución misma y a los órganos de control constitucional. Pero el resultado que nos interesa ahora es que la ley está en permanente interinidad y en una posición subalterna, porque es interpretada y contemplada no por sí misma sino como una suerte de sospechosa permanente que hay que vigilar a la luz de la Constitución. Con ello, apenas es preciso decirlo, ha perdido el prestigio que acostumbró a tener en tiempos. (Laporta, 1999, p. 322)

A partir de este desconcierto que siente por la “constitucionalización del derecho”, Laporta (2007), presenta la tesis de que el “imperio de la ley” comienza a desplazarse por el surgimiento de otros mecanismos judiciales.

Pero ahora se afirma que esa situación está tocando a su fin o está seriamente amenazada debido a un conjunto muy complejo de factores de todo tipo que luego recordaremos, y entre los que suelen mencionarse fenómenos como el surgimiento de entidades políticas supranacionales [...] la presencia del poder ejecutivo en la vida nacional y el creciente protagonismo de las decisiones judiciales sobre todo en materias de control de constitucionalidad. (p. 151)

De ahí que, y citando a Kelsen y Bickel, termine explicando cómo estos debates constitucionales tienen que ver con la “objeción contramayoritaria”:

En la discusión sobre los fundamentos del control de constitucionalidad ya lo anunció Kelsen, y es lo que se llama al menos desde Bickel, “objeción contramayoritaria”, que está lejos de haber sido respondida satisfactoriamente. Porque desde luego lo que no es una respuesta satisfactoria es volver a apelar aquí a la Constitución como depósito de la legitimidad mayoritaria. (Laporta, 2007, p. 328)

Por esta razón, y con base en las exaltaciones y el respeto que se debe tener con la ley, Laporta (2007) concluye con una sentencia que deja a todos perplejos: “el mensaje para la reflexión seria, es pues este: menos neoconstitucionalismo y más neocodificación” (p. 167).

Es justamente en este punto donde Laporta se apoya en Bickel, aunque sea a través de en una “nota al pie”, para decir que los jueces al no ser elegidos democráticamente son una fuerza antidemocrática. De ahí que lo mejor sea que el “imperio de la

ley” mantenga el privilegio que ha tenido como rey de las fuentes del derecho por encima de la jurisprudencia. Argumenta Laporta (2007):

Pero lo que nos demanda esta segunda pregunta o esta segunda forma de la objeción democrática son las razones que abonan que sea un grupo de jueces no elegidos democráticamente, un grupo de sabios, el que imponga sobre el órgano legislativo una decisión o una limitación. Es, creo, lo que tradicionalmente se ha entendido como “objeción contramayoritaria”. (p. 222)

La importancia de la posición de Laporta, es la de poder ilustrar la lectura parcializada que han tenido los “escépticos del control judicial” (en este caso, los neolegalistas); ya que en sus escritos han hecho alusión al problema planteado por Bickel, pero sin tratar de resolverlo a través del concepto de “virtudes pasivas”⁵ — ofrecido por él— para evitar que los jueces ejerzan un “poder contramayoritario”. En esta situación, también terminaron cayendo los promotores de las democracias deliberativas en general.

Del constitucionalismo popular a la democracia deliberativa: los jueces como vigilantes de los “canales de participación”

Así como el neolegalismo reclamaba el “imperio de la ley” y el protagonismo de las asambleas legislativas para poner límites al control judicial, para los constitucionalistas populares el aumento del poder del juez constitucional fue en detrimento de la democracia participativa y de la “última palabra” que estaba en el pueblo (González, 2011). De la misma manera, dicha preocupación se encuentra en el corazón de la tesis de Mark Tushnet, quien afirma que la tensión entre jueces y democracia es la que no deja ver si lo que hace el legislativo sin la intervención judicial está bien o si lo que hacen los jueces al intervenir está mal: “[n]osotros no podemos saber realmente como se comportaría el Congreso si los tribunales se hicieran a un lado” (Tushnet, como se citó en Kramer, 2011, p. 292).

Por otro lado, de acuerdo con Larry Kramer, la solución a la anterior tensión no se encuentra en los tribunales, ni en el legislativo, ni en la Constitución, sino en el pueblo mismo, porque la Constitución está hecha por ellos. Además, porque el pueblo no puede decidir si rechaza el control judicial, si modifica las leyes, e inclusive si se hace una nueva Constitución, dado que los individuos también deciden cómo hacer sus vidas, quiénes deben gobernarles y demás. Sobre todo,

⁵ Las virtudes pasivas son facultades que tienen los jueces para decidir de manera objetiva y prudente cuándo una norma puede salir del ordenamiento jurídico. Es decir, lo que debe hacer el juez en primer lugar no es decidir *a priori* si la norma es inconstitucional, sino más bien esperar a que la sociedad misma decida si la norma debe salir del ordenamiento jurídico. El juez, en este caso, debe darse un tiempo de espera para que la norma se asiente en la realidad social; de esta manera, si después de este tiempo de espera la norma es demandada o los movimientos sociales lo reclaman, el juez puede tomar medidas a través de decisiones basadas en principios constitucionales.

piensa, que los tribunales son sirvientes del pueblo: un sirviente que requiere de mucha deferencia por parte del pueblo, pero que en última instancia debe someterse a los juicios de este debido a que no son la “última palabra”, pues la última palabra es del pueblo (Kramer, 2011).

Lo que debe quedar claro con este “constitucionalismo popular” es que los jueces no son portadores de la verdad en materia de derechos y que a lo sumo tan solo están para aplicar la ley que el pueblo, a través de la Constitución y sus representantes, ha pedido que se cumpla. Sin embargo, como dice Chemerinsky (2011), el “constitucionalismo popular” no debe ser tomado a la ligera, dado que este genera un gran temor:

Mi temor es que el constitucionalismo populista haga que los jueces progresistas futuros se abstengan de intervenir ante decisiones de otros poderes del Estado y no hagan cumplir la Constitución con el fin de hacer progresar la libertad y la igualdad [...]. Volverse en contra de los tribunales no es la manera de conseguir eso. (p. 95)

Ahora bien, así como el “constitucionalismo popular” del siglo XX fue una respuesta a la herencia del fascismo, la anarquía, la monarquía, las tiranías originadas en los siglos XVII, XVIII, XIX y la primera mitad del siglo XX, las “democracias deliberativas” son también una respuesta a todas estas teorías a finales del siglo XX. Es decir que las dictaduras y las democracias populares cada vez más se vieron superadas por las “democracias deliberativas” surgidas en los años 80.

