

AFRONTAR LA OBJECCIÓN CONTRAMAYORITARIA A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EN DEFENSA DE MÁS EMPIRISMO

ADDRESSING THE COUNTERMAJORITARIAN OBJECTION TO CONSTITUTIONAL JUSTICE: IN DEFENSE OF EMPIRICISM MORE

Guillaume Tusseau¹

SUMARIO: Introducción. - Cuidado con generalizaciones descontextualizadas. - Cuidado con el discurso de los derechos. - Cuidado con la esperanza en los Reyes filósofos.

SUMMARY: Introduction. - Beware decontextualized generalizations. - Beware the rights discourse. - Beware hope in philosopher kings.

RESUMEN

La discusión iuspolítica y iusfilosófica sobre la compatibilidad o la incompatibilidad de la justicia constitucional y de la democracia genera una profusión de argumentaciones muy variadas. Sin embargo, muchas de ellas comparten algunos presupuestos que resultan ser muy problemáticos desde un punto de vista metodológico. Este artículo propone la adopción de una perspectiva inspirada por una actitud más empirista que el enfrentamiento clásico de los problemas de legitimación de los jueces constitucionales frente a las autoridades políticas. Menos idealismo general y más escrutinio de nuestras sociedades políticas y de sus prácticas concretas son necesarios. Frente a la tesis muy difundida según la cual los derechos son el objeto de una atención superior por parte de los jueces, se debe insistir sobre el grado importante en el cual el término “derecho” está cargado de ambigüedades, ontológicas como políticas. El estudio de estas ambigüedades puede resultar muy prometedor para elucidar algunos rasgos de la “ideología” de nuestros sistemas constitucionales contemporáneos. En fin, uno debería realizar a que punto, a la luz de algunos ejemplos concretos, el acto de insistir en las especificidades de las Cortes en el trato ventajoso de intereses sociales fundamentales podría resultar ser engañoso y eventualmente contraproducente.

Palabras clave

Democracia; Empirismo; Justicia constitucional; Legitimidad política; Metodología

ABSTRACT

The political and philosophical debate regarding the compatibility or the incompatibility between constitutional review and democracy has generated a wide range of argumentations. Nevertheless, most of them presuppose or imply similar elements that prove unsatisfying from a methodological point of view. This article advocates the adoption of a

¹ Profesor de Derecho público en Sciences Po. Doctorado en Derecho Público. Su tesis recibió el Premio Paul Deschanel Cancillería de las Universidades de París y Jean Carbonnier Premio de Investigación para la Ley y la Justicia. Fue profesor de la Universidad Panthéon-Assas (París II) y profesor de la Universidad de Rouen, donde dirigió la Escuela de Postgrado de Derecho. Especialista en derecho constitucional. Miembro junior del Institut Universitaire de France (2009), miembro fundador del Centro de Bentham. Editor de la revista *Annals of ley*. E-mail: guillaume.tusseau@sciencespo.fr

more empiricist perspective than the one traditionally developed in the debate concerning the respective legitimacies of judges and political authorities. Less general idealism and closer examination of our political societies and their concrete practices are necessary. In spite of the strength of the thesis according to which fundamental rights are better taken care of by judges, one has to underline the important ontological and political ambiguities of the very term "right". Focusing on these ambiguities proves a promising way to elucidate some important features of our contemporary constitutional systems' "ideology". Finally, after paying attention to concrete examples, one should realise how much insisting on the specificities and superiority of courts in order to protect fundamental social interests may very well prove self-defeating and counterproductive.

Keywords

Constitutional review; Democracy; Empiricism; Methodology; Political legitimacy

INTRODUCCIÓN

Una de las obsesiones cardinales de la doctrina constitucionalista contemporánea es la de la dificultad contramayoritaria, identificada por Alexander Bickel (ver Friedman, 1998; 2001a y b; 2002a y b). ¿Cómo entender, en un contexto que se pretende democrático, que las decisiones de los representantes elegidos del pueblo pueden ser declaradas inválidas por un pequeño grupo de jueces cuya independencia les aísla de los movimientos de la opinión pública? Según Bickel,

El control de constitucionalidad es una fuerza contra-mayoritaria en nuestro sistema. (...) cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una acta legislativa o la acción de un ejecutivo elegido, va en contra de la voluntad de los representantes de las personas del aquí y ahora; es ella la que ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en contra de ella, sin alusiones místicas. Se trata de un registro completamente diferente, y esa es la razón por la cual se puede hacer la alegación que el control de constitucionalidad es antidemocrático. (Bickel, 1962, pp.16-17).

Muchas y muy sofisticadas son las propuestas teórico - políticas para intentar fundamentar la legitimidad en el constitucionalismo liberal-democrático de las cortes supremas, tribunales constitucionales, cortes constitucionales, salas constitucionales, etc., encargadas de esa función (Tusseau, 2011b). Mi intención aquí no es revisar todas las propuestas de ese tipo. De manera muy esquemática, me parece que existen dos actitudes principales frente al problema.

