

**¿Democratizando la justicia constitucional?
La articulación entre soberanía, justicia constitucional y
participación en el viejo y el nuevo constitucionalismo¹
(¿Democratizing constitutional justice? The link between
sovereignty, constitutional justice and participation in the old
and the new constitutionalism)**

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ*

Abstract

This paper provides an analysis on the historical evolution, from its origins, of the contradiction which, within the field of political science and constitutional law, has been presented, traditionally, between judicial review of constitutionality and the ideal theoretical notion of democracy. Stated the reasons for this contradiction, the paper refers to how, in recent decades, new constitutions that emerged in Latin America result of the processes of political change that have occurred, especially in the Andean region of the continent, have incorporated innovative democratization mechanisms of the society and the State, including mechanisms for the democratization of constitutional justice that allow overcome the contradiction to which I referred.

Key words

Constitutional Justice; Judicial Review; Democracy; Latin America

Resumen

El presente trabajo hace un análisis sobre la evolución histórica, ya desde sus orígenes, de la contradicción que dentro del campo de la ciencia política y el derecho constitucional se ha presentado, tradicionalmente, entre la revisión judicial de constitucionalidad y la noción teórico-ideal de democracia. Planteados los motivos de esta contradicción, el artículo hace referencia cómo, durante las últimas décadas, las nuevas constituciones surgidas en América Latina fruto de los procesos de cambio político que se han producido, especialmente en la zona andina del continente, han incorporado novedosos mecanismos de democratización de la sociedad y el Estado, entre ellos, mecanismos de democratización de la justicia constitucional que permiten empezar disminuir la vieja contradicción señalada.

Palabras clave

Justicia constitucional; control de constitucionalidad; democracia; América Latina

¹ Trabajo resultante de la Beca Juan Celaya 2008, concedida por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.

* Universidad de Extremadura, albertnoguera@unex.es

Índice

1. Introducción	3
2. La originaria articulación indisoluble entre soberanía, justicia constitucional y participación.....	4
3. La expansión global del modelo judicializado de control de constitucionalidad y la dificultad contramayoritaria	7
4. Los intentos teóricos y prácticos de rearticulación de los conceptos de soberanía, justicia constitucional y participación en el S. XX.....	9
4.1. Crítica teórica y mecanismos de “weak-form judicial review”	9
4.2. ¿Permite la crítica teórica y mecanismos de “weak-form judicial review”, del s. XX, una articulación real entre soberanía, justicia constitucional y participación?	12
4.2.1. A nivel teórico:	12
4.2.2. A nivel práctico:	14
5. El neoconstitucionalismo latinoamericano: retomando la originaria articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación	16
5.1. Sujetos colectivos y mecanismos de enfrentamiento ciudadanos-Estado para la defensa de la voluntad constituyente	16
5.1.1. Mecanismos institucionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado: el Cuarto Poder	17
5.1.2. Mecanismos informales de enfrentamiento ciudadanos-Estado	18
5.1.3. Mecanismos jurisdiccionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado.	18
5.2. La elección y composición del Tribunal Constitucional	22
6. Conclusiones.....	23
Bibliografía	23

1. Introducción

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre el Estatut de Catalunya ha vuelto a poner sobre la mesa el debate en torno a la legitimidad democrática del TC para anular decisiones adoptadas por la mayoría de los ciudadanos. Este artículo no versa sobre el caso del Estatut, pero sí sobre la vinculación entre justicia constitucional y democracia.

Hablamos de “poder negativo”² para referirnos a una forma diversa de ejercicio (directo o indirecto) de la soberanía por parte del pueblo, tendente a sostener su voluntad constituyente (*control de constitucionalidad*), contra tentativas de subversión de la misma por parte de los que, habiendo asumido el poder, actúan contra la Constitución, o de los que, desde el enfrentamiento al régimen, pretenden violar la soberanía popular. El poder negativo articula, por tanto, la relación entre soberanía, justicia constitucional y participación ciudadana.

Esta relación (soberanía-justicia constitucional-participación) se manifestó con claridad en los inicios del constitucionalismo. El control de constitucionalidad³ sobre los actos legislativos del parlamento o el Gobierno, no era en sus orígenes, ejercido por jueces o tribunales, sino por los ciudadanos.

Sin embargo, luego de haber figurado desde sus orígenes como parte del constitucionalismo, esta articulación comenzó a desdibujarse con la expansión global del modelo judicializado de control de constitucionalidad. A lo largo del siglo XX, es mucha la literatura y las experiencias constitucionales que han intentado reestablecer, teórica y prácticamente, la citada articulación. Aunque no será hasta la aparición del llamado constitucionalismo de tercera generación, o (neo)constitucionalismo latinoamericano, de las últimas dos décadas, que podemos hablar de una rearticulación de la misma. En este trabajo trataré los siguientes puntos:

² La expresión “Poder negativo” es utilizada por primera vez por Rousseau para designar, en la República romana, el poder de veto del pueblo (la plebe), mediante el Tribunado de la Plebe, sobre el gobierno (los patricios). En el siglo XX el término “Poder negativo” fue utilizado de diversos modos por la doctrina romanística para describir las características del poder tribunicio. Es Pietro Bonfante el primero en distinguir el lado positivo del negativo de la soberanía. Este último se expresaría en la *intercessio* del tribuno. Durante las últimas décadas, ha sido Pierángelo Catalano (1991) quien ha recuperado este concepto.

³ Cuando hablo de control de constitucionalidad me refiero a un sentido amplio, esto es, la práctica tendente a revisar y comprobar la adecuación de las acciones legislativas del poder Ejecutivo y Legislativo, así como los actos u omisiones de cualquier funcionario público o tercero privado, a la Constitución, procediendo a su anulación cuando sean contradictorios con el texto constitucional y los derechos reconocidos en este. Normalmente, y cuando a control *judicial* de constitucionalidad nos referimos, la doctrina acostumbra a diferenciar entre la llamada *Judicial review*, propia del sistema de *Common Law*, y el control de constitucionalidad concentrado, propio del sistema continental o de derecho civil. Sin embargo, cuando en estas páginas hable de revisión judicial de constitucionalidad, usaré este concepto, indistintamente, para ambos modelos.

Si bien, tradicionalmente, las cortes supremas del modelo anglosajón han tenido que evitar intervenir en aspectos relacionados con el ejercicio del poder por parte del Ejecutivo o del control sobre el trabajo interno del Legislativo, hoy en día, todo este conjunto de cuestiones políticas no justiciables han ya desaparecido y los conflictos intra-gubernamentales o inter-institucionales, son ya parte normal de los asuntos que tratan las cortes supremas en el modelo de *common law*. Una mirada detenida a las Cortes Supremas de los países anglosajones nos permite ver que estas están deviniendo, debido a la gran cantidad de asuntos constitucionales que tratan y la importancia social de las diferentes categorías de estos asuntos, cada vez más, y *de facto*, en una especie de tribunales constitucionales.

Además, también en la cuestión de la estructura y la organización de las cortes, así como su ordenamiento interno y prácticas, los tribunales de ambos modelos tienden progresivamente a aproximarse. Todos los tribunales, tanto de un modelo como de otro, se dedican como regla, a la interpretación de la aplicación de las normas con rango de ley emanadas del Ejecutivo o del Legislativo, y de las quejas de los ciudadanos por violación de sus derechos constitucionales (McWhinney 1986). Por tanto, no veo razón alguna para mantener, en este trabajo, la diferenciación entre *judicial review* y control concentrado de constitucionalidad, como una categoría operacional de clasificación.

1. Ver cómo en sus orígenes, la justicia constitucional se estructuraba alrededor de una articulación entre las nociones de soberanía, justicia constitucional y participación.
2. Ver cómo con el proceso histórico de judicialización de la justicia constitucional, esta articulación se rompe, momento en que surge el debate clásico acerca de la contradicción contramayoritaria de la justicia constitucional.
3. Analizar los intentos teóricos y prácticos que, dentro del constitucionalismo del siglo XX, han existido para rearticular la citada relación (soberanía-justicia constitucional-participación), persiguiendo una democratización de la justicia constitucional. Asimismo, ver el éxito o fracaso de tales intentos.
4. Analizar los novedosos y vanguardistas mecanismos que las constituciones latinoamericanas, aprobadas durante las últimas dos décadas, han introducido con el objetivo de reestablecer la articulación originaria.

2. La originaria articulación indisoluble entre soberanía, justicia constitucional y participación

Una de las características de los primeros años de revolución norteamericana es el carácter ciudadano que en la época tenía tanto la interpretación, como el control, de la constitución. La idea de constitución no era, en Norteamérica, una idea nueva en 1787, cuando se convoca la convención federal para la redacción de la constitución norteamericana. Los norteamericanos tenían un concepto de derecho constitucional y una idea sobre la naturaleza de la constitución, muy bien desarrollada, mucho antes de que ellos se sentaran a escribir su propia constitución.⁴ Las fuentes de este derecho constitucional eran, tanto los usos y costumbres, como otras fuentes escritas como la *Magna Carta* inglesa de 1215, las cartas coloniales, la Biblia, la *Bill of Rights* de 1689 o la *Act of Settlement* de 1701, así como ciertos trabajos filosóficos entre los que la obra de John Locke era quizá la más importante (Gough 1985, pp. 160-202; Stimson 1990, pp. 15-22; Schwoerer 1980, pp. 224-237). Durante el periodo colonial, la población norteamericana estaba plenamente familiarizada con estos principios constitucionales y convencida de su legitimidad y sabiduría (Reid 1977, p. 52).

En este contexto, algunos autores (Kramer 2004) defienden que una de las causas principales –conjuntamente con otras– que llevó a los norteamericanos a iniciar su guerra de independencia contra los británicos, fue su convencimiento de que los británicos estaban privándolos de lo que ellos veían como sus derechos constitucionales.⁵

Los norteamericanos colonizados presentaron sus quejas en términos legales y constitucionales, incluido el momento en que declararon su independencia, viéndose a ellos mismos como los defensores de las antiguas libertades y de la constitución británica, frente a las maléficas y corrompidas autoridades imperiales. América devino una nación independiente con el objetivo “de apoyar su derecho constitucional en contra de los ataques sobre el mismo por parte de Gran Bretaña” (Varnum 1787 citado por Kramer 2004, p. 37). Fue una rebelión en defensa del

⁴ Ya en el siglo XVII los norteamericanos hablaban de la *Ancien Constitution*, cuyas prácticas habían sido seguidas desde tiempos inmemoriales (Pocock 1987, pp. 225-305).

⁵ Como señala John Reid (1995, p. 14), si uno se lee entera y detenidamente la Declaración de independencia, no sólo el retórico preámbulo donde se menciona a Dios y a la naturaleza, podrá ver que el documento acusa al rey de Gran Bretaña de violar los derechos constitucionales y legales de los norteamericanos colonizados, pero no acusa, en ningún momento, al rey George III, de violar derechos naturales. De hecho, el Derecho natural no se cita en ningún momento para identificar un derecho reclamado, excepto los derechos que son también reclamados como derechos constitucionales. El Derecho natural no fue, simplemente, una parte significativa de la revolución norteamericana, o al menos, no tan significativa como muchos autores, en el siglo XX, han asumido. John Phillip Reid dice que la afirmación de que la revolución de independencia norteamericana se fundamentó en el derecho natural es el error más repetido de la historia de america (ver también Grey 1988, pp. 145-150) .

concepto de constitucionalismo, un concepto que los norteamericanos no decidieron abandonar o repudiar una vez conseguida su independencia (Kramer 2004, p. 37).

Vista en estos términos, la revolución norteamericana fue un auténtico ejercicio ciudadano o de poder negativo, ejercido directamente por el pueblo, de control de constitucionalidad, estableciendo una auténtica articulación entre los conceptos de soberanía, justicia constitucional y participación ciudadana.