En estos años, básicamente con Joseph Bessette, nace la idea de la “democracia deliberativa”⁶; idea que se presentaba como un “paradigma elitista” y que los norteamericanos, principalmente con Madison, Jefferson y Hamilton, llevaron a cabo en la independencia de los Estados Unidos. Sin embargo, en Latinoamérica, este paradigma tan solo llegó en los años 90 influenciado por las tesis de Ely y Habermas. Posteriormente aparecieron los postulados de Nino, Gargarella y Félix Ovejero; estos autores consolidaron el “paradigma deliberativo latinoamericano”. A continuación, se observará esta línea argumentativa para seguir ilustrando otra forma de la DCM.

John Hart Ely, en *Democracia y desconfianza*, propone el debate entre la democracia y los jueces sin estar circunscrito como otros autores en la línea de las democracias deliberativas; este autor dejará una huella para los deliberativistas en la década de los 80 y 90. En este sentido, el proyecto académico de Ely, se propuso en un momento en el que se debatía con altura la relación entre la democracia y los jueces; discusión que empezaba a tomarse en serio en la academia jurídica.

Ely, al igual que Hamilton en *El Federalista* y Bickel en *The Least Dangerous Branch*,

⁶ Por “democracia deliberativa” se puede entender de entrada, según la afirmación sostenida por Martí (2006), “un modelo político *normativo* cuya propuesta básica es que las decisiones políticas sean tomadas mediante un procedimiento de deliberación democrática. Por lo tanto consiste, por encima de todo, en un modelo de toma de decisiones” (p. 22). Es también, según Elster (1998), “una toma de decisiones colectiva con la participación de todos aquellos que resultarán afectados por la decisión, o de sus representantes: éste es el aspecto democrático” (p. 8).

concluyó que el poder judicial ya no sería más la “rama menos peligrosa” debido a que estaba influyendo en los cambios sociales y políticos; por ejemplo, la Corte Suprema —en el caso norteamericano— ha ganado respeto e influencia en la sociedad —incluso a nivel mundial— con sus decisiones. Al decir de Ely (1997):

Es posible que la Corte no tenga ni la espada ni la bolsa, pero su capacidad de influir de manera importante en la forma cómo funciona la nación ha demostrado ser enorme, y parece aumentar con el tiempo. Puede ser cierto que la Corte no sea capaz de desviar permanentemente la voluntad de una sólida mayoría, pero ciertamente puede retrasar su aplicación durante décadas enteras. (p. 66)

¿Qué es lo que hace que la Corte vaya ganando terreno dentro de la política y la sociedad? Según Ely (1997), con base en Bickel, la Corte a través del método del razonamiento judicial va descubriendo ciertos valores y principios que le permiten legitimar sus decisiones:

La bibliografía constitucional prevaleciente durante los últimos treinta años ha insistido a menudo en que los jueces, al buscar los juicios de valor constitucionales, deberían utilizar, en palabras de Alexander Bickel, “el método de razonamiento propio del discurso de la filosofía moral [...]”. (p. 77)

A lo que continúa, “los jueces tienen, o deberían tener, el ocio, el entrenamiento y el aislamiento que les permita seguir el camino del erudito al buscar los fines del gobierno” (Ely, 1997, p. 77).

A su vez, recordando a Bickel y criticando su planteamiento según el cual los jueces descubren valores en sus fallos, Ely (1997) agrega:

No sería correcto, dice Bickel, que los magistrados impongan sin más sus propios valores: admitía, a diferencia de muchos que han fingido no hacerlo, que, dada la enorme influencia de la rama judicial, tal curso de acción sería fundamentalmente inconsistente con los primeros principios de nuestra democracia. (p. 94)

Este punto fue el que lo apartó de Bickel, ya que los jueces no estaban para descubrir valores, sino para vigilar que los procedimientos democráticos estuvieran abiertos. Al decir de Ely (1997): “Prácticamente todo el mundo coincide en afirmar que los tribunales deberían estar fuertemente involucrados en controlar los impedimentos a la libertad de expresión, de prensa y de asociación política” (p. 133)⁷.

⁷ Para Rush (2010), por ejemplo, independientemente de la potencia con la que los tribunales son considerados, los críticos sostienen que el activismo judicial debilita la capacidad deliberativa de los poderes electos por erigir obstáculos a la libre deliberación legislativa. Además, la amenaza de la revisión judicial hace que los legisladores reconsideren sus preferencias políticas con el fin de evitar la posibilidad de este mecanismo de los jueces. Por ello, el activismo judicial en la medida en que es un obstáculo para la deliberación legislativa sin restricciones y sin control, socava la integridad del procedimiento electoral y legislativo y pone en peligro la capacidad de las personas para gobernarse a sí mismas a través de sus representantes electos.

Ely, insiste, a partir de una exposición de motivos de lo que es una Constitución, que la carta de los Estados Unidos es una Constitución de procedimientos y no de valores. Asimismo, argumenta que los padres fundadores no estaban pensando en una Constitución como fuente de valores, sino en establecer con claridad los procedimientos legales y administrativos para una nueva sociedad. Con base en ello, expresa que los jueces solo tendrán una labor de desbloqueo de los “canales de participación” para que la sociedad pueda deliberar, votar y exigir sus derechos. Así, será más fácil fortalecer los valores que son propios de la comunidad y no aquellos que descubran y prescriban los jueces para la democracia. En este orden de ideas, argumenta Ely (1997), los jueces solo deben desbloquear “las obstrucciones al proceso democrático” (p. 146). Por ello, los jueces, desde la mirada de Ely (1997), cumplen con la función de reforzar la representación popular en lugar de debilitarla: “la elaboración de una teoría del control constitucional que refuerce la representación podría desarrollarse en diversas direcciones” (p. 215)⁸.