La primera consiste en disolver el problema, de modo que no queda ninguna dificultad. En ese contexto, se niega que los jueces tengan poder, y se considera que solamente son, según la afirmación de Montesquieu ([1748] 1979), "la boca inanimada y sin voluntad propia" de la Constitución. Como cada uno sabe, tal representación de los jueces no puede ser admitida como una imagen creíble de la realidad de la práctica constitucional contemporánea. Los jueces interpretan los enunciados constitucionales, definen a veces principios supraconstitucionales, resuelven conflictos políticos, etc. De manera evidente, como lo establecieron, en su modo propio, la Escuela de la teoría pura del derecho y el realismo jurídico americano, ejercen un tipo de poder político, de modo tal que la dificultad contramayoritaria queda entera.

Sin embargo, eso no quiere decir que tal concepción no ofrece una fiel reconstrucción de parte del pensamiento común de la población. También se encuentra en el discurso de los jueces. Así, el juez Owen Roberts, de la Corte suprema de Estados Unidos, afirmó que:

No debería haber el menor malentendido sobre la función de esta corte en un caso similar. Se dice a veces que la corte asume un poder que sobrepasa y controla a los representativos del pueblo. Esto es una

confusión. La Constitución es la ley suprema del país, ordenada y establecida por el pueblo. Toda legislación debe conformarse a los principios que ha establecido. Cuando un acto del Congreso es apropiadamente desafiado en las cortes como no conforme al mandato constitucional, la rama judicial del Gobierno tiene solo un deber – de poner el artículo de la Constitución invocado al lado del estatuto que es desafiado y de decidir si el último cuadra con el primero. Todo lo que la corte hace, y puede hacer, es anunciar su juicio sobre la cuestión. El único poder que tiene, si se puede llamar así, es el poder del juicio. Esta corte no aprueba ni condena cualquier política legislativa. Su tarea delicada y difícil es de determinar y declarar si la legislación esta en acuerdo o en desacuerdo con las provisiones de la Constitución. Una vez cumplida esta tarea, su deber termina” (1936, *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 62-63)

También la idea dworkiniana (1978), de una única respuesta correcta a todos problemas jurídicos, presupone una representación de ese tipo².

Lo mismo si no es (abiertamente) reivindicada, esta representación es frecuentemente subyacente. Cuando el fundamento empírico se vuelve dudoso, es posible sugerir varias explicaciones. Puede resultar de una voluntad mistificadora y engañosa con fin de disimular un poder ilegítimo. Puede también derivar de un fenómeno de autosugestión destinado a hacer del derecho un hogar para la certitud y la objetividad en el que se reemplaza, en el marco psicológico, la figura del padre (Frank, [1930] 1949). Una explicación diferente puede igualmente sugerir que los juristas y los jueces tienen un interés común de someterse al juego de lenguaje que se basa en la figura pasiva del juez. La construcción, por medio del travestismo que permite el vocabulario, de una realidad jurídica tan coherente y regular como posible, contribuye a la eficacia global de un sistema de control como lo es el derecho, y por lo tanto a la perenización del orden social. El legislador que produce una ley, el juez que la aplica, el abogado que, sobre este fundamento, hace valer los derechos de su cliente, el universitario que comenta una decisión, etc., todos tienen un interés de razonar bajo el postulado de un horizonte de certitud jurídica que ofrece un apoyo a sus respectivos discursos. Cada uno encuentra su ventaja, ninguno tiene interés de poner en cuestión la visión tradicional que, a pesar de la falta de credibilidad de estas presuposiciones sobre el plan teórico, se revela como un sistema globalmente eficaz.

La segunda actitud consiste en enfrentar más directamente el problema contramayoritario, que es el de la compatibilidad del poder de los jueces con la idea que, en una democracia, el poder pertenece al pueblo. En esa segunda perspectiva, se intenta fundamentar la legitimidad del poder de los jueces. Los principales argumentos son de dos tipos.

Los unos intentan mantener la máxima compatibilidad entre la justicia constitucional y la concepción tradicional, es decir mayoritaria, de la democracia, mientras que los otros admiten claramente que existen otros valores que la democracia, que esos valores pueden ser más importantes que la primera, compitiendo a los jueces constitucionales protegerlas a pesar de su precio en términos de ideales democráticos.

Una primera propuesta “mayoritaria” es por ejemplo la de Bruce Ackerman (1993). Ese autor imagina dos niveles de voluntad popular. El de la política ordinaria lo expresan los representantes en la legislación. El de la política extraordinaria lo expresa directamente el pueblo en momentos constitucionales excepcionales. El papel de las jurisdicciones constitucionales es verificar que la voluntad de los representantes respeta la voluntad del pueblo, expresada en la constitución. De ese modo, la democracia no esta menorada, sino garantizada por los jueces constitucionales. Ellos no se oponen a la voluntad del pueblo, sino que la protegen.