Declarada la independencia, empezó el proceso de redacción de las constituciones en los diferentes Estados. Sin embargo, a pesar de la creación del nuevo derecho constitucional, el anterior continuó manteniendo su vitalidad y legitimidad entre la población.⁶ Esto es importante porque el mantenimiento vivo de este constitucionalismo anterior supuso el mantenimiento de los métodos consuetudinarios de justiciabilidad constitucional ciudadana. El constitucionalismo consuetudinario no contenía ni remotamente algo parecido a la revisión judicial de constitucionalidad que fue rechazada durante muchos años.⁷

Sin embargo, será ya entrado el s. XIX, que, progresivamente y de manera imperceptible, la revisión judicial de constitucionalidad empezó a ganar terreno. Varios factores contribuyeron a ello:

⁶ Ejemplo de ello es el hecho de que los Estados de Connecticut y Rhode Island concluyeron que no iban a redactar una nueva constitución, sino que consideraban la constitución colonial como válida. Simplemente, modificaron la frase donde decía que el gobierno existente “descansaba sobre la autoridad de la Corona”, para poner que “descansaba sobre el consentimiento del pueblo”. Encontramos también otros ejemplos, en el mismo sentido, en Estados donde sí se redactó constitución nueva. En New Jersey, en 1780, hubo el caso *Holmes v Walton*, en el que la Corte Suprema de New Jersey se negó a aplicar la nueva ley de tierras del Estado y resolvió el caso basándose en la ley de tierras y las costumbres previas a la independencia (Moore 1990, p. 341; Scott 1899, pp. 456 y 458-460). Lo mismo sucedió en otros casos, como en el Estado de South Carolina, donde en el caso *Bowman v Middleton* de 1792, la Corte Suprema de este Estado resolvió el caso negándose a aplicar la legislación vigente y aplicando la Magna Carta británica de 1215, previa a la independencia (*Bowman v Middleton*, 1 Bay 252, 254-55 (S. Car. 1792) citado por Kramer 2004, p. 41).

⁷ Un elemento que demuestra claramente esta concepción universalizada del control ciudadano de constitucionalidad, es el siguiente. Como consecuencia de la acumulación de varios factores como la responsabilidad de gobernar o la existencia de constituciones escritas y la conflictividad social existente en todo periodo revolucionario; se produjo un incremento de los conflictos de constitucionalidad. Ello generó la pregunta: ¿pueden los dispositivos tradicionales del derecho constitucional popular, controlar y evitar todos los pequeños problemas de constitucionalidad que aparecían cada día?

Era evidente que todas las emergentes cuestiones de constitucionalidad no podían solucionarse, únicamente, por la vía de la participación popular, ya sea en forma de resistencia universal del pueblo, convenciones populares o petición popular de retirada de la ley al Legislativo, por eso se requería plantear nuevos mecanismos.

Todas las soluciones que se plantearon, para garantizar una mayor eficacia del control de constitucionalidad, nunca contemplaron la posibilidad de la revisión judicial de constitucionalidad, sino que todas fueron soluciones políticas. Fijémonos en algunos ejemplos:

El autor anónimo de *Four letters on Interesting Subjects* (Anon. citado en Hyneman y Lutz 1983, pp. 368-389) planteó la posibilidad de que los ciudadanos eligieran, en algún intervalo fijo de tiempo, un “jurado provincial” que investigara si alguna de las ramas de gobierno había violado la constitución, con capacidad, en su caso, de revocar a los responsables de la violación. Esta fue una propuesta que, en forma ligeramente modificada, adoptaron los Estados de Pennsylvania y Vermont, los cuales crearon un “Consejo de censores” para controlar el estado de la constitución, cada siete años, y recomendar cambios al pueblo (Adams 2001, pp. 267-268).

Otra propuesta de solución fue la planteada por Richard Henry Lee, consistente en la realización de elecciones legislativas cada año, para que los ciudadanos pudieran ejercer control permanente sobre los legisladores y estos no pudieran apartarse de la voluntad del pueblo expresada en la constitución. De hecho, esta fue una medida adoptada por todos los Estados de la América revolucionaria, excepto Carolina del Sur (Herrerros Vázquez 2005).

Los redactores de la constitución de Nueva York plantearon la idea de un “Consejo de revisión” con facultades para usar lo que llamaron un *delaying veto* contra leyes de la asamblea legislativa que considerasen inconstitucionales, veto que podía, según la propuesta, ser anulado por una mayoría de dos tercios de los votos del legislativo (Haines 1914, pp. 133-138; Polf 1977; Polf 1977 citado por Kramer 2004, p. 59 nota 120). Madison propuso esta medida, aunque nunca con éxito, en Kentucky, Virginia y en la Convención federal (Kramer 1999, pp. 628-636 y 656).

Como podemos observar, todo son propuestas que no contemplan la revisión judicial como una posibilidad, sino que parten de las bases del constitucionalismo popular.

- El conjunto de conferencias sobre la revisión judicial que James Kent, declarado federalista y profesor de derecho de Columbia, realizó sobre la revisión judicial, donde empieza a aparecer una posición conformadora del primer antecedente de la concepción de control judicializado de constitucionalidad construida sobre los argumentos del miedo a la tiranía de la mayoría y la separación de poderes (Kent 1983; Horton 1939, pp. 63 y 85-87);
- La decisión de algunos jueces federalistas, menos proclives a la democracia directa,⁸ de empezar, desafiando al propio gobierno republicano y a la ciudadanía, a emitir decisiones judiciales en asuntos constitucionales. El ejemplo más conocido es el caso *Marbury v Madison* (1803), aunque hay muchos más;⁹
- El desarrollo de la propia práctica judicial.¹⁰ Proceso reforzado en el campo teórico por la obra de influyentes autores como Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville y John Stuart Mill, defensores de la concepción de la supremacía judicial como sistema de hacer frente al despotismo de la mayoría¹¹ y que, contribuyeron, enormemente, a la consolidación de la revisión judicial de constitucionalidad;

⁸ La democracia en que creían los federalistas era una democracia mucho más conservadora que la de los republicanos. Al más propio estilo montesquiano, consideraban que el pueblo era una masa de analfabetos que no podían gobernarse por ellos mismo sin caer en la anarquía y el caos y que, por tanto, la única manera de asegurar la gobernabilidad y libertad era mediante la delegación del poder soberano en manos de una aristocracia distinguida por su educación y gentilidad. Lo mismo pasaba a la hora de determinar quién debía interpretar y ejecutar la constitución (Rush 1787 citado en Runes 1947, p. 26) o (Rush 1947, p. 26) .

⁹ Sobre sentencias previas a la del caso *Marbury v Madison*, que ya hubiesen establecido el poder de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, ver Treanor (2005-2006).

¹⁰ El sentido original de la Constitución como una ley popular para que el pueblo la interpretara y la ejecutara por sí mismo, empezó a perder vitalidad, a favor de un sentido kelseniano de Constitución entendida como una unidad de normas jurídicas, como algo normativo. Los jueces no se propusieron, deliberadamente, producir este cambio, no buscaron de manera consciente transformar la Constitución en un tipo de ley habitualmente asociada con la litigación. Pero, asumiendo que el poder judicial resuelve normalmente disputas constitucionales, el mero hecho de que las cortes estuvieran trabajando frecuentemente con la Constitución, haciendo de su lenguaje y principios el tipo de cosas que los jueces y abogados hacen, tendió inevitablemente a favorecer esta transición (Kramer 2004, p. 149) . Razonamientos con forma legal y de interpretación legal ordinaria empezaron a aparecer, habitualmente, en las opiniones de los jueces y abogados, tanto en cortes federales como estatales, cuando trataban con casos constitucionales, usando el tipo de instrumentos con los que ellos estaban familiarizados. Las cortes empezaron a manejar los casos constitucionales y no constitucionales de igual manera, como si la misma metodología de interpretación fuera apropiada para ambas áreas. Y, como el número de casos tratando a la Constitución como ley ordinaria creció, los propios abogados y jueces empezaron a hablar por primera vez de un nuevo género de derecho constitucional, la crítica distinción lingüística entre este y el derecho ordinario terminó borrándose, hasta que, al final, la Constitución acabó pareciéndose a la ley ordinaria. Esto provocó que la interpretación y el control constitucional se fuera alejando cada vez más del pueblo para ubicarse en el terreno de los jueces.

¹¹ Benjamín Constant, asustado por su experiencia en la revolución francesa desde 1789 en adelante, diseñó un sistema constitucional que debía proveer los necesarios controles al despotismo popular mayoritario. Constant (1988, p. 295) subrayó la importancia de los jueces independientes y elogió el sistema de jurado (Holmes 1984, p. 4). Tocqueville y Mill trabajaron, en general, sobre las mismas líneas. En su libro clásico, *La democracia en América*, Tocqueville (1969, pp. 102 y ss.) discute extensamente el rol y la importancia de las cortes, jueces y jurados americanos. Dice: "(...) *los americanos han dado a sus cortes un inmenso poder político, al obligarlas a atacar, por vía judicial, las leyes. Con ello, los americanos, han disminuido enormemente el peligro de ese poder (se refiere al legislativo). (...) Esta manera en que los tribunales americanos se comportan es tanto la mejor manera de preservar el orden público, como la mejor manera de favorecer la libertad. (...) El poder concedido a las cortes americanas para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes es una de las más poderosas barreras creadas contra la tiranía de las asambleas políticas*". Al igual que Tocqueville, Mill, en sus últimos trabajos, estaba muy molesto por la revolución francesa de 1848 y el subsiguiente retorno, temporal, del poder popular que la misma implicó. En sus libros *Sobre la libertad* (Mill 1989, p. 68, nota 1) y *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Mill revisó posibles controles a la "tiranía de la mayoría", incluyendo la "tiranía de la opinión pública". No obstante, Mill había sido formado en la tradición británica de la supremacía parlamentaria y del utilitarismo, lo que le llevó, finalmente, a aceptar la actitud crítica de Jeremy Bentham hacia los abogados. Así, Mill no tenía mucho, y de hecho nada favorable, que decir acerca de los jueces y la revisión judicial..

3. La expansión global del modelo judicializado de control de constitucionalidad y la dificultad contramayoritaria

El originario ejercicio ciudadano de revisión de constitucionalidad es algo ya olvidado. En la actualidad, el modelo hegemónico es un modelo judicializado de control. La expansión global de este modelo judicializado de justicia constitucional nacido en Estados Unidos, se produce, en un primer momento, en Europa, durante el período de entreguerras y postguerra inmediata.¹² Posteriormente, han tenido lugar tres grandes olas de establecimiento de regímenes constitucionales que han adoptado, también, este modelo de revisión de constitucionalidad: en la Europa del sur a finales de la década de 1970, en América Latina en la década de 1980 y en los países de la Europa central y oriental, a inicios de la década de 1990.¹³

Todas estas cuatro olas trajeron consigo una expansión del poder judicial, del poder de los jueces, a través de una constitucionalización de los derechos y del establecimiento de una judicatura y tribunales constitucionales, o cortes supremas, armadas con prácticas de revisión judicial, convirtiendo, por tanto, estas cortes, en los intérpretes y ejecutores supremos de la constitución (Neal y Vallinder, 1995).¹⁴

Existen diversas teorías que han intentado explicar las causas de esta evolución mundial general hacia la adopción de un modelo de constitucionalización de los derechos y de justicia constitucional basado en el monopolio judicial, no político, de la interpretación y ejecución de la constitución: la teoría evolucionista o de los derechos humanos (Dworkin 1977; Sajo 1999; Vallinder 1995, pp. 19-24), la teoría funcionalista o de la preservación de hegemonía (Hirschl 2004) y la teoría institucional-económica (Mahoney 2001).

En consecuencia, podemos hablar de una expansión global, durante la segunda mitad del siglo XX, del modelo judicializado de control de constitucionalidad. Seguramente, a excepción del caso de Francia, donde fruto de la herencia adquirida con la revolución francesa, el órgano que ejerce control de constitucionalidad (el *Conseil Constitutionnel*) no es un órgano jurisdiccional sino político, en el resto de países del mundo, existe, en la actualidad, un modelo judicializado de revisión constitucional. Conjuntamente con esta expansión, aparece el debate de la llamada "dificultad contramayoritaria".¹⁵ Esto es, el debate sobre la existencia o no de una contradicción entre las nociones de "justicia constitucional" y "democracia".

¹² El rol político dominante que Estados Unidos adoptó, en el mundo entero, después de la victoria militar de 1944-45 en todos los campos, significó también una expansión del prestigio del sistema y los procesos legales norteamericanos, incluida la revisión judicial de constitucionalidad. Muchos de los nuevos países descolonizados de Asia y África, así como también países europeos, recibieron las ideas e instituciones norteamericanas como parte de su renovación constitucional y crearon cortes constitucionales especiales tomando como modelo la corte suprema norteamericana como una corte que, de facto, era un tribunal especializado en derecho público o cuestiones constitucionales. Los tres grandes países, entre muchos otros, donde se estableció la revisión judicial de constitucionalidad, después de la segunda guerra mundial fueron, Alemania, Italia y Japón.