Por lo tanto Ely, en 1980, aunque tiene otra forma para exponer la DCM, está apoyando a la vez lo que Bickel había propuesto años atrás con el control judicial; es decir, que los jueces pueden contribuir a contrarrestar las falencias de la sociedad en materia de principios y valores. Recordando a Bickel, los jueces contribuyen con la democracia porque poseen facultades y “espacios de ocio” que les permiten descubrir valores inmersos en la sociedad y que son deseables para la estabilidad democrática. En fin, con base en este descubrimiento y el uso debido del control judicial por medio de las “virtudes pasivas”, los jueces ganarán el poder que han perdido por los ataques de los demás poderes.

Aun así, para Ely (1997), Bickel venía aceptando que su propuesta para resolver la DCM al interior de la Corte Suprema cada vez se tornaba más difícil:

La tradición estaba excesivamente orientada al pasado, al menos para un liberal seguidor de Robert Kennedy como lo fue Bickel incluso hasta 1968. El consenso, ahora prometedor, podría solucionar la dificultad contramayoritaria. Pero lentamente llegó a darse cuenta, si bien no renunció por completo a esta idea, de que probablemente no existía un consenso respecto al tipo de problemas que se presentaban ante la Corte, y que, de haber existido, la Corte sería una de las últimas corporaciones en la que podríamos confiar para descubrirlo. (p. 94)

En este punto, a partir de la lectura Ely en la década de los 90, en Latinoamérica comienza a transmutarse el concepto deliberativo de democracia. Carlos Santiago

⁸ Dorf (2010), sostiene que en momentos de crisis democrática son más necesarios los tribunales constitucionales. Según este autor, para Ely, la teoría del refuerzo democrático es una justificación especial para el refuerzo de representación. Cuando los mecanismos de la democracia se han roto, los tribunales pueden encontrar un mecanismo en la Constitución para intervenir. Sin embargo, también argumenta, recordando a Waldron, que robustecer la rama judicial es empobrecer el trabajo de los funcionarios electos. O sea, una de las quejas de los críticos del control judicial es que este desalienta a los funcionarios electos a tomar en serio su obligación de defender los derechos constitucionales.

Nino, en su obra: *La constitución de la democracia deliberativa*⁹, presenta las principales objeciones que las democracias deliberativas hacen al control judicial. Para hacer esto, Nino se introduce en la tensión que generan los jueces cuando intentan intervenir en la elaboración de la ley sin estar facultados para ello. En esta tensión democrática, Nino, revisará cuál será la mejor propuesta para luchar con esta dificultad constitucional y colocará a la democracia deliberativa como una alternativa para responder a las intervenciones judiciales de la mano de los postulados de Ely; aunque advirtiendo de las objeciones propuestas por Bickel.

Afirma Nino (2003):

Tanto en el sistema norteamericano como en el europeo de control judicial de constitucionalidad, surgen dudas acerca de por qué el poder judicial, siendo un órgano aristocrático, debería tener la última palabra en determinar el alcance de los derechos individuales, dirimir los conflictos que se generen entre los poderes del gobierno e interpretar las reglas referidas al procedimiento democrático. [...] Un rol de tan significativa importancia en cabeza de los jueces desafía la visión tradicional de la división de poderes según la cual aquéllos simplemente aplican las decisiones de los órganos democráticos, sin analizar los méritos de tales decisiones. Alexander Bickel llamó a este problema "*la dificultad contramayoritaria*". (p. 259)

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta que Nino (2003) es un defensor de la democracia deliberativa en la que la opinión pública es privilegiada en un Estado democrático por encima del control judicial, suena sorprendente la siguiente afirmación del autor:

Sin embargo, la impresión de que el proceso democrático no puede satisfacer todos los requerimientos de la "Constitución ideal" es tan fuerte que el control judicial de constitucionalidad no puede descartarse solo como consecuencia de invocar los méritos de la democracia deliberativa. (p. 260)

Esta es una idea que debe tenerse en cuenta para responder a las críticas de los deliberativistas al control judicial, pues no todos ellos aceptan el argumento según el cual los jueces deben hacerse a un lado en la construcción de la democracia y los derechos. Una muestra de ello, son los postulados de Nino.

En este orden de ideas, para Nino (2005), y citando a Ely, la DCM puede resolverse tan solo cuando los jueces actúan como vigilantes del proceso democrático:

Esta visión del control judicial de constitucionalidad coincide con la posición del constitucionalista norteamericano Ely, quien, aceptando la dificultad contramayoritaria, precisamente centra la posibilidad de

⁹ Nino dejó este texto en manuscrito y su amigo Owen Fiss lo corrigió y adaptó con uno de los estudiantes del autor argentino para su publicación en 1996. Owen Fiss, es un reconocido profesor de Yale University en donde Nino también mantuvo una relación muy directa como docente.

la revisión judicial en la supervisión del proceso de representación, actuando la Corte Suprema como una especie de *referee* del proceso democrático. (p. 694)

Con todo esto, aunque suene extraño para un deliberativista, para Nino la función judicial es más poderosa que la propia tarea que Dworkin le estableció al juez Hércules.