Otra propuesta “mayoritaria” de justificación de la justicia constitucional, que se puede atribuir a Habermas (1997), propone un nuevo concepto de democracia, el de democracia deliberativa (ver Nino, 1996, Zurn, 2007). Según esa

² También ver por ej. Atienza (2009).

concepción, la democracia no se limita al reino del mayor número cuantitativo, sino que implica procesos deliberativos cualitativos. De las discusiones puede desprenderse la voluntad general, imparcial, racional y universal, que no es la simple agregación de las preferencias egoístas de los individuos. En tal perspectiva, la contribución de las jurisdicciones constitucional es muy importante. Pueden criticar las decisiones de las autoridades políticas y forzarlas a pensar de manera más racional, con mejores argumentos – y especialmente argumentos en términos no solo de preferencias utilitaristas colectivas, sino de principios constitucionales fundamentales y de derechos fundamentales. Además, los jueces son funcionalmente acostumbrados a la deliberación imparcial, pro et contra. Contribuyen al enriquecimiento del debate público de buena fe sobre los valores políticos fundamentales.

Según una tercera tesis “mayoritaria”, los jueces constitucionales no se presentan como enemigos de la democracia. Al parecer de John Hart Ely, los jueces constitucionales precisamente garantizan los presupuestos de la decisión democrática válida. Protegen en especial el derecho de voto, la libertad de expresión y de discusión. Lejos de impedir la democracia, la intervención de los jueces constitucionales pertenece a una “participation-oriented, representation-reinforcing approach to judicial review” (Ely, 1980, p.87). El juez no hace prevalecer valores particulares, sino que solamente garantiza que los procesos políticos, en los que se identifican, se comparan y se concilian los valores políticos de las sociedades pluralistas contemporáneas quedan abiertos para todos (Ely, 1980, p.87-104).

El segundo grupo de soluciones a la dificultad contramayoritaria se presenta como explícitamente anti-mayoritario. El control de constitucionalidad no pretende garantizar la democracia, sino otros fines más importantes. En esas finalidades, se encuentran principalmente dos. La primera es la limitación de los poderes. Aunque limitan el poder de las mayorías, y por consiguiente la democracia, los jueces constitucionales evitan lo que John Stuart Mill ([1860]) presenta como la “tiranía de la mayoría”. Una tiranía es una forma de mala in se, que no aparece mejor que la del rey o de la aristocracia por ser la de la mayoría. Cuando bloquean la voluntad de la mayoría, los jueces protegen fines más importantes, como la libertad y la autonomía. Aseguran la presencia del “gobierno moderado”. Así como señala Hans Kelsen, “Si contemplamos la esencia de la democracia, no en el carácter todopoderoso de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y luego en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio de particularmente apropiado para realizar esta idea” (1928, p. 253). El control de constitucional se presenta indudablemente como un factor de moderación.

Una última forma, también anti-mayoritaria, de justificación de la justicia constitucional, se fundamenta en la idea de protección de los derechos fundamentales. Todavía Cicerón (*De las leyes*, I, 16) escribía en ese sentido que “Porque si por los mandatos de los pueblos, si por los decretos de los príncipes, si por las sentencias de los jueces se constituyesen los derechos, sería derecho latrocinar, derecho el adulterar, el suponer testamentos falsos, si tales cosas fueran aprobadas por los sufragios u ordenanzas de la multitud.” Los jueces constitucionales son una muralla contra la idea “impía e detestable [...] según la cual en materia de gobierno la mayoría del pueblo tiene el derecho de hacer todo lo que quiere” (De Tocqueville, 1996, p. 348).

No es mi ambición aquí apreciar las ventajas y los inconvenientes de cada propuesta para conciliar justicia constitucional y democracia. Sin poder defender aquí mi posición de manera muy detenida, me parece acertada la conclusión de Carlos S. Nino, según el que, a pesar de todos esos esfuerzos de numerosos teóricos del derecho, hombres políticos, juristas y filósofos políticos, “No obstante su posición crucial en la definición de la democracia constitucional, la justificación del control de constitucionalidad es relativamente misteriosa” (Nino, 1996, p. 187). Esta pregunta, que surge de la política o de la moral y en ningún caso de una argumentación científica, depende de la norma de justicia a medida de la cual cada uno pretende responder. No parece susceptible de recibir una respuesta de naturaleza conceptual, que establezca necesariamente, en toda hipótesis, la legitimidad o la ilegitimidad del control de constitucionalidad de las decisiones de autoridades políticas mayoritarias. Así, lo nota Francisco Rubio Llorente,

Estas construcciones teóricas, más fuertes por su coincidencia con las tendencias políticas dominantes que por su rigor interno, no han acertado hasta el presente a explicar por que, en el terreno de los hechos, la

amenaza de las mayorías, la fragilidad de la ley como garantía de los derechos fundamentales y la necesidad de atribuir a los jueces funciones que exceden de su cometido tradicional no sentidas con la misma fuerza en todos los países europeos y sobre todo que sean escasamente sensibles a todo ello algunas sociedades cuya cultura política no esta entre as menos desarrolladas del continente. Tampoco han logrado teorizar de modo plenamente satisfactorio la legitimidad de este poder del juez sobre la representación popular. (Rubio Llorente, 1993, pp. 576-577)

Me parece que únicamente la respuesta que resulta de un examen empírico de la acción, *hic et nunc*, de una u otra jurisdicción constitucional, puede llevar a afirmar, caso por caso o en un periodo determinado, que tal jurisdicción ha tenido o no una acción beneficiosa sobre el plano político. Desde luego, sobre el terreno de la política constitucional, la pregunta es la de una apuesta general que debe hacer cada comunidad política: ¿es preferible o no de tomar el riesgo de tener un juez constitucional?