¹³ Sobre el proceso de introducción del actual modelo de revisión judicial de constitucionalidad en los países ex-socialistas de la Europa central y oriental, ver M. Shapiro (2002, pp. 157-161).

¹⁴ Sobre la expansión del modelo de revisión judicial de constitucionalidad en el mundo entero, ver: En

¹⁵ Después de la obra de Lambert (*Le gouvernement des juges*. 1921), este debate reaparece a partir de la obra de A. Bickel (1962)

Partiendo de la base del carácter eminentemente político,¹⁶ e incluso legislativo,¹⁷ de muchas de las decisiones de las cortes constitucionales, hay mucha literatura que se refiere al hecho de que los jueces puedan al final imponer su decisión sobre o en contra de la decisión de la mayoría de la voluntad ciudadana, representada en el parlamento, supone un conflicto con la democracia.¹⁸ Esta tesis de un “gobierno de los jueces”, como un gobierno sin legitimación democrática, se originó en Estados Unidos desde que Theodor Roosevelt, en 1913, en réplica a las primeras sentencias que el Tribunal Supremo aplicó lo que se ha llamado el “darwinismo jurídico”, esto es, el liberalismo salvaje, que condenaba toda intervención legislativa en la vida económica (*Lochner v. New York, 1905; Ives v. South Buffalo Ry. Co., 1911*), impugnó “el papel de legislador irresponsable asumido por el juez, papel que los jueces americanos se han atribuido unilateralmente” (Schwartz, 1979, p. 125 citado por García de Enterría 1981, p. 168). Y, un poco más tarde, sobre esta base, Lambert generalizó la cuestión en su famoso libro de *Le gouvernement des juges* (1921). Los argumentos sobre los que sustentan tal tesis son, principalmente:

- El nombramiento de los jueces, en la mayoría de los ordenamientos, no se hace democráticamente por los ciudadanos sino que está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes.
- La duración en los cargos judiciales, especialmente en aquellos países donde son vitalicios, no parece avenirse con los ideales democráticos.
- Como contralor de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y, a la vez, no controlable por los otros poderes que sí encarnan la voluntad ciudadana.
- En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, no representando al pueblo y

¹⁶ Una de las principales críticas que, tanto desde la derecha ideológica (Bork 1989) como del progresismo ideológico (Stone y Strauss 1992, p. 19); (Con respecto a la crítica que el movimiento Critical Legal Studies hace a la politización de la justicia constitucional, ver M. Tushnet (1983; 1980)), siempre se le ha hecho a los tribunales constitucionales ha sido la de su politización (Cottrell y Chai 2004, p. 86; Tushnet 2004; Perry 1994, pp. 3-14), esto es, la de su funcionamiento más como órganos políticos que jurisdiccionales. El activismo jurisprudencial mantenido por muchos tribunales constitucionales a través: a) de una amplia interpretación de sus competencias con respecto a la posibilidad de declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes; y, b) de una interpretación progresista del texto constitucional, la que ha implicado en muchos casos, una activa intervención de la Corte en las políticas económicas del Estado; ha ratificado esta afirmación.

¹⁷ Ejemplos de creación por parte de las cortes constitucionales de contenidos constitucionales nuevos hay muchos. Por ejemplo, en 1983 la Corte Constitucional de la República Federal Alemana declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la ley relativa al censo adoptado aquel año, que incluía no solo datos de identificación, sino también otros datos personales relativos al empleo, la vivienda, etc. (*Population Census Case, BVerfGE 65, 1*). Este fallo acerca del censo se hizo famoso porque en él, la Corte creó, a partir de la interpretación del derecho general a la personalidad, reconocido en el art. 2.1 de la Ley Fundamental de 1949, un nuevo derecho fundamental, no previsto anteriormente, el derecho a la “autodeterminación de información”, en base al cual, cada uno decide qué información sobre sí mismo quiere comunicar a los otros y bajo qué circunstancias (Grimm 2004, pp. 19-20). Más importante fue la creación, años antes, en 1966, por parte también del mismo Tribunal Constitucional alemán, del “principio de proporcionalidad”, tampoco previsto en la Ley Fundamental.

¹⁸ Los autores que han desarrollado esta cuestión son muchos y los argumentos a favor y en contra del control de constitucionalidad también. Las obras que marcaron un punto de partida, en el ámbito anglosajón, fueron las de Bickel (1962) y Ely (1980). En el ámbito hispanoamericano, puede decirse que el tema fue tempranamente tratado por García de Enterría (1981), quien reproduce los ejes centrales del debate norteamericano. Posteriormente, fueron diversos escritos del filósofo argentino C. NINO, desarrollando ideas que culminaron en su libro *La constitución de la democracia deliberativa* (1996), y la obra de Gargarella (1996) las que reavivaron la polémica e introdujeron elementos originales al debate. Desde entonces, se ha generado una discusión bastante viva, tanto en Estados Unidos, como en América Latina y España. En el ámbito hispanoamericano es aconsejable leer los libros de Ferreres (1997) y los artículos de Moreso (1998; 2000, pp. 95-107), Bayón (2000, pp. 65-94; 2004) y Atria (2000). En el ámbito de habla portuguesa véase Moreira (1995) y Moreira Maues (2003). En el ámbito anglosajón, es imprescindible la lectura de Waldron (1993; 1999; 2006), pero también pueden leerse los escritos de Dworkin (1996), Ackerman (1991), Friedman (1998, pp. 333 y ss), Eisgruber (2001; 2002), Tushnet (2000), Hirschi (2004), Bellamy (2008).

siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir a favor de los intereses de aquél.

Esta posición ha sido, incluso, desarrollada en la jurisprudencia de algunos países como Chile. Una decisión de la Corte Suprema de Chile, de 10 de diciembre de 2002, rechazó un caso en que los accionantes exigían se les cubriera el tratamiento de VIH/SIDA, previsto en la ley, por parte del sistema de salud pública. La Corte no se pronunció sobre el tema por considerar que las materias relativas a la salud deben ser resueltas por las autoridades políticas, no por los tribunales (*Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002*, 2003, pp. 390-393). Se trata, en consecuencia, de un caso donde la corte aplicó la llamada teoría de la "autolimitación judicial" (*judicial self-restraint*), que proclama la no justiciabilidad de determinadas cuestiones constitucionales, desarrollada por el juez Brandeis¹⁹ en su opinión en el caso *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, de 1936.²⁰

4. Los intentos teóricos y prácticos de rearticulación de los conceptos de soberanía, justicia constitucional y participación en el S. XX

4.1. Crítica teórica y mecanismos de "weak-form judicial review"

Quizá el más famoso ataque al carácter antidemocrático de la revisión judicial de constitucionalidad, así como el intento de teorizar una democratización de la justicia constitucional, ha venido del neozelandés Jeremy Waldron.²¹ La crítica de Waldron contra la revisión judicial de constitucionalidad se basa en dos aspectos principales: el carácter no electo de los jueces y el carácter político del debate sobre los derechos.²² A la vez que, plantea como propuesta de democratización de la justicia constitucional: la parlamentarización de la misma.²³

¹⁹ Según el juez Brandeis, la corte suprema no es más que una coordinada institución de gobierno, de ninguna manera superior a las instituciones ejecutiva o legislativa con las que está unida en obligaciones de mutuo respeto y deferencia mutua. La teoría y la práctica de la revisión judicial tiene que estar reconciliada con las más generales y primordiales funciones constitucionales de "checks and balances", una situación bastante difícil de darse cuando la revisión judicial, por parte de la corte, de actos del ejecutivo y el legislativo, la llevan a una situación de enfrentamiento directo con estas dos otras instituciones coordinadas. En este caso, el juez Brandeis dice que lo que tiene que hacer la corte es auto-restringirse, o auto-limitarse para no entrar en cuestiones políticas, económicas o sociales propias de los otros dos poderes y por tanto, para no enfrentarse a ellos. Esto lo puede hacer aplicando la doctrina de la "cuestión política", llamada también doctrina del "acto de gobierno", consistente en que una vez la corte ha decidido que un problema particular traído ante ella es una cuestión política, esta no intervendrá. Y, por tanto, o se niega directamente a resolver el caso señalando la razón directamente (como hizo la corte chilena en el caso señalado), o bien, en aquellas situaciones en que sea absolutamente necesario tratar el caso, el juez Brandeis establece un conjunto de reglas para la intervención de la corte en los grandes problemas de la comunidad política (reglas de auto-limitación judicial las cuales cualquier tribunal supremo debería tener la prudencia de tratar de aplicar antes de precipitarse) (McWhinney 1986, pp. 99-100).

Después de Brandeis, otro de los grandes exponentes de la teoría de la auto-limitación de la corte, en el seno del tribunal supremo norteamericano, fue el juez Frankfurter quien, en los años posteriores a 1937, tuvo un duro enfrentamiento con los jueces Hugo Black y William O. Douglas, partidarios de una intromisión firme de la corte en asuntos políticos y protagonistas de una fuerte crítica hacia el gobierno (McWhinney 1969, p. 174).

²⁰ *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*. 279 U.S. 288, 345 (1936).

²¹ Waldron desarrolla sus principales argumentos cuestionando el control judicial de constitucionalidad como un mecanismo de decisión apropiado para una sociedad democrática, en su obra *Law and disagreement* (1999) (Traducción al español 2006) y en un artículo publicado en la revista de derecho de la Universidad de Yale en 2006: "The Core of the Case Against Judicial Review" (*Yale Law Journal*. Núm. 115 (6). pp. 1346-1406).

²² Waldron parte de la idea de que existe un compromiso de la mayor parte de los ciudadanos y funcionarios públicos con la idea de los derechos individuales. Todos reconocen que a toda persona deben respetársele ciertos derechos y libertades. Ahora bien, existe, a la vez, un desacuerdo "persistente, sustancial, y de buena fe" entre los miembros de la sociedad sobre el contenido, los límites y el alcance de los derechos. Algunos de estos desacuerdos se dan en el nivel filosófico (por ejemplo, ¿han de incluirse dentro de la Carta de derechos los Derechos Económicos, Sociales y Culturales?), otros en el plano interpretativo frente a circunstancias concretas (¿autoriza el derecho al pluralismo político que partidos xenófobos puedan presentarse a las elecciones?) Waldron asume que estos desacuerdos

Son diversos los mecanismos que encontramos en la historia constitucional, para hacer prevalecer la supremacía parlamentaria mayoritaria frente a las decisiones judiciales contramayoritarias, ante cuestiones constitucionalmente controvertidas.

El senador demócrata Burton Wheeler, después de que el Tribunal Supremo norteamericano anulara doce Leyes del *New Deal* entre 1934 y comienzos de 1937, realizó una propuesta de reforma de la Constitución donde se estableciera que, en aquellos casos en que el Tribunal Supremo declarara la inconstitucionalidad de una ley federal, el Congreso pudiera anular tal declaración de inconstitucionalidad por una mayoría de dos tercios de votos en cada una de las cámaras, haciendo prevalecer el carácter mayoritario del Legislativo frente al carácter contramayoritario de la Corte. Posteriormente, el juez Robert Bork propuso una reforma constitucional en el mismo sentido que la de Wheeler, pero permitiendo la anulación de la declaración de la corte por simple mayoría de votos.

Aunque estas propuestas no tuvieron éxito en Estado Unidos, sí hay países que han incorporado en sus textos constitucionales mecanismos de este tipo (*weak-form judicial review*).²⁴ Canadá incorporó una cláusula parecida. La Carta de Derechos y Libertades canadiense (incorporada a la Constitución -*Constitution Act*- en 1982) prevé, en su art. 33, la denominada *notwithstanding clause* o "cláusula de anulación", que permite al parlamento nacional o a las asambleas legislativas de las provincias, declarar cuando promulguen una ley, que esta debe entrar en vigencia, sin perjuicio de que existan disposiciones en la Carta que pudieran llegar a plantear la inconstitucionalidad de la misma y, por tanto, impidiendo la revisión judicial de constitucionalidad, por parte de las cortes, sobre dicha norma.²⁵

entre derechos, son conflictos que necesitan una respuesta, necesitan fijar un curso de acción para la sociedad, pero no son exclusivamente materia de interpretación en un sentido puramente jurídico o formalista, sino que al definir elecciones cruciales de cualquier sociedad, deben enfrentarse en el contexto del debate moral y político existente, tales como si resulta moralmente correcto autorizar la pena de muerte, el derecho al aborto, la eutanasia, los matrimonios homosexuales o permitir la financiación privada sin límites de las campañas electorales (Linares 2008, pp. 68-69). Ello hace que, a diferencia de Dworkin (1996) que dice que los jueces son los que están mejor posicionados para tomar este tipo de decisiones, para Waldron no sea así, estos son unos debates que se tiene que dar, no en los órganos jurisdiccionales puesto que los jueces -dice- se mueven por intereses egoístas, sino en el espacio (sociedad) y órganos políticos, concretamente, el legislativo. Esto permite:

a) enfrentar el debate en el contexto socio-político (el debate en la cámara debe ir precedido de una amplia y participativa discusión pública en el seno de la sociedad, lo que garantiza el derecho de participación ciudadana, aspecto fundamental para Waldron); y,

b) establecer, a través de la decisión parlamentaria, la acción colectiva sin necesidad de que los ciudadanos se pongan de acuerdo, allí donde una respuesta es necesaria y el acuerdo imposible.