De acuerdo con esta teoría del control judicial de constitucionalidad los jueces tienen una triple función de custodia: deben resguardar el proceso democrático, deben resguardar la autonomía personal y deben resguardar la continuidad de la práctica constitucional. Por cierto, que ello implica responsabilidades muy graves —sobre todo a cargo de la Corte Suprema—, que no pueden ser satisfechas de una forma meramente mecánica y formalista [...]. Por cierto, que toda esta tarea requiere de los jueces todavía cualidades más “hercúleas” de las que imagina Dworkin para sus jueces, que van meramente en busca de una consistencia articulada entre principios y decisiones pasadas. (Nino, 2005, p. 794)

A pesar de estas funciones “hercúleas”, Nino pretende evitar que los jueces caigan en el “argumento negativo” de la dificultad contramayoritaria. Al decir de Nino (2005):

Éste es el argumento basado en el hecho de que los jueces no tienen legitimidad democrática como para encarar las gravísimas cuestiones valorativas que, según el argumento anterior, ellos deben encarar para justificar sus decisiones. Los jueces no están elegidos directamente por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo. (p. 682)

Sin embargo, aunque Nino sea un deliberativista, vale aclarar que para esta corriente el “argumento negativo” acerca de la dificultad contramayoritaria busca reducir las facultades de los jueces. Después de todo, Nino hace una defensa de que los jueces pueden intervenir judicialmente al exponer que el argumento bickeliano se puede neutralizar diciendo que es posible una legitimidad de la Constitución por parte de los jueces. Explica Nino (2005):

Como se insinúa en la referencia a la opinión de Marshall que hace Bickel, se podría tratar de contrarrestar la fuerza del argumento anterior diciendo simplemente que cuando los jueces descalifican una ley o un decreto aplicando la Constitución, lejos de oponerse a la voluntad mayoritaria, dan efecto a la voluntad mayoritaria de nivel superior que expresa la Constitución. (p. 688)

En suma, se puede sostener que Nino defendió un control judicial moderado afirmando que los jueces tan solo son vigilantes de los canales de participación, la autonomía individual y la continuidad de la práctica constitucional. Es decir, para un defensor de la razón pública como Nino, es absurdo pensar que los jueces lleguen a decisiones razonables en un espacio de regocijo y sin un diálogo con la

sociedad tal como lo planteó Bickel; no obstante, ello es una muestra más de la lectura parcial de Bickel, puesto que en este autor también se pueden encontrar las preocupaciones de Nino hacia los jueces como poder contramayoritario¹⁰.

Posteriormente a Nino, Roberto Gargarella a mediados de los años 90 comenzaría a promover un discurso constitucional y democrático donde los jueces constitucionales no van a tener ningún tipo de protagonismo dentro de la democracia deliberativa. Así, para Gargarella, la principal objeción al control judicial es que los jueces no pueden ser la “última palabra” en temas de derechos; máxime, cuando estos no son elegidos democráticamente. Dice Gargarella (1996):

A partir de este tipo de criterios, el jurista Alexander Bickel contribuyó a hacer renacer la crítica a (lo que él denominó) el “carácter contramayoritario” del poder judicial. Desde las primeras páginas de su famoso libro *The Least Dangerous Branch*, Bickel negó la validez de los argumentos de Hamilton y Marshall. (p. 57-58)

En este sentido, Gargarella afirma que, y apoyado en la tesis de Bickel, los jueces serían una fuerza antidemocrática haciendo uso del control judicial para defender la voluntad del pueblo. En este orden de ideas, Gargarella realiza una lectura parcial de los postulados bickelianos debido a que a través de estos es posible defender la idea de que los jueces por medio de sus actuaciones fortalecen a la democracia. Por el contrario, Gargarella, en su obra, ha buscado poner en discusión que los jueces intervienen al momento de solucionar los problemas sociales; ya que para él la solución de estos, y de los derechos en general, solo puede darse a través de la deliberación pública. Por esta razón, sostiene:

Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía [...] sigan decidiendo cuestiones sustantivas [...], deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la “última palabra” en materia constitucional, cuando sabemos lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder [...]. Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y aislada de los jueces nos garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva. (Gargarella, 1996, p. 265)

No obstante, en “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?” de 2007, ha argumentado —y contrario a lo que sostuviera años atrás apoyado en Bickel, Nino y Ely— que dentro de una “democracia deliberativa” los jueces están en una situación excepcional para fomentar la deliberación debido a que estos también pueden defender los principios de la democracia cuando se encuentran con situaciones en las que se vulneran los derechos de las minorías, por ejemplo.

¹⁰ Afirma Nino (2013): “Los jueces son, como dice Alexander Bickel (1962), órganos ‘contramayoritarios’ y no están, en general, en mejores condiciones que los órganos de representación y control popular para llegar a soluciones correctas, o sea, imparciales” (p. 244).

Lo anterior, es una muestra de que Gargarella plantea una línea argumentativa diferente a la “posición radical y escéptica” que sostenía en los años 90 frente al control judicial; alineándose en las tesis de Ely y Nino, en las cuales los jueces ejercen un control judicial como vigilantes de los procedimientos democráticos. En todo caso, para Gargarella, los jueces no pueden intervenir como última razón en los derechos sustanciales; máxime, si los jueces están aislados tanto del “diálogo interinstitucional” como de la deliberación colectiva.

Para ir terminando con las posturas deliberativistas, se observará finalmente la posición de Jürgen Habermas frente al control judicial en el marco de la dificultad contramayoritaria. En su obra: *Facticidad y validez*, Habermas recurre a Frank Isaac Michelman para poner en aprietos tanto al control judicial como al juez Hércules de Dworkin; estos no parecen coherentes con la esencia de una democracia constitucional y, mucho menos, deliberativa. Afirma, con base en Michelman, respecto a Hércules, lo siguiente:

Lo que falta es diálogo. Hércules... es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, si no es a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otroidad. Nada le conmociona. (Habermas, 1998, p. 295)

En este sentido, el problema del juez Hércules es que no se identifica con los jueces reales y se proclama como un faro al que todos deben seguir violando la más elemental definición de democracia. Agrega Habermas (1998):

Como los jueces, en tanto que seres de carne y hueso, están muy por debajo de la figura ideal de Hércules, la recomendación de regirse en el trabajo diario por esa figura no viene en realidad a satisfacer a otra cosa que a un deseo de ver confirmada una toma de decisiones que viene determinada por intereses, actitud política, preocupaciones ideológicas, u otros factores externos. (p. 284)

Así las cosas, Habermas pretende imponer límites a un juez que se vanagloria de saber qué valor y principio escoger en cada caso concreto; sin embargo, insiste en que los jueces nunca deben estar para ejercer un papel autoritario sobre la sociedad, ya que un tribunal que funcione de este modo ejercerá un poder contramayoritario.