Es la razón por la cual mi intención hoy es expresar una forma de crítica transversal sobre la manera en la que se organiza generalmente la discusión sobre dicho tema. Quisiera enfatizar tres aspectos relacionados de la doctrina constitucional e intentar abogar de manera muy provisional la exploración de nuevas perspectivas y subrayar algunas precauciones que merecen ser tomadas en cuenta en ese tipo de discusión. Todas mis contribuciones a este debate pueden ser reunidas bajo el estandarte de una noción amplia del “empirismo”, ya que todas intentan, a su manera, de “volver a tierra”, y concentrarse en las prácticas concretas de los actores legales. Mi objetivo no es de hacer presión a favor de la substitución de la sociología legal y la filosofía política, pero de sugerir que algunos hechos empíricos elementares debería ser tomados en cuenta en la reflexión jurídico- y político- filosófica a la que pertenece la discusión sobre la dificultad contramayoritaria.

Primero, parece que menos idealismo general y más escrutinio de nuestras sociedades políticas y de sus prácticas concretas son necesarios para abordar el tema de los razonamientos constitucionales respectivos de los jueces y de las autoridades políticas (I). Segundo, la tesis según la cual los derechos son el objeto de una atención superior por parte de los jueces esta muy difundida y esta presupuesta e/o implicada por varias propuestas a favor de la legitimidad del control de constitucionalidad. Sin embargo, el asunto de “derechos” en el discurso y razonamiento jurídico debería ser tratado en plena conciencia del grado importante en el cual el término está cargado de ambigüedades, ontológicas como políticas. El estudio de estas ambigüedades puede resultar muy prometedor para elucidar algunos rasgos de la “ideología” de nuestros sistemas constitucionales contemporáneos (II). Tercero, uno debería realizar a que punto, a la luz de algunos ejemplos concretos, el acto de insistir en las especificidades de las Cortes en el trato ventajoso de intereses sociales fundamentales podría resultar ser engañoso y eventualmente contraproducente (III).

CUIDADO CON GENERALIZACIONES DECONTEXTUALIZADAS

Aparece primero que los escritos de los autores que elogian a las cortes por ser las únicas o mejores “fora de principio”, especialmente cuando se las compara con las escasas cualidades pretendidas de las autoridades políticas, cuenta con una fuerte dosis de idealización. Métodos similares de optimismo y pesimismo selectivo resultan en “falacias de asimetría” (Bayón, 2004; también ver Tushnet, 2002), que consisten en retratar un lado del objeto comparado de la manera más desfavorable posible, mientras que el otro lado es retratado de la manera más favorable. De un punto de vista abstracto y teórico, no existe casi razón para considerar *a priori* que la hipótesis de los mejores jueces deliberando en las mejores cortes constitucionales o supremas sería muy diferente de la hipótesis de los mejores legisladores, trabajando en las mejores legislaturas. No podríamos predecir tampoco si lograrían de misma manera la protección de “bienes constitucionales básicos” (Brudner, 2004). Dejando de lado toda presuposición ad hoc, uno sólo puede ser llevado, de un punto de vista empírico, a rechazar dicotomías tan pronunciadas como las propuestas por Alexander Bickel. De acuerdo a él,

Cortes poseen ciertas capacidades para tratar con asuntos de principio que legislaturas y ejecutivos no tienen. Jueces disponen, o deberían disponer, de tiempo libre, entrenamiento, y un aislamiento siguiendo las maneras del erudito persiguiendo los fines de gobierno. Esto es de importancia crucial para resolver los valores duraderos de una sociedad, y no es algo que las instituciones pueden hacer de manera ocasional, mientras operan la mayoría del tiempo con un conjunto de instrumentos diferentes. Es necesaria una habitud mental y costumbres institucionales constantes. (Bicke, 1962, pp. 25-26)

Varios de los más destacados jueces constitucionales – como John Marshall, Charles Evans Hughes, William Howard Taft en Estados Unidos; Erico de Nicola en Italia; y Robert Badinter en Francia – atestan al hecho de la porosidad empírica de las esferas legales y políticas. Presentar la primera como el espacio de los principios, derechos y valores fundamentales mientras que la otra sería el espacio de los intereses y de las preocupaciones pura y estrechamente materiales resulta engañoso. Sin lugar a duda, han existido muy buenos jueces y muy malos miembros de asambleas legislativas. Pero el contrario también es cierto; un presidente de la Corte constitucional italiana, Guiseppe Branca, admitió, por ejemplo, de haber “intercambiado” o “comprado” el voto de sus colegas por una colección de estampillas (Ver Rodotà, 1999, p. 47). También podemos mencionar Justice James C. McReynolds en la Corte Suprema de los Estados Unidos, al que su antisemitismo extremo le impedía estrechar la mano de Louis Brandeis o Benjamin Cardozo e incluso de hablarles³. Como algunos estudios basados en los elementos interiores de las Cortes han mostrado, legislaturas verdaderamente no pueden pretender de tener el monopolio sobre la compra de votos, el regateo y el clientelismo, etc. (Ver Dickson, 2001; Woodward & Armstrong, 2005; Lazarus, 1998)