²³ Conjuntamente con Waldron, otro autor que se refiere al carácter antidemocrático de la revisión judicial de constitucionalidad es Patrick Lenta (2004), quien argumenta que "la revisión judicial sufre de un déficit de legitimación democrática" y que "el sometimiento de determinadas decisiones de las instituciones políticas a la revisión judicial supone una usurpación de la democracia, la cual exige que las decisiones sean tomadas por la gente o por sus representantes".

²⁴ Se trata de las llamadas "weak-form judicial review". Sobre la diferenciación entre "strong-form judicial review" y "weak-form judicial review" (Tushnet 2003, pp. 353-379).

²⁵ El parlamento correspondiente podrá declarar que la ley entre en vigencia independientemente de la existencia de posibles causas de inconstitucionalidad, siempre y cuando estas contradicciones afecten a las libertades fundamentales previstas en el art. 2 de la Carta (donde se contienen derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de conciencia, la libertad de reunión y la libertad de asociación) y en los arts. 7 a 15 (donde se contienen el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, derecho a no ser perseguido y detenido arbitrariamente, la prohibición de ser sometido a tratamientos crueles y el derecho a la igualdad).

El parlamento, sin embargo, no podrá usar la cláusula cuando la ley que promulgue presente contradicción que afecten a las garantías de los derechos políticos (arts. 3 a 5), los derechos de movilidad (art. 6), los derechos referentes al idioma (arts. 16 a 22), los derechos de educación lingüística de la minoría (arts. 23), la garantía de igualdad entre hombres y mujeres (art. 28). También están excluidos de la posibilidad de usar la cláusula, los art. 24 (justiciabilidad de la Carta) y los arts. 27 (patrimonio multicultural) y 29 (escuelas confesionales).

La declaración de uso de la cláusula por parte del Parlamento Federal o por las Asambleas Legislativas provinciales, no podrá tener una duración superior a cinco años (Sobre la cláusula, ver Johansen y Rosen 2008, p. 3; Rosen 1987; Romanow, White y Leeson 1984; Axworthy 1986, p. 24).

Otro caso parecido al de Canadá es el de la Constitución irlandesa. Concretamente, esta constitución describe sus disposiciones de bienestar social bajo el título de "Principios directrices de la política social", en el art. 45, y en el mismo artículo establece que la aplicación de estos principios corresponde exclusivamente al Parlamento, sin que ello pueda ser revisado por ninguna corte.

Otra de las soluciones aplicadas ha sido la llamada solución deliberativa o diálogo interorgánico. Esta consiste en impedir la imposición de la decisión final de la corte sobre la acción normativa del legislativo, vulnerando la soberanía parlamentaria, a través de dispersar o descentralizar la revisión judicial de constitucionalidad, de manera horizontal, entre los distintos órganos de gobierno.²⁶ Dos de los principales mecanismos que normalmente se señalan para poder llevar a cabo el debate interorgánico horizontal son:

- a) el establecimiento de comisiones de autorevisión constitucional en las ramas legislativas y ejecutiva del gobierno estatal, esto es, crear comisiones en el interior del poder legislativo y ejecutivo, con la responsabilidad de examinar la constitucionalidad de las normas con rango de ley antes de ser definitivamente aprobadas. La idea no es nueva, en países como Nueva Zelanda, por ejemplo, el Abogado General del Estado tiene el deber explícito de revisar los proyectos o proposiciones de ley que se están tramitando en el legislativo para evitar posibles conflictos de estas normas con la Carta de derechos, llamando la atención al legislativo en caso de encontrarlos;
- b) El establecimiento de mecanismos diversos para permitir un debate entre poderes, relativo a los contenidos constitucionales: se trata de estructurar espacios y tiempos de debate, entre las distintas ramas del Estado, sobre la constitucionalidad de las normas antes de su plena aprobación. Ejemplo de ello fue el peculiar sistema que caracterizó el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de Ecuador de 1945 (art. 160). Este tribunal no tenía autoridad para invalidar una ley, sino simplemente para suspenderla provisionalmente. La suspensión permanecía hasta que el Congreso dictara definitivamente sobre su constitucionalidad (Zuñiga Urbina 1998, pp. 189-226; Nogueira Alcalá 2002, pp 153-301 citados por Linares 2008, p. 209). En este esquema, la decisión final sobre la validez de la ley quedaba siempre en manos del Congreso, que podía aprobar o revocar la suspensión del tribunal. Este modelo facilitaba una dinámica de diálogo en tres fases: decisión legislativa (opinión), suspensión provisional (respuesta) y decisión final del Congreso (réplica) (Linares 2008, p. 209). En el mismo sentido, la Corte Constitucional alemana, en algunas sentencias, ha declarado una ley como "no compatible con la Constitución", en lugar de declararla estrictamente como "inconstitucional". Esto permite a la ley permanecer en vigencia por un tiempo determinado, con el entendido de que será adecuadamente revisada por el legislativo. La Corte Constitucional italiana ha llevado a cabo, en algunas ocasiones, una práctica similar al declarar que una ley será anulada en el futuro si no es adecuadamente revisada y modificada por el legislativo.²⁷

²⁶ Uno de los autores que propone esta solución es Zurn 2007.

²⁷ Pickerill (2003) y Tullis (2003) señalan a través de ejemplos empíricos que estos procesos de debate inter-orgánico sobre cuestiones constitucionales existen en el contexto norteamericano. Mientras Pickerill se centra en el debate inter-orgánico sobre los principios del federalismo, Tullis se centra más en un caso de estudio relativo a un conjunto de debates entre Ejecutivo y Legislativo a finales del s. XVIII y s. XIX. Gardbaum (2001, pp. 719-739) realiza una buena discusión sobre tres maneras distintas de institucionalizar los debates inter-orgánicos relativos a los derechos individuales en Canadá.

4.2. ¿Permite la crítica teórica y mecanismos de “weak-form judicial review”, del s. XX, una articulación real entre soberanía, justicia constitucional y participación?

La respuesta a esta pregunta es, en mi opinión, negativa. La articulación originaria entre soberanía, justicia constitucional y participación, no se ha conseguido a lo largo del s. XX, ni teórica ni prácticamente. Veamos estos dos aspectos por separado.

4.2.1. A nivel teórico:

La crítica de Waldron al carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad no logra superar ni el modelo de representación política liberal, ni el modelo de libertades liberales como derechos absolutos, sagrados e ilimitables. Además, sólo se cuestiona un aspecto del problema, el hecho de que las cortes no electas democráticamente puedan anular o revisar decisiones tomadas por órganos mayoritarios, pero sin embargo, no presta atención a la segunda contradicción entre revisión judicial de constitucionalidad y democracia, que es el hecho de si las disposiciones constitucionales rígidas que se justiciabilizan son o no democráticas. Todo ello le impide superar la contradicción justicia constitucional-democracia. Veamos cada uno de estos aspectos:

a) La no superación del modelo liberal de representación política:

Si bien dice que la autoridad de interpretar y ejecutar la constitución debe democratizarse y residir en el pueblo. Waldron sustituye al pueblo como “poder” y “sujeto colectivo”, por el pueblo como conjunto de individuos representados que actúan a través de una “autoridad” (Poder Legislativo). Y, por tanto, se queda en el campo de la democracia representativa, no de la participación directa del pueblo que es donde hay que encontrar la verdadera articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación ciudadana.

b) La no superación de las libertades liberales como derechos absolutos, sagrados e ilimitables:

Los argumentos de Waldron (1999) no sólo se basan en valores democráticos sino que también están basados en derechos. Su justificación de la necesaria participación y discusión mayoritaria en la revisión de constitucionalidad se fundamenta en los derechos-valores de la autonomía y la responsabilidad. Por tanto, Waldron no es sólo un teórico demócrata argumentando contra la revisión judicial, él es también un teórico de los derechos, argumentando que si nosotros creemos que los derechos son importantes, deberíamos tener objeciones graves al hecho de que, en nombre del bien común “justicia”, se nos privara de nuestros derechos y, sin contar con nosotros, se concediera la justiciabilidad de los mismos a jueces no electos.²⁸

El punto de partida de Waldron es el siguiente: 1. La gente no está de acuerdo en qué derechos tiene; y, 2. Dado este hecho, debemos respetar el derecho de la gente de participar y expresar su opinión en la resolución de este desacuerdo; por tanto, Waldron no ve el derecho a participar como un derecho-valor al mismo nivel o en equilibrio de importancia que los otros. Para él, la participación es fundamental. La participación mayoritaria en la resolución de los desacuerdos sobre derechos debe ser adoptada, aunque esto supusiera peores resultados para los derechos que adoptar otro mecanismo de toma de decisiones (la decisión judicial) (Kavanagh 2003, pp. 456-457). La argumentación de que la revisión judicial puede ofrecer mejor protección para los derechos, es para Waldron, una justificación

²⁸ “(...) creer en los derechos es creer que ciertos intereses clave de los individuos, en libertad y en bienestar, requieren especial protección, y que ellos no deben ser sacrificados por el bien de una mejor eficacia o prosperidad o por ningún agregado de intereses menores bajo el título del bien público (...)” (Waldron 1993, p. 45).

insuficiente para limitar el derecho de los derechos.²⁹ Frente al argumento epistémico Waldron impone el argumento de la primacía de la democracia.

Así pues, Waldron asigna un status especial al derecho a participar, que hace que no se pueda limitar por ningún otro derecho o valor o principios de la moralidad política. Si creemos en el gobierno de la gente, luego no podemos anular su decisión, ni cuando sea incorrecta. Pero, por qué Waldron otorga tanta importancia a este derecho de participación?

Pues porque para Waldron la participación tiene valor, independientemente o más allá del propio proceso participativo. Él concibe este derecho como un derecho que tiene un valor intrínseco relacionado con la dignidad de la persona (igualdad jurídica y libertad).

Al permitir a los individuos la oportunidad de ser parte del proceso de toma de decisiones de la comunidad, está confirmando y afianzando su igualdad de derechos (igualdad jurídica) y su autonomía (libertad). En este sentido, garantizar un igual derecho a participar evidencia un reconocimiento público de la igualdad jurídica y la autonomía de la voluntad personal.

Este intrínseco valor de la participación tiene importantes y catastróficas consecuencias: significa que estos derechos individuales liberales clásicos (igualdad formal y libre autonomía de la voluntad personal) se convierten en inalienables, absolutos y sagrados, al margen de si producen justicia social o no. Tal modelo lleva a la clásica antinomia irresoluble entre *libertad* e *igualdad* (real). La universalización de la *libertad* (entendida como *autonomía, individualidad*) acentúa y agudiza su contradicción con la *igualdad* (equiparación real de los hombres en sus condiciones de vida), ya que, al darse primacía, por encima de todo, a la *libertad* del individuo, la *igualdad* sólo puede concebirse como instancia accesoria de la *libertad*, como "*igual libertad*", pero no como *igualdad* "real", lo cual entra en contradicción con cualquier principio de democracia, concebida en términos económicos.

c) El no cuestionamiento sobre la rigidez constitucional:

El problema de la revisión judicial implica un conjunto distinto de problemas que deben ser desagregados. Se pueden diferenciar dos grandes categorías de estos problemas (Alexander 2005):

1. Al hecho de que las cortes, no electas democráticamente, puedan anular o revisar decisiones tomadas por órganos mayoritarios.
2. Pero hay una segunda contradicción entre revisión de constitucionalidad y democracia, a la que Waldron no presta atención. El hecho de si las disposiciones constitucionales (rígidas) que se justiciabilizan son o no son democráticas. ¿A qué me refiero con este segundo problema?