“El judicial review es deliberadamente una institución contramayoritaria”. El Tribunal constitucional se transforma así en una instancia autoritaria, al haber de dejarse guiar por la idea de realización de unos valores materiales que vendrían previamente dados en términos de derecho constitucional. (Habermas, 1998, p. 332)

En consecuencia, Habermas acompaña en esta hipótesis a Ely al argumentar que un control judicial de las leyes limitaría los ideales de la política deliberativa; control, que debe ser combatido para no caer en el paternalismo judicial.

El tribunal aparece, en fin, no como representante de la voluntad declarada del pueblo, sino como representación y *trace* de ese autogobierno del pueblo que ahora no existe [...]. El Tribunal Constitucional parece caer exactamente en ese papel paternalista que Ely pretendía combatir con su comprensión procedimentalista de la Constitución. (Habermas, 1998, p. 352)

En definitiva, para Habermas, el papel de un tribunal constitucional debe reducirse a permitir el desarrollo del autogobierno, la autonomía y la deliberación. Por ello, sostiene lo siguiente:

El tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste. Bajo el ojo crítico de un espacio público-jurídico politizado —el de una ciudadanía ya adulta y convertida “en comunidad de intérpretes de la Constitución” —, el tribunal constitucional puede adoptar a lo sumo el papel de un tutor. (Habermas, 1998, p. 354)

Hasta aquí, se puede observar de manera general cómo se han mapeado las formas de la dificultad contramayoritaria por algunos académicos influyentes en el derecho constitucional; sin haber planteado la solución que otros autores construyeron para salvar el control judicial en convivencia con la democracia. Por consiguiente, la anterior línea argumentativa se ha quedado en una lectura parcial y descontextualizada de Bickel.

A continuación, se presentará una posición diferente por parte de un grupo de autores que, a pesar de apelar a la misma cita de Bickel, a través de otra interpretación constitucional, defenderán al control judicial; aclarando, que esta defensa no parte de los presupuestos bickelianos tales como las virtudes pasivas, los casos maduros y el diálogo interinstitucional.

Un acercamiento iberoamericano a la dificultad contramayoritaria

Según Owen Fiss, la “dificultad contramayoritaria” se entiende como un “dilema” contramayoritario en donde están en tensión la Corte Suprema y los deseos de las mayorías: “el dilema contramayoritario —tal como fue formulado y propuesto por Bickel— se centra en las tensiones entre la Corte Suprema y las preferencias o los deseos de la mayoría actual (reflejada en las prácticas de los representantes electos)” (Fiss, 2007, p. 233). En este sentido, no sobra decir que los dilemas genuinos en términos filosóficos no tienen respuesta. Por ende, habría que decir que la respuesta bickeliana al problema fue simplemente una falacia, como muy bien pudieron pensar los “escépticos del control judicial” —en especial, los neolegalistas y deliberativistas—.

Sin embargo, si sé es caritativo con Fiss, el “dilema” solo es apenas una tensión como él mismo lo menciona; y para ser más preciso, fue una “dificultad” que el propio Bickel descubrió y resolvió a partir de la lectura no solo de *El Federalista*, sino de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (*Marbury vs. Madison* y luego *Brown vs. Board of Education*); bajo esta lectura, el autor encontró que los jueces estaban sometidos a una tensión con la democracia, pero que podían salir bien librados sin afectar el principio democrático. Así pues, se puede intentar una respuesta a la DCM desde diferentes líneas argumentativas.

Hacia los años 70 y 80, y debido al constitucionalismo, fue más claro cómo funcionaría la separación de poderes fundado en el control constitucional en un Estado social de derecho. El doctrinante español García Pelayo (1996) dice que, por ejemplo, “tendríamos que añadir que el control de la constitucionalidad de las leyes limita los poderes del Parlamento y concede a los jueces una función que rebasa con mucho la que le asignaba Montesquieu” (p. 58). Y, más adelante expresa:

La politización del gobierno y del parlamento [...] ha tratado de ser neutralizada [...] —ante todo mediante el control de la constitucionalidad— [...] hasta tal punto que algunos tratadistas transforman la trinidad clásica en la dualidad Gobierno-parlamento, de un lado, y judicatura, de otro. (p. 61)

De este modo, se cree que fueron los españoles los primeros en introducirse en este nuevo constitucionalismo que se veía venir. Por esta razón, y sin dar más rodeos, fue Eduardo García de Enterría —otro español en los años 80— el primero en introducir el debate bickeliano al lenguaje hispano.

Habría que revisar con más cuidado, pero se cree que en Iberoamérica fue García de Enterría quien primero hizo alusión a la obra de Bickel —aunque fuera en una nota muy marginal— en 1981 en su obra: *La constitución como norma y el tribunal constitucional* —20 años después de la publicación de *The Least Dangerous Branch*—. Esta es una recepción tardía y parcial, pero paralela a la publicación de *Democracy and distrust: A theory of judicial review* de Ely.

Lo importante de hacer alusión a García de Enterría, es que este jurista más que referirse a la dificultad contramayoritaria, señaló, a partir de Bickel, la importancia que tenía la Corte Suprema de los Estados Unidos para ejercer cierta injerencia en la sociedad; un hecho que no puede minimizarse debido a que el “poder contramayoritario” de una Corte puede aumentar o disminuir frente a otras instituciones del Estado, dependiendo de qué tanto estén los jueces en sintonía con la sociedad.