Considerando el hecho que, en la mayoría del tiempo, los jueces constitucionales y los hombres políticos forman parte de la misma coalición social, económica e intelectual, no se puede estar seguro que existan efectivamente tantas diferencias entre sus razonamientos individuales en materia de derechos y políticas como uno podría suponer. Como lo señalaba Robert Dahl en relación a la Corte Suprema de Estados Unidos, una corte sigue siendo fundamentalmente “parte de la alianza dominante nacional” (Dahl, 1957, p. 293). Uno no puede tomar por hecho, ni menos por una realidad estadística, que las decisiones judiciales contribuyen, en mayor medida que la legislación ordinaria, al avance de valores fundamentales. Sin lugar a duda, varias decisiones tomadas por jueces constitucionales representan casos de referencia para lo que se considera comúnmente el avance de los derechos fundamentales. *Brown v. Board of Education* (1954, 347 U.S. 483) viene a la mente primero. Pero otras decisiones igualmente famosas – como el caso *Bokros* en Hungría⁴, el caso *Makwanyane*⁵, el caso *Grootboom*⁶, y las decisiones *Treatment Action Campaign*⁷ en Sudáfrica—no pueden esconder el hecho que las “heridas judiciales autoinfligidas” no son un evento excepcional: La letanía de *Dred Scott v. Sandford* (1856, 60 U.S. 393), *Lochner v. New York* (1905, 198 U.S. 45), *Korematsu v. United States* (1944, 323 U.S. 214), *Bowers v. Hardwick* (1986, 478 U.S. 186) son ejemplos obvios. Pero esto no toma en cuenta lo que pueden ser considerados mayores fallecimientos de la justicia constitucional: la decisión del Consejo constitucional de Costa de Marfil (decisión n° 3/E/2012 à 14/E/2012 de 29 de enero de 2012) que permitió a Presidente Wade de presentarse a una tercera elección a pesar del límite de dos mandados previsto por el Artículo 27 de la Constitución; la decisión del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Expediente n° 11-1130 de 17 de octubre de 2011) que prohibió la ejecución de una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la decisión del Consejo constitucional francés (Decisión n° 3/E/2012 à

³ Ver por ejemplo: http://www.oyez.org/justices/james_c_mcreynolds

⁴ Ver Scheppele K.L., “Democracy by Judiciary (Or why Courts Can Sometimes Be More Democratic Than Parliaments)”, consultado en <http://law.wustl.edu/harris/conferences/constitutionalconf/ScheppelePaper.pdf>.

⁵ *S. v. Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995).

⁶ *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000).

⁷ *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (No 2)* (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033 (5 July 2002).

14/E/2012 de 29 de enero de 2012) que invalidó la ley que prohibía el acoso sexual. Incluso decisiones tan influyentes como *Marbury v. Madison* infringen uno de los derechos más fundamentales de hoy en día, a saber el Artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Es la razón por la que cabe preguntarse si “¿Estamos tan influenciados por un accidente histórico – los años de la corte Warren – en los modelos judiciales que asumimos que hemos elevado esto a una característica institucional?”(Underkuffler, 2003, 342).

No quisiera insinuar que toda persona que trata el problema de las respectivas legitimidades de las cortes y los parlamentos en el avance de valores sociales básicos ignora estos elementos de fragmentación que he mencionado. Sin embargo, y tal como se expresa en la pregunta que he citado, mi objetivo es subrayar que estos hechos deberían incitar a investigadores constitucionales de reorientar y completar sus estudios. Un amplio debate teórico en la filosofía legal y política nos muestra que las discusiones teóricas no pueden ofrecer pruebas definitivas para la superioridad de jueces o de legisladores. Uno de los mayores meritos del trabajo de Jeremy Waldron (1999), Richard Bellamy (2007) y de la literatura que se ha discutido si deberíamos “quitarles la Constitución a las cortes” (Ver Tushnet, 1999; Kramer, 2004), es precisamente el de haber destruido toda esperanza de llegar a una respuesta final.

Una simple indagación conceptual parece inapropiada para substanciar tales pretensiones. Por lo tanto, se debería complementar con una investigación empírica. Los elementos que he mencionado antes sugieren que ninguna respuesta general y definitiva resultará de ello, lo que es precisamente el argumento que quisiera hacer: Es mi sentimiento que uno debería tener mucho cuidado al afirmar que jueces son mejores o peores que legisladores. Pretensiones similares sólo pueden ser hechas en el contexto de un estudio de caso empírico, por ejemplo en un país específico o una región específica en términos geográficos, culturales o históricos; con un enfoque temático y variables definidas sobre lo que significa el término “mejor”. El interés de una investigación que respete estos principios sería de ofrecer una imagen más exacta de que tan buenos son jueces y legisladores, evitando las generalizaciones que son hoy tan comunes en muchos sectores de la academia constitucional. Es por esta razón que quisiera abogar por un método de estudio más modesto, más local y más contextualizado. Estas son condiciones básicas para cualquier generalización con fundamento, que solamente se puede proponer en un segundo etapa de la investigación.