Las constituciones y sus disposiciones son, en la mayoría de los casos, muy difíciles de ser reformadas por la mayoría-ciudadanía. Son constituciones excesivamente rígidas. Estas disposiciones constitucionales tan rígidas, las cuales representan la voluntad de una mayoría del pasado, pueden no corresponderse con la voluntad de una actual mayoría y ser antidemocráticas en este sentido.³⁰ En un sentido real, si

²⁹ "(...) Si un procedimiento es democrático y se realiza terminando con el resultado correcto, no hay injusticia para nadie. Pero si el proceso es no democrático, este conlleva inherentemente y necesariamente, una injusticia en su operación, para las aspiraciones participativas de los ciudadanos ordinarios. Y, esta injusticia existe, al margen de si termina con el resultado correcto o no (...)" (Waldron 1993, p. 50).

³⁰ Para poner un ejemplo, la constitución de los Estados Unidos, blinda diversos derechos (libertad de expresión, libertad de religión, privacidad, igual protección, debido proceso, justa indemnización por expropiación de propiedad, y otros). Pero, también blinda muchas otras cosas. Por ejemplo, establece las diversas ramas del gobierno federal, sus poderes, y hasta cierto punto, sus procedimientos. Regula, en parte, las elecciones federales y establece los criterios para determinar la elegibilidad de los funcionarios federales. Delimita el poder del gobierno federal con respecto a los estados, y viceversa

las disposiciones constitucionales son blindadas contra la reforma o derogación de la mayoría, los votos de los fundadores de la constitución cuentan más que los votos de la gente del presente.³¹

Esto también supone una contradicción entre control de constitucionalidad y democracia, puesto que las cortes justiciabilizan disposiciones constitucionales no democráticas o que no responden a la voluntad popular del presente.

Aunque Waldron reconoce esta cuestión, no le presta mucha atención. Su crítica se centra, ante todo, en el hecho de que la justiciabilidad de la constitución corresponda a jueces no electos en lugar de a representantes electos de los ciudadanos (legislativo). Pero, ¿por qué no presta atención a la rigidez constitucional?

La explicación la encontramos en el hecho de que este autor entiende el derecho constitucional como “contenido ético de poder”, como instrumento para mantener el *statu quo*, por eso, reivindica una democratización de la justiciabilidad constitucional, pero sin cambiar ni las normas ni las formas de la política, pues son conscientes de que estas se constituyen en relación con las formas de redistribución del poder material y económico. El simple traslado de la facultad de justiciabilidad constitucional al poder legislativo, permite cumplir el ideal democrático-liberal mayoritarista, sin necesidad de transformar nada. Los lugares tradicionales de la política (instituciones del Estado) y sus sujetos (partidos políticos institucionalizados) es la forma que articula la producción y reproducción del *statu quo*.

En cambio, si su propuesta de democratización de la justicia constitucional incluyera no sólo la desjudicialización de la misma, sino también permitir la reapertura permanente del proceso constitucional por parte de la ciudadanía, ello implicaría tener que trasladar la política a los lugares y sujetos “salvajes” de la misma (el pueblo), que son, en cambio, la forma que problematiza la reproducción del *statu quo*, y la transforma.

4.2.2. A nivel práctico:

En cuanto a los distintos mecanismos prácticos implementados a lo largo de la historia constitucional con el objetivo de garantizar, en determinados aspectos, la supremacía parlamentaria y, por tanto, el principio democrático por encima del carácter contramayoritario de la justicia constitucional (*notwithstanding clause* en Canadá; art. 45 de la Constitución irlandesa; mecanismos de diálogo interorgánico, etc.), no podemos hablar, desde mi punto de vista, de una auténtica democratización de la justicia constitucional. ¿Por qué? y, ¿cómo debería llevarse a cabo esta democratización para ser real?

(federalismo). El resultado es que muchas, normas que regulan la vida en el país no pueden ser modificadas por las mayorías del presente (el carácter vitalicio de los jueces, el nombramiento presidencial y poderes de remover, bicameralismo, el veto presidencial, la composición del senado, la edad y condiciones de nacimiento para el cargo de presidente, solo para mencionar unos cuantos).

En el caso de España, el establecimiento de un procedimiento agravado de reforma constitucional (art. 168 C.E.) para el caso del Título II (De la corona), es otro ejemplo claro de cómo las generaciones futuras están atadas a una decisión de las pasadas.

³¹ Esta es una idea expresada ya por Thomas Jefferson en sus cartas a Samuel Kercheval (Monticello, 12 de julio de 1816) y a James Madison (París, 6 de septiembre de 1789), donde manifiesta abiertamente que no cree que las generaciones futuras deban verse limitadas por las intenciones de los creadores originarios de la constitución. “También podría exigirse que un hombre llevara el abrigo que le iba bien cuando niño” (Hardt 2009, p. 145). Los muertos no son nada declara. La tierra pertenece a los vivos. “Por lo tanto, toda constitución, toda ley, expira naturalmente al final de 19 años. Si fuera impuesta por más tiempo constituiría un acto de fuerza, no por derecho” (Hardt 2009, p. 120). Por lo tanto, cada veinte años, que según los cálculos de Jefferson constituyen un reemplazo generacional, un nuevo proceso constituyente debe desechar el peso muerto del pasado y escribir una constitución basada en los deseos y las necesidades de la nueva generación.

Algunos autores han diferenciado entre los conceptos de "cultura legal interna" y "cultura legal externa" (Friedman 1975, p. 194). A modo general, podemos definir estos conceptos de la siguiente manera:

- La cultura legal interna se refiere al conjunto de maneras de actuar especializadas que tienen las cortes o tribunales en su interior.
- La cultura legal externa se refiere al conjunto de maneras de actuar que la población en general, los ciudadanos, tienen con respecto y hacia las instituciones jurisdiccionales. Sería, por tanto, equivalente a cultura o actuación legal popular.

Hecha esta diferenciación, a continuación establezco cuatro dimensiones distintas del funcionamiento de las Cortes Constitucionales o Cortes Supremas, que son determinantes para su mayor o menor democratización.³²

Dos de estas dimensiones forman parte de la cultura legal interna:

1. Las funciones que se atribuyen a la corte. En función de cómo las ramas del Estado se distribuyan los poderes y cuáles sean las funciones que corresponden o no a la corte, existirá mayor o menor contradicción de la justicia constitucional con la noción de democracia.
2. El estilo de las deliberaciones judiciales. El hecho de que las deliberaciones de la corte puedan ser sólo interpretativas o bien puedan, a la vez, crear derecho, determinará, también, un mayor o menor grado de contradicción de la justicia constitucional con la noción de democracia.

Las otras dos dimensiones forman parte de la cultura legal externa:

3. La composición y forma de elección de los miembros de la corte. En función de qué manera los ciudadanos participen, ya sea directa o indirectamente, en la elección y composición de la corte, podremos hablar de mayor o menor grado de democratización de la justicia constitucional.
4. La legitimación activa para plantear acciones de inconstitucionalidad ante la corte. El hecho de que los ciudadanos puedan o no, participar en el planteamiento de acciones de inconstitucionalidad ante la corte, determinará, también, el carácter más o menos popular de la justicia constitucional.

Estas dos últimas dimensiones (la 3 y 4) son las que conectan la cultura legal interna con la cultura legal externa y las que, sin duda, contribuyen en mayor grado a una articulación entre las nociones de soberanía, justicia constitucional y participación. Por tanto, es en estas dos últimas dimensiones donde hay que aplicar transformaciones para lograr una democratización de la justicia constitucional.

Todas las soluciones que se han planteado aquí (*notwithstanding clause* en Canadá; art. 45 de la Constitución irlandesa; mecanismos de diálogo interorgánico, etc.), afectan, si nos fijamos, a las funciones de la corte y al estilo de las deliberaciones, esto es, a la cultura legal interna, pero no tocan para nada las dimensiones de la cultura legal externa, que son las que realmente democratizan la justicia constitucional.

Si bien, las discusiones y transformaciones en el estilo de deliberación o en sus funciones y en la estructura de la corte, influyen en la democratización de la corte, se quedan en el ámbito interno del mundo jurisdiccional, sirven para que el círculo interno del mundo jurisdiccional y académico otorgue mayores grados de legitimidad a la Corte. Sin embargo las simples transformaciones en estos ámbitos,

³² Inicialmente, M. Lasser (2004) diferenció entre dos dimensiones del funcionamiento de las Cortes Supremas: el estilo de las deliberaciones judiciales y la estructura de la Corte. Posteriormente, F. Bruinsma (2009, pp. 67-68) ha sumado a las dos anteriores, dos dimensiones más: el perfil político de la corte y su composición. Partiendo de las dimensiones establecidas por estos autores, en este trabajo, yo diferencio entre cuatro dimensiones.

sin tocar los otros, dejan un amplio hueco no cubierto entre los bieninformados a nivel interno y la amplia ignorancia del pueblo en general que no percibe tales transformaciones ni rompe la separación radical entre control de constitucionalidad y sociedad.

Sirve pero poco, ya que la verdadera legitimidad democrática de la corte no se puede conseguir en términos de cultura legal interna, sino que tiene que conseguirse en términos de cultura legal externa. Y para ello hay que centrarse en los dos últimos elementos. Esta es la opción adoptada, como veremos a continuación, por las nuevas constituciones latinoamericanas.

5. El neoconstitucionalismo latinoamericano: retomando la originaria articulación entre soberanía, justicia constitucional y participación

A diferencia de los citados intentos teóricos y prácticos de democratización de la justicia constitucional en el s. XX, los cuales introducían modificaciones en el ámbito de la cultura legal interna, las nuevas constituciones latinoamericanas introducen novedades que afectan también al ámbito de la cultura legal externa (participación de los ciudadanos en el control de constitucionalidad y forma de elección y composición de las Cortes) y que, por tanto, nos permiten hablar de una auténtica democratización de la justicia constitucional.

5.1. Sujetos colectivos y mecanismos de enfrentamiento ciudadanos-Estado para la defensa de la voluntad constituyente

Un primer elemento importante para poder rearticular la relación “soberanía-justicia constitucional-participación” es el reconocimiento constitucional de sujetos colectivos. Estos son los que, históricamente, han activado la sociedad civil. Sin sujetos colectivos no hay participación social. A diferencia del constitucionalismo tradicional, donde el sujeto de referencia ha sido siempre, el individuo,³³ las nuevas constituciones latinoamericanas, especialmente las de Venezuela (1999),³⁴ Ecuador (2008)³⁵ y Bolivia (2009),³⁶ reconocen como sujeto de derecho, conjuntamente con los individuos, también a los sujetos colectivos.

³³ En la vida privada, el individuo propietario que inter-actúa en el mercado. Y, en la vida pública, el individuo ciudadano sobre el que se construye el concepto abstracto de nación, entendida, de acuerdo con la concepción francesa, como un contrato entre individuos que disponen del derecho individual al sufragio (Noguera 2008, pp. 28-34; de Cabo 2006, pp. 21-24). Quizá, los únicos intentos, en la historia del constitucionalismo liberal, de subjetivización, en la Constitución, conjuntamente con el individuo, de un sujeto colectivo como actor político con capacidad de intervención en el proceso de decisión política general, fueron la Constitución de Weimer de 1919 y la Constitución italiana de 1947.

Estas constituciones, que fueron las que establecieron el Estado social en Alemania e Italia, aparte de reconocer el trabajo simplemente como derecho, recogían, también, una concepción de “trabajo” de matriz sociológica, entendiendo el trabajo como una de las estructuras asociativas que conforman la sociedad. Por tanto, reconocían el “sujeto trabajo”, esto es, la clase obrera organizada en sindicatos, como sujeto político colectivo participante en las decisiones políticas estatales. A la vez que le otorgaban instrumentos para que pudieran participar: los consejos en Alemania, la huelga política, la negociación colectiva, etc. Sin embargo, como es conocido, en Alemania, la Constitución de Weimer fracasó, y en Italia, esta subjetivización constitucional de la clase obrera como sujeto colectivo, nunca fue desarrollada legislativamente, nunca fue dotada de contenido y, por tanto, se quedó en papel mojado (Maestro 2001).

³⁴ La Constitución de Venezuela de 1999, en los artículos 84, 166, 182, 185 y muchos otros, hace referencia tanto a los pueblos indígenas como a lo que denomina “sociedad civil organizada” o “comunidad organizada”, refiriéndose a las organizaciones sociales de la misma, como sujetos de derechos y con capacidad de participar en la toma de decisiones políticas en los distintos niveles del Estado.