Para explicar lo anterior, según García de Enterría, la Constitución americana parece un texto inspirado por Dios, pues hay una concepción religiosa de la

ley fundamental que concebía a los “padres fundadores” como santos o sumos sacerdotes. Citando a Bickel, en una nota muy al margen del texto, afirma:

A su vez, Bickel ha hablado de una función mística o simbólica del tribunal [...], estos símbolos son necesarios en toda unidad política; en Inglaterra lo personifica la corona; en Estados Unidos, no el presidente, sino justamente el tribunal supremo. (García de Enterría, 2006, p. 136) Se puede sostener que esta apreciación no puede restar importancia a la tesis mayoritaria de Bickel —a saber, la dificultad contramayoritaria— porque la “imagen de ascendencia” que tenga una Corte puede coadyuvar a que dicha dificultad sea más fácilmente resuelta. Ya que, dependiendo de la buena o mala imagen que tenga, el control judicial puede también ser sencillamente aceptado o rechazado. De ahí que para García de Enterría no podría pasar inadvertida la concepción que se tenga o no de los tribunales, pues era la “clave de la bóveda” de la formidable construcción histórica que han sido y siguen siendo los Estados Unidos.

Esta imagen de las cortes implicaba también que los jueces cumplieran con una “función educadora”, que era necesaria para ir ganando la legitimidad formal que los jueces no poseían al no ser elegidos democráticamente. Dice el jurista español: “Bickel notó también, siguiendo a Black, que el Tribunal realiza no solo una función de control, sino también una función legitimadora, a la que Bickel llama ‘la función mística’” (García de Enterría, 2006, p. 204). Así, era claro que la tesis de Bickel —al menos, en lo poco que enunció del autor— le serviría para morigerar —o quizás aumentar— un poco las críticas legalistas que vendrían por la defensa que realizaba del tribunal constitucional como guardián de la supremacía constitucional; aunque fuera promoviendo la tesis de la “Constitución como norma”.

Siguiendo este hilo conductor, en los años 80 y 90, el nuevo constitucionalismo promovió la caída de la ley como fuente principal del derecho. Hoy en día, inclusive, ya no es extraño decir que llegó el fin del “imperio de la ley” y que ni siquiera la jurisprudencia ha tomado su lugar porque todo es tan flexible, tan falible, que el derecho se mueve en una inestabilidad constante entre la costumbre, la ley, la jurisprudencia, los principios y la equidad, a partir de un material jurídico —aun transnacional— que acecha y que obliga al juez a buscar una nueva identidad judicial.

Por ello, y como se dijo anteriormente con Nino, a finales de los 80 y principios de los 90, la preocupación consistía en cómo establecer algunos límites al control judicial; una inquietud que también estaba en su coterráneo Genaro Carrió (1991) cuando sostenía:

Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un cuerpo aislado, no elegidos por procedimientos

suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos. (Carrió, 1991, p. 148)

Con todo esto, Carrió defendió también un control judicial condicionado y concreto con algunas modificaciones que sugería para la Argentina de aquel entonces.

De ahí que, y según esta literatura constitucional que venía emergiendo, según Moreso (2009), la discusión sobre la democracia y los jueces se dio en el lenguaje español en los años 90. No obstante, hay que recordar que hacia 1920 se dio la primera discusión en Europa entre Kelsen y Schmitt sobre quién debía ser el guardián de la Constitución; discusión, donde se empezaba a tomar en serio la supremacía de la Constitución y el control constitucional; este episodio, fue claramente una manifestación —de una “dificultad contramayoritaria implícita”— del conflicto entre el poder judicial y la democracia representada en el ejecutivo.

Volviendo al constitucionalismo contemporáneo, el español Víctor Ferreres hacia finales de los 90 insistió en que este problema que estaba inmerso en las preocupaciones de Carrió implicaba la “dificultad contramayoritaria” formulada por Bickel; a lo que Ferreres (1997) afirma:

¿Bajo qué condiciones es legítimo, desde un punto de vista democrático, el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de la ley? Este problema más fundamental es el que se suele plantear en los Estados Unidos bajo la expresión “la dificultad contra-mayoritaria”, que fue acuñada por Alexander Bickel en una de las grandes obras del pensamiento constitucional contemporáneo. La institución del control judicial de la ley es, o al menos parece ser, una institución diseñada para limitar las decisiones tomadas por los órganos políticos que representan la voluntad popular mayoritaria. (p. 42)

Luego, en el 2010 —más de una década después— Ferreres vuelve y retoma el problema haciendo de nuevo referencia a Bickel:

¿Por qué las opiniones de los jueces deben prevalecer sobre las opiniones de las mayorías legislativas, en esta materia? ¿Cómo justificar los efectos “contramayoritarios” —por utilizar la expresión popularizada por el jurista estadounidense Alexander Bickel— que la justicia constitucional comporta en el campo de los derechos?. (Ferreres, 2010 p. 480)

Esta es una razón más para darse cuenta de cómo los académicos que rechazan la dificultad contramayoritaria también entendieron —al igual que los críticos del control judicial— que Bickel fue el fundador del tópico de que los jueces podían ser una “fuerza prodemocrática”; pero no dieron respuesta en favor de la justicia prodemocrática a partir de Bickel dada su lectura parcial, sino por medio de sus propios presupuestos teóricos.

En este punto, una década después de que Nino sentara las bases de esta discusión en los años 90, a principios del siglo XXI se construyó una literatura en torno al debate entre la democracia y los jueces. Otro argentino, Rodolfo Vázquez, retoma de nuevo a Bickel, Ely, Nino, Gargarella y Carrió, para ilustrar este problema constitucional. Así pues, se fue consolidando el discurso contramayoritario y prodemocrático en el pensamiento latinoamericano. Sostiene Vázquez (2001) que:

El principal argumento aducido en contra del control judicial de constitucionalidad es el que se conoce como “la dificultad contramayoritaria”. El constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió esta dificultad [...]. La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema. (pp. 95-96)

Lo que llama la atención en esta referencia es que aquí el sustento bibliográfico de Vázquez para citar a Bickel fue Nino, infiriéndose con esto la posible lectura que tendría del mencionado autor. Sin embargo, en un artículo denominado: “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, Vázquez (2007) ya es más claro frente al problema bickeliano; tanto, que el mismo título del artículo ya es insinuante. En este, Vázquez cambia el subtítulo: “Control de constitucionalidad y principio de independencia judicial” de su anterior obra por el de “La dificultad ‘contra-mayoritaria’ y el control judicial de constitucionalidad”. Así, intenta hacer un mapeo del problema con los principales constitucionalistas latinoamericanos.