CUIDADO CON EL DISCURSO DE LOS DERECHOS

Uno de los conceptos que frecuentemente estructura las principales argumentaciones a favor de la legitimidad del control de constitucionalidad es el de derecho subjetivo. Sin embargo, tal como lo establece Hohfeld en sus *Fundamental Legal Conceptions* (1978), debemos ser cautelosos al utilizar lenguaje de los derechos. El jurista estadounidense mostró a que punto esa palabra resulta desprovista de toda significación precisa en el discurso jurídico ordinario. Por consecuencia, difícilmente puede formar parte de una argumentación doctrinal convincente en el debate sobre la objeción contramayoritaria.

Quisiera recordar aquí igualmente una de las principales enseñanzas de Hans Kelsen, no en materia de diseño institucional de justicia constitucional, a la que naturalmente hizo contribuciones de suma importancia, sino en materia de teoría legal. Una de sus principales ambiciones era la de entender la totalidad del fenómeno jurídico a través del concepto de “proposiciones legales básicas” (Kelsen, 1911) que resultaban en la supresión conceptual de la noción de derecho subjetivo.⁸ La reemplazó con la noción de norma jurídica y con un bulto de normas jurídicas correspondientes a todo concepto jurídico tradicional. Desde esta perspectiva, no tendría sentido distinguir los actores que tratan con “derechos” y aquellos que, como los miembros de las asambleas políticas, tratan con otras

⁸ Ver por ej. Kelsen H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, [1934], Jestaedt M. (Hrsg.), Tübingen, Mohr, Siebek, 2008, lxvi+181 p., pp. 51-72.

entidades jurídicas. Para un normativista, todo esto lleva necesariamente a la creación de normas jurídicas. No se puede ignorar los esfuerzos de teóricos del derecho más recientes de moderar la posición reduccionista de Kelsen y de subrayar la variedad de “piezas del derecho” (Atienza & Ruiz Manero, 1996), entre los cuales la insistencia de Dworkin (1978) en principios en oposición a reglas. Sin embargo, la visión de Kelsen puede revelarse útil para tratar un número de problemas que están al centro del problema contramayoritario. En los términos de Kelsen,

Si el concepto de derecho subjetivo [...] es desprovisto de toda función ideológica [...] entonces lo que suele siempre emerger son, de manera muy simple, pretensiones jurídicas entre seres humanos o más precisamente entre hechos materiales de comportamiento humano, que están interconectados por la norma – o más bien el contenido de la norma – jurídica.⁹

Esto ayuda a entender algunos aspectos de lo que podemos llamar la “ideología” de los sistemas constitucionales modernos. En la opinión de numerosos iusfilósofos y constitucionalistas, los derechos no están a la delantera de los debates parlamentarios, mientras que son cruciales en la práctica de los jueces. Si uno se apega a la visión de Kelsen, esto no tiene relación con nada substantivo desde un punto de vista ontológico, pero únicamente resulta de la manera diferente en la cual las provisiones jurídicas son expresadas. Cualquiera sea su formulación, pueden necesariamente ser reducidas a la forma de normas jurídicas. El hecho que, según por ejemplo Cesare Pinelli, “procedimientos parlamentarios no están estructurados con la finalidad de dar voz a reclamos de derechos” (Pinelli, 2013, p. 1173), aparece sin embargo como una manera prometedora de contrastar el fórum parlamentario del judicial. El hecho que no las diferencias no pueden ser representadas en términos ontológicos conlleva a sugerir otra reconstrucción práctica. Tradicionalmente, problemas jurídicos solo pueden ser sometidos a jueces cuando se cumple con ciertas condiciones procesales de admisibilidad (por ejemplo: capacidad para actuar, legitimación, plazo, relevancia, *non manifesta infondatezza*, *ripeness and mootness*, etc.) (Hernández Valle, 2005, pp.73-85). Los litigantes deben especialmente probar que cuentan con un fundamento jurídico. La manera típica de expresar este fundamento es pretendiendo de tener algún “derecho” – sin importar el sentido preciso que podría tener en acuerdo con, por ejemplo, la tipología de Hohfeld – que la otra parte ha no ha respetado o reconocido. Consecuentemente, es muy natural para jueces de usar la lengua de los derechos en su trabajo cotidiano. Pero esto aparece únicamente como un subproducto de la configuración específica y contingente de los canales por los cuales los jueces son llamados a actuar y producir normas. Cuando es posible referir preguntas a jueces constitucionales a través de instituciones públicas en vez de individuales, o por cualquier individuo independientemente de su capacidad para actuar (*actio popularis*), los jueces constitucionales suelen no ser tan propensos a hablar de derechos, ya que no están obligados a hacerlo por las estructuras procesales.