³⁵ La Constitución de Ecuador de 2008 establece, en su art. 96 que “se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno”. También en su art. 10, dice que al igual que los individuos, las “comunidades, los pueblos, las nacionalidades y los colectivos”, son también titulares de todos los derechos. Además, en el art. 11, dice que los derechos se podrán ejercer, promover y exigir, tanto de forma individual como colectiva. A la vez, la constitución hace referencia, en varios artículos, a las organizaciones sociales y les atribuye competencias específicas como postular candidatos para determinados cargos públicos, etc.

Reconocidos estos sujetos colectivos, el siguiente paso consiste en dotarlos constitucionalmente de mecanismos a través de los cuales los ciudadanos organizados puedan ejercer la defensa de sus derechos constitucionales y de su voluntad constituyente frente al poder estatal.

Podemos clasificar en tres tipos diferentes los mecanismos de defensa ciudadana de la voluntad constituyente que estas constituciones establecen: mecanismos institucionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado; mecanismos informales de enfrentamiento ciudadanos-Estado; y, mecanismos jurisdiccionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado.

5.1.1. Mecanismos institucionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado: el Cuarto Poder

A la introducción, en el siglo XVIII, de la representación política, expresada en el parlamentarismo, le siguió como corolario principal, la tripartición de poderes como sistema de (auto)control del poder, ejercido de manera separada del pueblo, mediante unos mecanismos de “pesos y contrapesos” entre los poderes del Estado. La representación, como forma de ejercicio del poder, y tripartición de poderes, como forma de control del poder, se fusionaron perfectamente en el paradigma de la llamada democracia representativa.

Ante este esquema, la única manera de establecer una constitución democrática que organice un gobierno controlado directamente por el pueblo y que no pueda superar la voluntad del constituyente (control de constitucionalidad), es mediante la creación en ella de un tipo de poder ciudadano autónomo no vinculado a los límites de la estructura de la tripartición de poderes, con capacidad de ejercer control constitucional (poder negativo) sobre los gobernantes. Ello permite romper el esquema que entiende la soberanía fundada sobre la representación política, e incorporar el equilibrio (bipartición) entre soberano popular (ciudadanos) y poder del gobierno. Y, en consecuencia, contribuir a rearticular la relación soberanía-justicia constitucional-participación.

Las últimas constituciones en Latinoamérica (la venezolana (1999), ecuatoriana (2008) y boliviana (2009)), rompen la estructura tradicional del Estado liberal basada en la tripartición de poderes y crean una estructura de cinco poderes. Además de los tres tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), estas constituciones crean el Poder Electoral y un Poder ciudadano de control (cuarto poder), que toma el nombre de “Poder Ciudadano” en la Constitución de Venezuela (Título V, Capítulo IV), “Poder de Transparencia y Control social” en la ecuatoriana de 2008 (Capítulo V. Título IV “Participación y organización del poder”), y función de “Participación y control social” en la boliviana de 2009 (arts. 241 y 242).³⁷

³⁶ Asimismo, la constitución de Bolivia de 2009, en el mismo sentido, también señala en su art. 14.3, como titulares de los derechos a todas las personas y a todas las “colectividades”, ya sean pueblos indígenas u organizaciones sociales. Y, dentro del Título cuarto sobre las garantías de los derechos, permite que estas puedan ejercerse individual o colectivamente.

³⁷ Los antecedentes, en el continente americano, de esta estructura del Estado rupturista con la tripartición de poderes los encontramos ya en el constitucionalismo bolivariano. Como clave de la comprensión del ideario constitucional de Bolívar está la Constitución de Bolivia de 1826, que en su art. 8 declaraba: “*El Poder Supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones: Electoral, Legislativa, Ejecutiva y Judicial*”. El art. 19 a su vez significó “*El Poder Electoral lo ejercen inmediatamente los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada ciento un elector*” (Aunque Bolívar hubiera preferido por cada diez, un elector, como lo preveía en su proyecto). El art. 26 declaraba: “*El Poder Legislativo emana inmediatamente de los cuerpos electorales nombrados por el pueblo; su ejercicio reside en tres Cámaras: Tribunales, Senadores y Censores*”. Se puede apreciar fácilmente que la concepción del poder popular está presente en el llamado poder electoral, y que la utilización de los términos Tribunales, Senadores y Censores, no es una simple copia de las instituciones romanas, sin más lógica, sino una manera de lograr, con sus atribuciones propias, el juego de los límites de los poderes de cada cual (Bolívar citado por Catalano 1991, pp. 35-59).

Aunque fue la constitución de Venezuela de 1999 la primera en establecer este cuarto poder,³⁸ es en la constitución ecuatoriana de 2008 donde este poder, en ella llamado “de transparencia y control social”, está más desarrollado. Esta función se conforma como una función independiente y autónoma a nivel funcional, administrativo y financiero, respecto de los poderes del Estado, que integra y desarrolla su actividad sobre la base del principio de control por parte del pueblo sobre la actividad de los órganos estatales, los cargos públicos electos y los funcionarios (art. 204)³⁹. El órgano principal de la Función de Transparencia y Control Social es el “Consejo de Participación Ciudadana y Control Social”, instancia conformada por siete consejeros principales y siete suplentes, elegidos de entre los postulantes propuestos por las organizaciones sociales y la ciudadanía según concurso público de oposición y méritos, con veeduría y derecho de impugnación ciudadana, organizado por el Consejo Nacional Electoral (art. 207). Se trata de un órgano organizado para controlar que el gobierno no supere la voluntad constituyente del soberano, expresada en la Constitución.⁴⁰

En el caso de Bolivia, si bien la constitución de 2009 hace referencia, de manera muy genérica, a este cuarto poder (arts. 241 y 242), es el anteproyecto de Ley de participación y control social, actualmente en fase de redacción en Bolivia, el que establece consejos integrados por representantes de las organizaciones sociales y ciudadanos individuales elegidos por sorteo (art. 17), para los distintos gobiernos territoriales, con el objetivo de ejercer control sobre estos.

5.1.2. Mecanismos informales de enfrentamiento ciudadanos-Estado

Estos son las formas de participación y control constitucional ciudadano que se ejercen de manera colectiva o individual, de forma espontánea y circunstancial, fuera de las estructuras organizativas formales. Uno de los ejemplos en este caso, es el derecho a la resistencia frente a vulneraciones de la voluntad constituyente. El art. 98 de la Constitución de Ecuador de 2008 dice: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”.

En un sentido parecido, el citado anteproyecto de Ley de participación y control social de Bolivia, reconoce como actores de participación y control social, con “capacidad de interponer las acciones constitucionales correspondientes”, a “actores circunstanciales”, individuales o colectivos “que se organizan para un fin determinado, y que cuando el objetivo ha sido alcanzado, dejan de existir”. El anteproyecto de ley señala: “Estas formas no formales gozan de legitimidad y de reconocimiento por el Estado, para el ejercicio de sus derechos”.

5.1.3. Mecanismos jurisdiccionales de enfrentamiento ciudadanos-Estado

Los mecanismos jurisdiccionales de poder negativo establecidos por las nuevas constituciones latinoamericanas son:

³⁸ La Constitución de Venezuela, en su art. 136, establece: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”. En este caso, la concepción del poder popular está presente mediante el “Poder ciudadano” (Capítulo IV) y el “Poder electoral” (Capítulo V). El órgano de expresión del poder ciudadano es el “Consejo Moral Republicano”, integrado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

³⁹ Art. 204: “El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. (...)”.

⁴⁰ Sobre las funciones del Consejo de Participación ciudadana y control social ver el art. 208 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

- a) *La acción "ciudadana" de inconstitucionalidad*: el mecanismo jurisdiccional mediante el que se ejerce la función de dirigirse al tribunal constitucional para exigirle que controle el cumplimiento por parte de los poderes públicos de la Constitución, ha sido, tradicionalmente, el recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, y siguiendo la lógica de la tripartición de poderes como sistema de (auto)control del poder, en el constitucionalismo liberal clásico, la legitimidad activa para interponer recurso de inconstitucionalidad contra los actos de un poder, reside sólo en los otros poderes, pero no en los ciudadanos.⁴¹

Es en Latinoamérica donde las constituciones de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009), empiezan a otorgar legitimidad activa a cualquier ciudadano para interponer recurso de inconstitucionalidad contra los actos del poder, conformándose este recurso como un mecanismo de enfrentamiento directo ciudadano-Estado para asegurar el respeto y cumplimiento de la voluntad constituyente, expresada en la Constitución. Después del primer antecedente, en el s. XIX, en Colombia,⁴² ya en el siglo XX, constituciones como la de Brasil de 1988, permitió presentar recursos de inconstitucionalidad a los sindicatos y partidos políticos (art. 103), aunque no a las personas individuales. Asimismo, en Perú, según la Constitución de 1993, pueden interponer recurso de inconstitucionalidad cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado (art. 203.5), pero, en ningún caso, un solo ciudadano.

No es hasta las últimas décadas que, las constituciones aprobadas en la región (Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia) contemplan ya la legitimación activa universal para la presentación del recurso de inconstitucionalidad.⁴³ Ahora bien, aunque la reciente constitución boliviana

⁴¹ En modelos de control concentrado de constitucionalidad, como por ejemplo España o Alemania, la legitimidad activa para interponer un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, corresponde, en el caso español, al "*Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, en sus caso, sus asambleas*" (art. 162.1 Constitución española de 1978), y en el caso de Alemania, al "*Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag*" (art. 93.2 Lay Fundamental de Bonn de 1949). Y, en modelos de control difuso de constitucionalidad, como es el caso de Estados Unidos, el recurso de inconstitucionalidad siempre tiene un carácter incidental, es decir, las cuestiones de inconstitucionalidad siempre se plantean de manera incidental en el transcurso de un juicio particular y concreto ante los tribunales ordinarios en el que surge la duda sobre la constitucionalidad de una norma, y es el juez que conoce del caso quien remite la cuestión al Tribunal Supremo. En ninguno de estos dos modelos clásicos, los ciudadanos pueden presentar, directamente, un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

⁴² El primer antecedente de la legitimación activa universal para interponer esta acción, lo encontramos ya en el siglo XIX, en Colombia, en la "acción ciudadana" de inconstitucionalidad instaurada por la Ley Orgánica de Administración y Régimen Municipal de 22 de junio de 1850 y que podía dirigirse contra las ordenanzas y acuerdos de las cámaras provinciales y cabildos parroquiales (Brage 2000, pp. 60-61).

⁴³ La Constitución colombiana de 1991, en sus artículos 241 y 242, otorga la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponer acción de inconstitucionalidad solicitando la nulidad de aquellas normas legales dictadas por el legislador infraconstitucional que vulneren disposiciones o derechos reconocidos en la Constitución (el art. 241.4 de la Constitución colombiana de 1991, establece: "*Corresponde a la Corte constitucional: (...) decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación*"; y, el art. 242.1: "*Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública*").

En Venezuela, si bien la Constitución de 1999 no especifica a quién corresponde la legitimidad activa para interponer acción de inconstitucionalidad, es el art. 112 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia el que otorga legitimación activa a "*toda persona natural o jurídica*" para presentar esta acción. Aunque el artículo exige que la ley impugnada afecte los derechos e intereses del accionante, ello no debe entenderse de manera estricta, la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de

de 2009 reconoce esta posibilidad, la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, de 6 de julio de 2010, dictada con posterioridad a la Constitución, contradice abiertamente la Constitución al otorgar legitimidad activa para interponer acción abstracta de inconstitucionalidad⁴⁴ sólo al Presidente del Estado, diputados y senadores, legisladores y autoridades ejecutivas de territorios autónomos y el defensor del pueblo (art. 104), pero no a los ciudadanos como sí les reconoce la Constitución en el citado art. 132. Nos encontramos por tanto, ante una ley con disposiciones inconstitucionales que todavía no han podido ser revisadas puesto que el Tribunal Constitucional está aun a la espera de conformarse, mediante el procedimiento de sufragio universal establecido por el nuevo texto constitucional. No obstante, sí que la Ley 027 tendrá que ser revisada y sometida a control de constitucionalidad una vez conformado el nuevo Tribunal.