Con posterioridad, en el 2012, Vázquez publicó el libro: *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo* en el que cambia el subtítulo citado; en este explica el tópico bickeliano, llamándolo literalmente “la dificultad contramayoritaria”. En este texto vuelve a insistir en el problema rotulado por Bickel, pero de forma distinta a como lo hiciera en su primer artículo; citándolo literalmente y explicándolo a través de una literatura que en esta época es de sobra conocida como la de Ely, Carrió, Ferreres, Dworkin, Valdés, Ferrajoli, Ackerman, Laporta, Sunstein, Waldron, Alexy, Bayón y Moreso.

Lo anterior, explica la “obsesión académica” que existe en la actualidad por la tensión entre la democracia y los jueces; pero, sobre todo, la falta de contextualización de los alcances de la filosofía política de Alexander Bickel en torno a la DCM.

Conclusiones

Desde que Alexander Bickel conceptualizó este problema como la dificultad contramayoritaria en los años 60, los juristas y académicos en general, se han dedicado a examinar con mayor seriedad la tensión entre los jueces y la democracia, y cómo esta dificultad o tensión puede ser resuelta o no con los postulados estipulados por Bickel. Por otra parte, Paolo Comanducci ha descrito

al anterior movimiento constitucional como el “neoconstitucionalismo”, es decir, como una teoría que intenta describir esta ideología judicial y constitucional, principalmente después de posguerra. El autor expresa que este movimiento se ha entendido como el positivismo surgido en décadas pasadas, pero ahora con otro ropaje y otra metodología. Además, dice que todo este movimiento se ha visto como una ideología y lucha de poderes políticos, económicos y sociales en la búsqueda de la reivindicación de los derechos; al igual, se ha observado como un enfrentamiento agudo que se ha dado entre los grupos excluidos y el *statu quo* (Comanducci, 2002).

Con esto, se puede inferir que, para Comanducci, si la Constitución es entendida como norma, esta sería un conjunto de reglas que describen un sistema jurídico y así se conformaría un “neoconstitucionalismo teórico”; pero si la Constitución, además de entenderse como norma, se comprende también como un campo de valores, este neoconstitucionalismo sería “ideológico” (Comanducci, 2002).

Otras inferencias más se pueden traer a colación como consecuencia de la lectura de Bickel, pero lo importante fue presentar que algunos teóricos constitucionales también tuvieron un interés por describir las formas de la “dificultad contramayoritaria”. Para los autores aludidos, la preocupación por el protagonismo de los jueces también se ve como una “obsesión académica”; en todo caso, ha quedado claro que este debate no es simplemente un capricho, sino un problema inevitable y congénito del constitucionalismo.

Desde el famoso caso *Marbury vs. Madison*, pero inclusive antes en la construcción de la *judicial review* en Estados Unidos después de 1776, la oposición entre el rol de los jueces y el principio democrático ha sido un “cabo de hornos” en la teoría constitucional, pues muchos bandos académicos se hacen de lado y lado del espectro del debate. Algunos, apoyando el poder prodemocrático de los jueces a la hora de usar la *judicial review*, y otros, rechazándola por considerarla antidemocrática. A pesar de que el debate es viejo, porque puede venir desde Aristóteles cuando se preguntaba si era preferible gobernarse por leyes o por los hombres, el debate parece seguir siendo novedoso. Hoy en día, en los principales ordenamientos jurídicos que buscan mayor legitimidad de las decisiones políticas y jurídicas, tanto por parte del ejecutivo como por parte del legislativo, respectivamente, el papel del juez se vuelve relevante en los diseños constitucionales e institucionales. En Latinoamérica, donde los países se reconocen por un alto hiperpresidencialismo, la recepción de esta teoría, ajustada a sus problemas sociales y culturales, puede ser una salida para dar luces a los límites del poder de la mano robusta de un Ejecutivo acompañado de la aprobación por parte de un Congreso o un Parlamento.

Siempre la pregunta será válida: ¿es mejor vivir con tribunales constitucionales o sin ellos?, aunque la prueba de los hechos muestra el gran valor que ha tenido la jurisprudencia constitucional a la hora de garantizar los derechos y las

instituciones democráticas. Si se quiere, ha sido mejor el trabajo de los jueces constitucionales que los errores que hayan podido ocasionar contra la democracia, pues en Estados subdesarrollados y con déficit democrático, siempre será mejor que los jueces promuevan una democracia más amplia que la construida en el foro legislativo. No obstante, las formas de la dificultad contramayoritaria en la que se encuentran los jueces en casos de suma trascendencia para una sociedad, puede ser también peligrosa para la construcción de la voz del pueblo como principal vocero en un Estado constitucional y democrático de derecho. Los demócratas y los deliberativistas dirán que es mejor que el pueblo decida sus planes de vida dentro de una Constitución y que estos se desarrollen en el foro legislativo y no en el foro judicial, ya que, entre más protagonismo de los jueces, menos participación ciudadana en las calles y en los parlamentos.

Pero el peligro sigue estando latente frente al hiperpresidencialismo arraigado en Iberoamérica; no obstante, los críticos dirán que los diseños de la vida cotidiana no se pueden dejar en manos de un puñado de hombres aristocráticos y elitistas, que son los jueces, , especialmente cuando los tribunales están sumergidos en la política, cuando los mismos jueces son elegidos por sus otras ramas del poder público, esto es, la legislativa y la ejecutiva; aún más, cuando los elegidos no se escogen por un proceso meritocrático, al menos formal, sino por otro tipo de decisiones menos democráticas. Esto último ha sido la crítica más mordaz por parte del legalismo, el neolegalismo y las democracias deliberativas.