Además, los legisladores que tienen que hablar por toda la comunidad y no sólo para los litigantes, deben ser característicamente más tendientes al uso de términos colectivos. Sin embargo, si, una vez más, se intenta probar estas representaciones tradicionales de jueces y de legislaturas ante datos empíricos, uno debe darse cuenta que la distinción entre ambos tipos de discurso es más borrosa que las idealizaciones tradicionales sugieren. Mismo si no sea su actividad habitual, no es raro que legislaturas deban debatir de manera muy detallada la constitucionalidad de sus acciones, y especialmente la compatibilidad de sus acciones con derechos (Ver Pickerill, 2004; Peabody, 2004). Del contrario, incluso si jueces no son necesariamente lo que la “jurisprudencia sociológica” hubiera querido que fueran, no es bajo ningún modo inusual para jueces de prestar atención al resultado social y económico de sus decisiones, no únicamente para ellos mismos y sus posiciones institucionales, pero igualmente de manera más general. Permítanme mencionar un ejemplo. Según Mauro Cappelletti, se pueden identificar dos *Idealtypen* de jueces constitucionales dependiendo de los efectos de sus decisiones. Mientras que la tradición americana ha considerado que las decisiones judiciales son reconocitivas y por lo tanto anulan normas inconstitucionales *ex tunc*, retroactivamente, la tradición austriaca por el otro lado ha considerado las decisiones judiciales como constitutivas.

⁹ En nota 7, p. 71.

De esta manera la abrogación de la norma inconstitucional tiene que ser vista como una derogación que produce efectos *ex nunc* (Cappelletti, 1968, 105-115).

En práctica, los jueces han rechazado esta dicotomía estricta hace tiempo. Mismo si aceptan más o menos un sistema (Tusseau, 2012), en realidad usan una gama de sentencias *ex tunc*, *ex nunc*, y *pro futuro*. ¿No es la preocupación por las consecuencias de sus decisiones el criterio básico según el cual los jueces constitucionales determinan el efecto temporal de sus sentencias de invalidez? Por un lado, los jueces se abstienen de aplastar de manera retroactiva un estatuto antiguo: No pueden permitirse de abolir los muy numerosos contratos que han podido ser concluidos en acuerdo con sus provisiones o, si se trata de ley de impuesto, no pueden permitirse de depravar repentinamente al Estado de todo ingreso en relación a un impuesto específico. Por otro lado, los jueces se abstienen de no suprimir una ley penal retroactivamente, pues esto no beneficiaría a personas que hubieran sido condenados previamente en acuerdo con sus provisiones inconstitucionales. Esto es un razonamiento común y necesariamente presente en toda decisión de un juez constitucional, que está puramente fundamentado en consideraciones consecuencialistas. Los ejemplos anteriores demuestran que este modo de razonar no les es ajeno, contrariamente a lo que se podría suponer a primera vista. Esta pretensión por su lado me lleva a tener que calificar algunas de las opiniones muy difundidas sobre el comportamiento respectivo de legisladores y jueces.

En fin, se debe tener presente que el desarrollo del discurso de los derechos puede ser percibido, además de cómo una manera de proteger de manera más eficaz los intereses básicos de los individuos y de los grupos, como una herramienta para el establecimiento y el fortalecimiento del poder de los actores jurídicos, y específicamente de los jueces constitucionales. Así como lo demostró Georges Vedel, quien fue un miembro eminente del Consejo constitucional francés, el discurso de los derechos fundamentales constituye la parte más destacable de una estrategia de legitimación de las jurisdicciones constitucionales a destitución de los ciudadanos (Vedel, 1988).

Indudablemente, el alcance del razonamiento jurídico está conectado con “modos de construcción del mundo” (Goodman, 1978) jurídico, para tomar prestada la expresión de Nelson Goodman. Pero yo sugeriría que se debe tomar este proceso más en serio en el análisis del discurso sobre derechos. En acuerdo con una visión más pragmática, “una diferencia debe hacer una diferencia” (Ver James [1907] 1995). Siguiendo a Kelsen, si no existe una diferencia al usar el discurso de los “derechos” para la ontología legal, otras vías deben ser exploradas afín de poder tomar en cuenta las diferencias que esta forma de discurso sí podría hacer. Esto en particular desde el punto de vista ideológico. El carácter penetrante de la mentalidad de derechos, que debe ser corralada con el crecimiento del poder judicial en el mundo, así como la necesidad para las personas que desean ir a las cortes para hablar el idioma apropiado, puede plantear inquietudes. Por ejemplo, la mentalidad de derechos ha sido criticada por su tendencia a rebajar valores sociales importantes como la deliberación colectiva, la solidaridad y la capacidad de acomodación. Según el análisis clásico de Mary Ann Glendon,

Una tendencia de encuadrar casi toda controversia social en términos de choque de derechos [...] impide el compromiso, el entendimiento mutuo y encontrar puntos de confluencia. Una inclinación por formulaciones absolutas (...) promueve expectativas irrealistas e ignora tanto el costo social como los derechos de los demás. Una casi afasia en lo relativo a las responsabilidades vuelve ilegítimo de aceptar los beneficios de vivir en una república democrática benefactora sin asumir las obligaciones personales y civiles correspondientes. (Glendon, 1991, p. xi)

Insistir en la dimensión de “construcción del mundo jurídico”, la propagación del discurso de derechos también tiene como consecuencia que, progresivamente, inquietudes políticas y sociales solo puedan ser expresadas en términos legales. Como Jeremy Bentham explicaba hace tiempo, y así anunciaba la crítica de la hegemonía hecha por Marx (Tusseau, 2011a), esto implica que se deba recurrir al conocimiento específico de una clase de profesionales específicos, los abogados¹⁰. Este fenómeno resulta de cierto modo en lo que Gunther Teubner y Andreas Fischer-

¹⁰ Ver en el mismo sentido Bourdieu (1987).