- b) *Otros mecanismos: acción de cumplimiento y acción de inconstitucionalidad por omisión:* Ahora bien, la vulneración de la voluntad constituyente no sólo puede producirse mediante la promulgación de una norma legal contraria a las disposiciones constitucionales, sino que también pueden haber distintas situaciones de omisión que impliquen vulneración de contenidos constitucionales.⁴⁵

Venezuela en Sentencia núm. 1077 de 22 de agosto de 2001, ha señalado que: "*cualquier persona capaz procesalmente tiene interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley*" (Caso: "Servicio Tulio León Briceño". Revista de Derecho Público, no. 83. Caracas. 2001. pp. 247 y ss. Con lo cual, cualquier ciudadano con plena capacidad jurídica puede intentar el recurso de inconstitucionalidad.

En Ecuador, a pesar de que la Constitución de 1998 permitía la posibilidad de interposición de recurso de inconstitucionalidad por parte de cualquier persona "previo informe favorable del defensor del pueblo sobre su procedencia" o de mil ciudadanos en goce de sus derechos políticos, la nueva Constitución de 2008 elimina estas limitaciones y adopta el sistema de acción popular, de forma que la acción puede ser propuesta por cualquier ciudadano individual o colectivamente de forma directa, es decir sin necesidad del informe positivo del Defensor del Pueblo (Art. 439 Constitución Ecuador 2008: "*Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente*").

Y, finalmente, en Bolivia, si bien con la anterior constitución de 1967 sólo podían interponer acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República, un senador o diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo (art. 120.1), la nueva Constitución boliviana de 2009, reconoce ya, en su art. 132, la posibilidad de que: "*Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la acción de inconstitucionalidad*". Sin embargo, si bien la Constitución deja esto claro, la posterior Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, de 6 de julio de 2010, en sus arts. 104 y 109, establece que sólo determinadas instituciones del Estado y los jueces podrán presentar recurso de inconstitucionalidad, tratándose por tanto, de una ley claramente inconstitucional que deberá ser analizada por el propio TC una vez se conforme en las elecciones a magistrados previstas para el mes de diciembre de 2010.

⁴⁴ Art. 103 Ley 027/2010 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: "*La Acción de Inconstitucionalidad Abstracta procederá contra toda ley, estatuto autonómico, carta orgánica, decreto o cualquier género de ordenanzas y resoluciones no judiciales de carácter normativo que puedan resultar contrarias a la Constitución Política del Estado*".

⁴⁵ Esto tiene especial razón de ser en el caso de las últimas constituciones latinoamericanas que, a diferencia de las constituciones liberales clásicas, no sólo son textos formales articulados sobre dos ejes: la declaración de los derechos y la división de poderes, sino que son textos mucho más largos que establecen también, conjuntamente a los elementos anteriores, las directrices básicas de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado. Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2008 introduce, dentro del título referente a las garantías constitucionales novedades importantes, entre ellas, el reconocimiento de "Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana". A diferencia de la mayoría de constituciones, donde las garantías se entienden ligadas a la función judicial, en el nuevo texto ecuatoriano esto no es así y estas van mucho más allá del ámbito judicial. La Constitución ecuatoriana de 2008 establece una clasificación de las mismas en 3 grupos: garantías normativas (art. 84); garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana (art. 85); y, garantías jurisdiccionales (arts. 86 a 94). Con lo cual no sólo el poder judicial está obligado a hacer cumplir la Constitución, sino también el ejecutivo y el legislativo.

De acuerdo con las llamadas garantías normativas, establecidas en el art. 84, cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar

En términos generales, no ha sido hasta las últimas décadas del siglo XX que empiezan a aparecer por primera vez en el constitucionalismo normas que atacan la vulneración de la Constitución por omisión y establecen acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan hacer frente a estas situaciones. Estas acciones aparecen con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, especialmente en Argentina y Brasil,⁴⁶ aunque, han sido las últimas constituciones de Ecuador de 2008⁴⁷ y de Bolivia de 2009,⁴⁸ las que han previsto, de manera clara, acciones jurisdiccionales para que los ciudadanos puedan atacar la vulneración por omisión de la Constitución por parte de los poderes públicos.⁴⁹

reglamentos, los consejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, están obligado a adecuar esa norma a la Constitución y desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, las disposiciones constitucionales. Por otro lado, otra de las novedades, no presente en otras Constituciones, es el Capítulo II ("Garantías de políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana"), el cual implica que la Constitución no sólo proclama derechos y directrices de orden económico, sino que establece también las directrices básicas de las políticas públicas que debe desarrollar el Estado. Consiguientemente, se establecen garantías no sólo para la protección de la violación por acción pública o privada de los derechos, sino también garantías para que los ciudadanos puedan obligar al Estado a que cumpla con las directrices constitucionales sobre políticas públicas que se convierten en los mecanismos para hacer realmente efectivos la voluntad constituyente expresada en la Constitución. (Noguera 2009, pp. 125-126).

⁴⁶ Algunos de los primeros antecedentes fueron la Constitución de la provincia de Río Negro, Argentina, de 1988, que estableció en su artículo 207.2.d una acción, a promover por quien se siente afectado en su derecho individual o colectivo, por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial y a los municipios. O, la Constitución brasileña de 1988, que fijó, en su art. 102, párrafo 1º, la "*alegación de incumplimiento de un precepto fundamental*", alegación que puede interponer cualquier persona directamente ante el Supremo Tribunal Federal (STF) (Art. 102, párrafo 1º, Constitución Brasil 1988: "*La alegación de incumplimiento de un precepto fundamental derivado de esta Constitución será apreciado por el Supremo Tribunal, en la forma de la ley*"). Sin embargo, esta acción presentó desde su creación dos complicaciones que la han hecho totalmente ineficaz. La primera, la dificultad de la conceptualización de lo que significa la expresión "precepto fundamental derivado de esta Constitución". En cuanto a "precepto fundamental", J.A. da Silva señala que ello abarca los principios fundamentales y todas las demás prescripciones que establecen el sentido básico del régimen constitucional como son, por ejemplo, las que apuntan la autonomía de los Estados, del Distrito Federal y, especialmente, las que designan derechos y garantías fundamentales (da Silva 1998, p. 530). Y, en cuanto a "derivado", puede entenderse que se abre la posibilidad de presentar la acción no sólo contra incumplimiento de disposiciones estrictamente constitucionales, sino también contra incumplimiento de ley o acto normativo que desarrolle una disposición de la Constitución (Luiz Streck 1999, p. 68). Y, la segunda la cual se ha convertido durante muchos años en la principal complicación, es la expresión "en la forma de la Ley", surgiendo la duda de si se refiere a la pregunta ¿la ley reglamentaria es condición de posibilidad para el conocimiento por el STF de la alegación de incumplimiento?, o bien a ¿la ley de la que habla el texto constitucional está referida a la enumeración de los preceptos fundamentales posibles de alegación?. El STF lo ha interpretado en el primer sentido, señalando que para que la alegación de incumplimiento pueda ser viabilizada necesita ser reglamentada por una ley ordinaria. Sin embargo, desde 1988 hasta 1999, es decir 11 años, no había sido aprobada por el legislativo esta ley, y esta falta de reglamentación ha sido usada durante este tiempo como argumento para el no conocimiento y, por tanto, para la recusación de alegaciones por incumplimiento presentadas ante el STF. Como dice L. Luiz Streck, "es extremadamente paradójico que una institución hecha para salvaguardar los derechos fundamentales haya sido tanto tiempo ineficaz por la ausencia de una norma reglamentaria, ausencia esta que, que por sí sola ya fundamenta la propia alegación de incumplimiento de un precepto fundamental" (Luiz Streck 1999, p. 66). Finalmente, en 1999 el legislativo aprobó la Ley 9.882, de 3 de diciembre, que desarrolla la alegación de incumplimiento de un precepto fundamental del artículo 103 párrafo 1º.

⁴⁷ El art. 93 de la Constitución ecuatoriana de 2008 prevé la "acción de incumplimiento", acción que se puede interponer, ante la Corte Constitucional, por cualquier persona individual o colectiva, con "*el objeto de garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, (...) cuando la norma cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible*".

⁴⁸ En el mismo sentido, la Constitución boliviana de 2009 reconoce en el art. 134.I, la legitimidad de cualquier persona individual o colectiva, o por otra a su nombre con poder suficiente, de interponer, ante juez o tribunal competente, una "acción de cumplimiento". Esta acción procede, nos dice el texto, "*en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida*". Esta acción se tramita, señala la Constitución, de la misma forma que la acción de amparo constitucional (art. 134.II).

⁴⁹ La acción de cumplimiento existe también en otros países como Colombia o Perú, no obstante, en estos países esta tiene un ámbito más restringido en tanto se limita a leyes y actos administrativos, no pudiéndose aplicar para normas de rango constitucional. En Colombia, el artículo 87 de la Constitución establece que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento

5.2. La elección y composición del Tribunal Constitucional

Otra de las grandes novedades de las últimas constituciones, especialmente la de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), ha sido la introducción de mecanismos de participación directa de los ciudadanos en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

El artículo 198.I de la Constitución boliviana de 2009 regula una composición del Tribunal Constitucional, de carácter mixto, acorde a la composición plurinacional del Estado,⁵⁰ esto es, que lo componen paritariamente magistrados provenientes de la justicia ordinaria y magistrados provenientes de la justicia indígena.

Pero además, otra de las novedades es, como decía, el régimen de elección de los magistrados. El artículo 199 establece que los magistrados se elegirán por sufragio universal según el procedimiento previsto para los miembros de la Corte Suprema de Justicia, regulado en el artículo 183.⁵¹

En cuanto a la Constitución de Ecuador de 2008, si bien no reconoce el sufragio directo y universal para la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, sí prevé mecanismos de participación ciudadana directa para la elección de los mismos.⁵² En el mismo sentido va la Constitución venezolana de 1999, estableciendo también, la participación del Poder ciudadano en la preselección de candidatos a presentar para su elección ante la Asamblea Nacional, así como la posibilidad de los ciudadanos de ejercer objeciones a cualquiera de los postulados.⁵³

de una ley o un acto administrativo. En el caso peruano, el artículo 66 del Código Procesal Constitucional establece como objeto de esta acción que el funcionario cumpla una norma legal o ejecute un acto administrativo, o que se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. En un sentido similar, la Constitución brasileña de 1988 prevé, en el art. 103.2, la "acción de inconstitucionalidad por omisión", acción que se interpone ante el TSF con el objetivo de que este inste, en el caso de aceptar la acción, a la autoridad competente a adoptar determinadas medidas a las que está obligada por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta acción no puede interponerse por todas las personas, sólo tienen legitimidad activa para ello el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la cámara de diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso y las Confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

⁵⁰ Art. 198.I Constitución Bolivia 2009: *"El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación paritaria entre el sistema ordinario y el sistema indígena originario campesino"*. Con ello se fija un modelo similar al que existe en la Constitución y la ley belga con respecto al Tribunal de arbitraje, órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional y compuesto paritariamente por jueces provenientes de las distintas comunidades lingüísticas que conforman el país (art. 142 de la Constitución belga de 1994 y art. 31 de la Ley Espacial de Arbitraje de enero de 1989) (Geneviève 1988, pp. 163-172).

⁵¹ Art. 183 Constitución Bolivia 2009: *"Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal. El Control Administrativo Disciplinario se efectuará la preselección de las postulantes y los postulantes por cada Departamento, y remitirá al Consejo Electoral Plurinacional la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos"*.

⁵² El art. 343 establece la posibilidad de la Función de Transparencia y Control Social, integrada por representantes de la sociedad civil y las organizaciones sociales, de postular candidatos y participar en la comisión calificadora que elige los magistrados, a través de un proceso de concurso público con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana (Art. 434 Constitución Ecuador 2008: *"Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres"*).

⁵³ Art. 264 Constitución de Venezuela de 1999: *"Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia –en Venezuela el control de constitucionalidad y la interpretación de la Constitución lo ejerce la sala constitucional del Tribunal Supremo- serán elegidos por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la"*

En todos estos casos, Bolivia, Ecuador y Venezuela, la participación directa de la ciudadanía en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional puede considerarse como un mecanismo de democratización de este órgano y de reducción de la contradicción entre justicia constitucional y democracia.