En razón de lo anterior, es cierto que se debe apostar al fortalecimiento de las democracias desde las mismas instituciones democráticas, esto es, si se quiere mejorar el procedimiento legislativo y democrático, que mejor que hacerlo desde el interior mismo de estas instituciones. Lo malo es que se pretenda mejorar la democracia desde una institución antidemocrática como puede ser un tribunal constitucional que no tiene un origen democrático. Así y todo, los jueces constitucionales no pueden descartarse del todo en sistemas políticos en donde la rama más peligrosa es la ejecutiva y la menos peligrosa o prestigiosa es la judicial.

El debate sigue vigente, no se vive en países en donde se puede vivir sin jueces constitucionales, porque sus democracias son muy robustas, se está en el tercer mundo, en donde el primer piso constitucional, valga esta metáfora, en materia de derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad, la educación, el trabajo, la libertad, la seguridad, la paz, la vivienda, etc., apenas se está construyendo. En Europa, en muchos países, tienen el edificio constitucional casi que terminado; es decir, ya no se discute sobre la vida, la educación o el trabajo; pero de este lado del continente, se requieren jueces que fortalezcan, auxilien, colaboren, apoyen, refuercen y amplíen la democracia dada por un Congreso o las entidades territoriales. Los legalistas, neolegalistas, deliberativistas, principalmente su autor y promotor, J. Waldron, tendrán que moderar sus críticas contra el uso del control judicial, al menos en países con déficit democrático.

Sin embargo, los mencionados autores alertan del activismo judicial que puede debilitar y ha disminuido la democracia por parte del pueblo. De modo que el debate sigue estando presente y con mayor razón se justifica en tiempos de crisis democrática, en donde de nuevo se ponen los ojos en el trabajo de los jueces, pero con mayor importancia la obsesión también debería de enfocarse en los trabajos, artículos e investigaciones que puedan desarrollar una teoría jurídica o constitucional que describa y examine los cimientos de la estructura que conforma el poder público, en especial, de las ramas que han sido como hermanas en la historia constitucional y política en Iberoamérica, a saber, la ejecutiva y la legislativa.

Parafraseando un poco a Gargarella, allí está la “sala de máquinas” donde se almacena el poder, puede que allí también estén los jueces, pero esa estructura hay que desmontarla, casi que hacerla de nuevo por el bien de constituciones más democráticas y progresistas que están bloqueadas por diseños decimonónicos y napoleónicos; los jueces han quitado algunos candados a la supuesta “sala”, pero es tiempo de apuntalar las propias investigaciones hacia este problema epistemológico. Esta mirada neoconstitucional de la dificultad contramayoritaria, muy descriptiva, pero ahora propositiva y reflexiva, puede ser persuasiva para dejar la obsesión académica por los jueces como diría B. Friedman.

En suma, este mapa conceptual describe cómo es posible tanto atacar como defender la tensión entre los jueces y la democracia. Bickel, ha ofrecido una alternativa y el nuevo constitucionalismo otra, aunque partiendo con la misma finalidad, a saber: que los jueces ejerzan un “poder prodemocrático” siempre y cuando sean coherentes con la Constitución y la democracia.

Referencias bibliográficas

- Agudelo, C. A. (2015). *La democracia de los jueces, la rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional*. Editorial Leyer.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press.
- Carrió, G. (1991). Una defensa condicionada de la judicial review. En B. Ackerman (ed.), *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (pp. 140-170). Centro de Estudios Constitucionales.
- Chemerinsky, E. (2011). Defensa del control de constitucionalidad: los peligros del constitucionalismo popular. En J. González y R. D. Parker (cols.), *Constitucionalismo popular*. Universidad de los Andes; Siglo del Hombre Editores.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Revista Isonomía*, (16), 89-112. <https://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/511>
- Dorf, M. (2010). The majoritarian difficulty and theories of constitutional decision making. *Journal of Constitutional Law*, 13(2), 283-304. <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=jcl>

- Elster, J. (1998). *Deliberative Democracy*. Cambridge University Press.
- Ely, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Universidad de los Andes.
- Ferreres, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferreres, V. (2010). El control judicial de la constitucionalidad de la ley: el problema de su legitimidad democrática. En M. Carbonell y L. García (eds.). *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón práctica*. Marcial Pons.
- García de Enterría, E. (2006). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Thomson Civitas.
- García Pelayo, M. (1996). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Editorial Ariel.
- Gargarella, R. y Martí, J. L. (2005). Estudio preliminar. En J. Waldron (ed.), *Derecho y desacuerdos* (pp. 13-44). Marcial Pons.
- González, J. (2011). ¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular. En J. González y R. D. Parker (cols.), *Constitucionalismo popular*. Universidad de los Andes; Siglo del Hombre Editores. Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Editorial Trotta.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Marcial Pons.
- Laporta, F. (1999). Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (22), 321-330. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10306/1/doxa22_14.pdf
- Laporta, F. (2001). El ámbito de la Constitución. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), 459-484. <https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-el-ambito-de-la-constitucion/pdf>
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley, una visión actual*. Editorial Trotta.
- Martí, J. L. (2006). *La república deliberativa, una teoría de la democracia*. Marcial Pons.
- Moreso, J. J. (2009). *La Constitución, un modelo para armar*. Marcial Pons.
- Nino, C.S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Editorial Gedisa.
- Nino, C.S. (2005). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Editorial Astrea.
- Nino, C.S. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia: hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Siglo XXI Editores.
- Roa, E. (2019). *Control Constitucional deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia.
- Rush, M. (1 June 2010). Constitutional Dialogues and the Myth of Democratic Debilitation: Defusing the Countermajoritarian Tension?. *Annual meeting of the Canadian Political Science Association*. Concordia University, Montreal, Canada. <https://www.cpsa-acsp.ca/papers-2010/Rush.pdf>
- Vázquez, R. (2001). *Liberalismo, Estado, de derecho y minorías*. Paidós.
- Vázquez, R. (2007). Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario. En *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia* (pp.197-230). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Vázquez, R. (2012). *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*. Distribuciones Fontamara.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1360.