6. Conclusiones

Del trabajo presentado hasta aquí, podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. Originariamente, durante los primeros años de revolución norteamericana, la justicia constitucional se concebía como un mecanismo de interpretación y aplicación de la constitución por parte del pueblo, sin intervención de los jueces. Por tanto, existía una plena articulación entre los conceptos de soberanía, justicia constitucional y participación.
2. Con el proceso histórico de judicialización de la justicia constitucional, que se produce a nivel global, esta articulación se rompe, momento en que surge el debate clásico acerca de la contradicción contramayoritaria de la justicia constitucional.
3. A pesar de los intentos teóricos y prácticos que, dentro del constitucionalismo del siglo XX, han existido para rearticular la citada relación (soberanía-justicia constitucional-participación), no podemos hablar de una rearticulación o democratización real de la justicia constitucional con estos intentos.
4. Las nuevas constituciones latinoamericanas, aparecidas durante las dos últimas décadas, han supuesto la creación e introducción de mecanismos novedosos, no existentes en el constitucionalismo tradicional, que ponen la primera piedra para una auténtica rearticulación de las nociones de soberanía, justicia constitucional y participación y, por tanto, para una democratización de la justicia constitucional.

Bibliografía

- ACKERMAN, B., 1991. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.
- ADAMS, W.P., 2001. *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the Constitution in the Revolutionary Era*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield publishers.
- ALEXANDER, L., 2005. What is the problem of Judicial Review? *Legal Studies Research Paper Series*, 07-03. San Diego: University of San Diego. School of Law.
- AXWORTHY, S., 1986. Colliding Visions: The Debate over the Charter of Rights and Freedoms 1980-1981. En: WEILER, J. y ELLIOT, R., eds. *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell.
- ATRIA, F., 2000. Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha. *Estudios Públicos*, 79, 348-402.
- BAYÓN, J.C., 2000. Derechos, democracia y Constitución. *Doxa*, 65-94.
- BAYÓN, J.C., 2004. *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*. Barcelona: Ponencia presentada en el Seminario Albert Casalmiglia de la Universitat Pompeu Fabra.
- BELLAMY, R., 2008. Introduction: Should Europe Adopt the American Way of Law... and Has it done so? *European Political Science*, 7, 4-8.

Asamblea Nacional, la cual efectuará una tercera preselección para la decisión definitiva. Los ciudadanos podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional".

- BICKEL, A., 1962. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press.
- BORK, R., 1989. *The Tempting of America: the Political Seduction of the Law*. New York: Free Press.
- BRAGE, J., 2000. *La acción de inconstitucionalidad*. México: UNAM.
- BRUINSMA, F., 2009. A socio-legal analysis of the legitimacy of highest courts. En: HULS, N., ADAMS, M. y BOMHOFF, J. (eds.) *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings*. La Haya: TMC Asser Press, 67-68.
- DE CABO, C., 2006. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons.
- CATALANO, P., 1991. Un concepto olvidado: Poder Negativo. En: *Costituzionalismo Latino I*. Torino: Istituto Universitario di Studi Europei-Torino, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia-América Latina.
- CATALANO, P., 1991. Conceptos y principios del Derecho Público Romano, de Rousseau a Bolívar. En: *Constitucionalismo Latino I*. Torino: Istituto Universitario di Studi Europei-Torino, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia-América Latina, 35-59.
- CONSTANT, B., 1988. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.
- COTTRELL, J. y CHAI, G., 2004. The Role of the Courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights. En: COTTRELL, J. y CHAI, G., eds. *Economic, Social and Cultural Rights in practise*. London: Interreights.
- DWORKIN, R., 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- DWORKIN, R., 1996. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- EISGRUBER, Ch.L., 2001. *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press.
- EISGRUBER, CH. L., 2002. Democracy and disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's Law Law and Disagreement. *Legislation and Public policy*, 6, 35-47.
- ELY, J.H., 1980. *Democracy and Distrust*. Cambridge. Harvard University Press.
- FERRERES, V., 1997. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC.
- FRIEDMAN, L.M., 1975. *The Legal System. A Social Science Perspective*. New Cork: Russell Sage Foundation.
- FRIEDMAN, B., 1998. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One. *New York University Law Review*, 73, 333 y ss.
- GARCÍA de ENTERRÍA, E., 1981. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- GARDBAUM, S., 2001. The new Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, 49 (4), 719-739.
- GARGARELLA, R., 1996. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter mayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- GENEVIÈVE, M. Ch., 1988. El tribunal de arbitraje en Bélgica: una jurisdicción constitucional. *Autonomías: Revista catalana de Derecho público*, 9.
- GOUGH, G.W, 1985. *Fundamental Law in English Constitutional History*. Littleton: F.B. Rothman. Littleton, Colo.
- GREY, T.C., 1988. The Original Understanding and the Unwritten Constitution. En: LONGLEY, N., ed.. *Towards a More Perfect Union: Six Essays on the Constitution*. New York: State University New York Press, 145-150.

- GRIMM, D., 2004. Judicial Activism. *En: BADINTER, R. y BREYER, S. Judges in contemporary Democracy*. New York: New York University Press, 19-20.
- HAINES, Ch. G., 1914. *The American Doctrine of Judicial Supremacy*. New York: Macmillan.
- HARDT, M., 2009. *Thomas Jefferson. La Declaración de Independencia*. Madrid: Akal.
- HERREROS VAZQUEZ, F., 2005. Las elecciones y la tradición republicana. *Revista Española de Ciencia Política*, 12, 53-73.
- HIRSCHL, R., 2004. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge. Harvard University Press.
- HOLMES, S., 1984. *Benjamín Constant and the Making of Modern Liberalism*. New Haven: Yale University Press.
- HORTON, T., 1939. *James Kent: A Study in Conservatism*. New York-London: D. Appleton-Century company.
- HYNEMAN, Ch.S. y LUTZ, D.S., eds., 1983. *American Political Writing during the Founding Era. 1760-1805*. Indianapolis: Liberty Press.
- Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002, 2003*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales.
- JOHANSEN, D. y ROSEN, P., 2008. *The notwithstanding clause in the charter*. Ottawa: Research branch, Library of Parliament.
- KAVANAGH, A., 2003. Participation and Judicial Review: a Reply to Jeremy Waldron. *Law and Philosophy*, 22, 456-457.
- KENT, J., 1983. An Introductory Lecture to a Court of Law Lectures. *En: HYNEMAN, Ch.S. y LUTZ, D.S., eds. American Political Writing during the Founding Era, 1760-1805*. Indianapolis: Liberty Press.
- KRAMER, L.D., 1999. Madison's Audience. *Harvard Law Review*, 112 (3), 628-636 y 656.
- KRAMER, L.D., 2004. *People themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press.
- LAMBERT, E., 1921. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: l'expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: M. Giard.
- LASSER, M., 2004. *Judicial deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency*. Oxford. Oxford University Press.
- LENTA, P., 2004. Democracy, Rights Disagreements and Judicial Review. *South African Journal of Human Rights*, 20.
- LINARES, S., 2008. *La (i)legitimidad democrática del control constitucional de las leyes*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- LUIZ STRECK, L., 1999. Medios de acceso del ciudadano a la jurisdicción constitucional: las paradojas de la inefectividad del sistema jurídico brasileño. *En: VV.AA. La protección constitucional del ciudadano*. Buenos Aires: Konrad Adenauer-CIEDLA.
- MAESTRO, G., 2001. *La constitución del trabajo en el Estado social*. Granada: Comares.
- MAHONEY, P., 2001. The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right. *Journal of Legal Studies*, 30, 503-525.

- McWHINNEY, E., 1986. *Supreme Courts and Judicial Law-making: Constitutional Tribunals and Constitutional Judicial Review*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- McWHINNEY, E., 1969. *Judicial Review in the English-Speaking world*. Toronto: University of Toronto Press.
- MILL, J.S., 1989. *On Liberty*. Cambridge: Cambridge University Press. Cambridge.
- MOORE, W.D., 1990. Writen and Unwritten Constitutional Law in the Early Founding Period: The Early New Jersey cases. *Contitutional Commentary*, 7.
- MORESO, J.J., 1998. Derechos y justicia procesal imperfecta. *Working papers*. Girona: Universitat de Girona.
- MORESO, J.J., 2000. Sobre el alcance del precompromiso. *Doxa*, 95-107.
- MOREIRA, V., 1995. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional. En: BRITO, L. *Legitimidades e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Universidad de Coimbra.
- MOREIRA MAUES, A., 2003. *Legitimidade da Justiça Constitucional: reflexoes sobre o caso brasileiro*. Instituto de Derecho Público Comparado. V Curso de Justicia Constitucional.
- NEAL, C. y VALLINDER, T., 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- NINO, C.S., 1996. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., 2002. La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur. *Contribuciones*, 3, 153-301.
- NOGUERA, A., 2008. *Constitución, plurinacionalidad y pluralismo jurídico en Bolivia*. La Paz: Enlace.
- NOGUERA, A., 2009. El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008. *Revista Vasca de Administración Pública*, 83, 125-126.
- PERRY, M.J., 1994. *The Constitution in the Courts. Law or politics?* Oxford: Oxford University Press.
- PICKERILL, J.M., 2003. Constitutional Deliberation in Congress. En: FISHKIN, J.S. y LASLETT, P. *Debating Deliberative Democracy*. Malden: Blackwell. Malden.
- POCOCK, J.G.A, 1987. *The Ancien Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in Seventeenth Century*. New York: Cambridge University Press.
- REID, J.P., 1977. *In a Defiant Stance: The Conditions of Law in Massachusetts Bay, the Irish Comparison, and the Coming of the American Revolution*. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press.
- REID, J.P., 1995. *Constitutional History of the American Constitution*. Madison: University of Wisconsin Press.
- Revista de Derecho Público, 2001. Caso: "Servicio Tulio León Briceño". *Revista de Derecho Público*, 83, 247 y ss
- ROMANOW, R., WHITE, J. y LEESON, H., 1984. *Canada... Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982*. Toronto: Carswell/Methuen.
- ROSEN, P., 1987. *The section 33 Notwithstanding Provision of the Charter of Rights*. Ottawa: Research branch, Library of Parliament.

- RUSH, B., 1947. On the Defects of the Confederation (1787). *En: RUNES, D.D., ed. The Selected Writings of Benjamin Rush*. New York: Philosophical Library.
- SAJO, A., 1999. *Limiting Government: An introduction to Constitutionalism*. Budapest: Central University Press.
- SCOTT, A., 1989. Colmes v Walton: The New Jersey Precedent. *American Historical Review*, 4, 456 y 458-460.
- SHAPIRO, M., 2002. The Success of Judicial Review and Democracy. *En: SHAPIRO, M. y STONE SWEET, A. On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 157-161.
- SCHWOERER, L.G., 1980. The Bill of Rights: Epitome of the Revolution of 1688-89. *En: POCOCK, J.G.A., eds. Three British Revolutions: 1641, 1688, 1776*. Princeton: Princeton University Press, 224-237.
- DA SILVA, J.A., 1998. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Sao Paulo: Malheiros.
- STIMSON, S., 1990. *The American Revolution in the Law: Anglo-American jurisprudence before John Marshall*. Princeton: Princeton University Press.
- STONE, G. y STRAUSS, D., 1992. Bush's Losing Judicial Philosophy. *Chicago Tribune*. 28 de octubre, 19.
- TOCQUEVILLE, A., 1969. *Democracy in America*. New York: Doubleday.
- TREANOR, W.M., 2005-2006. Judicial Review before Marbury. *Harvard Law Review*, 58, 455-562.
- TULLIS, J.K., 2003. Deliberation between Institutions. *En: FISHKIN, J.S. y LASLETT, P. Debating Deliberative Democracy*. Malden: Blackwell.
- TUSHNET, M., 1980. Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory. *Yale Law Journal*, 89, p. 1037.
- TUSHNET, M., 1983. Legal Realism, Structural Review and Prophecy. *University of Dayton Law Review*, 8, 809-828.
- TUSHNET, M., 2000. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton NJ: Princeton University Press.
- TUSHNET, M., 2003. Forms of Judicial Review as Expressions of constitutional Patriotism. *Law and Philosophy*, 22, 353-379.
- TUSHNET, M., 2004. Social Welfare Rights and the forms of judicial review. *Texas Law Review*. 82.
- VALLINDER, T., 1995. When the Courts go Marching In. *En: NEAL, C. y VALLINDER, T. The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- WALDRON, J., 1993. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 27-41.
- WALDRON, J., 1999. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press.
- WALDRON, J., 2006. The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.
- ZUÑIGA URBINA, F., 1998. Jurisdicción constitucional en la perspectiva actual: notas para una comparación en América Latina. *Ius et Praxis*, 4 (2), 189-226.
- ZURN, C.F., 2007. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press.