Lescano (2008) llaman “la canibalización de epístemas”. Efectivamente, la mentalidad de las personas a las que Bentham se refería irónicamente como “Jueces y Compañía” debe ser necesariamente adoptada por aquellos que quieren expresar en los términos del discurso dominante de los derechos cualquier preocupación económica, política o social. No es en absoluto una evidencia que los jueces sean más aptos que los legisladores para promover derechos o, más precisamente para promover las demandas sociales representadas por los derechos. Usar el lenguaje jurídico para encuadrar cambio, progreso o reforma humana, política, económica, o social no es neutro, pero más bien necesariamente subordinado a los intereses de la clase legal. Como consecuencia, toda demanda relativa a las cualidades de los jueces y de su aspirante razonamiento específico desde el punto de vista de quien quiera lograr estos objetivos, debe ser tratada con cuidado, de nuevo a la luz de casos precisos, concretos y contextualizados.

Para resumir, el hecho que las cortes traten con derechos, mientras que legislaturas tratan con políticas o con derechos a través de la evaluación consecuencialista para el éxito de la política, no tiene nada de evidente. Sin embargo, esta representación, que parece ser la consecuencia de instrumentos institucionales específicos, no puede ser descartada completamente. Afín de entender la maquinaria de la ley, es crucial entender que forma parte del aparato ideológico del derecho como forma de control social.

CUIDADO CON LA ESPERANZA EN LOS REYES FILÓSOFOS

En un nombre de intentos de subrayar las especificidades y las calidades de la argumentación jurídica en el poder judicial, en oposición a las especificidades en el legislativo, los comentaristas han expresado opiniones sumamente altisonantes, así como en el caso de Rawls describiendo a los jueces como encarnación de la razón pública. Según este filósofo,

La lógica pública es la única lógica que la corte ejerce. Es la única rama del gobierno que es visiblemente una creatura de la razón y de la razón sola. Ciudadanos y legisladores pueden votar sus visiones de manera más perceptible cuando no están a juego los elementos esenciales constitucionales y los principios básicos de justicia; no necesitan justificar por medio de la razón pública las razones por las cuales votan como lo hacen ni deben justificar la consistencia de sus fundamentos ni adaptarlos a una visión constitucional coherente. El rol de la justicia es el de ocuparse de esto y al ocuparse de esto no siguen otra lógica ni otros valores que los políticos. (Rawls, 1993, p. 235)

Esta representación del impacto del razonamiento judicial no parece completamente convincente. El hecho que los jueces están obligados de motivar sus decisiones no es forzosamente algo bueno. Primero, la ideología de la “transparencia” es un fenómeno muy reciente en nuestras sociedades. Previamente la legitimidad del poder tenía tendencia de soportarse en el secreto y en los *arcana imperii* (Kerléo, 2012). En consecuencia, el hecho de apreciar a jueces por la manera en la que deciden debe ser entendido como un fenómeno contextual, que no es bueno en sí mismo sino únicamente en relación a algunas normas históricas. Segundo, ¿cómo caracterizar la forma del razonamiento constitucional y sus respectivas calidades? A pesar de las críticas de autores como Waldron, quisiera subrayar el hecho que, por ejemplo en Francia, algunos autores han criticado la escasez de hábito de razonamiento y motivación por el Consejo constitucional y por lo tanto criticado su utilidad (Baranger, 2012; Dyevre, 2012). De la misma manera, uno puede dudar de la utilidad de varias motivaciones muy divididas, que han resultado en decisiones que son casi imposibles de entender. En la Corte Suprema de los Estados Unidos, la decisión *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992, 505 U.S. 833) ofrece un ejemplo clásico de este fenómeno. Otro caso que podemos nombrar es *County of Allegheny v. ACLU* (1989, 492 U.S. 573, 577), donde la nota analítica concluye meticulosamente:

BLACKMUN, J., announced the judgment of the Court and delivered the opinion of the Court with respect to Parts III-A, IV, and V, in which BRENNAN, MARSHALL, STEVENS, and O’CONNOR, JJ., joined, an opinion

with respect to Parts I and II, in which STEVENS and O'CONNOR, JJ., joined, an opinion with respect to Part III-B, in which STEVENS, J., joined, an opinion with respect to Part VII, in which O'CONNOR, J., joined, and an opinion with respect to Part VI. O'CONNOR, J., filed an opinion concurring in part and concurring in the judgment, in Part II of which BRENNAN and STEVENS, JJ., joined, post, p. 492 U. S. 623. BRENNAN, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which MARSHALL and STEVENS, JJ., joined, post, p. 492 U. S. 637. STEVENS, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which BRENNAN and MARSHALL, JJ., joined, post, p. 492 U. S. 646. KENNEDY, J., filed an opinion concurring in the judgment in part and dissenting in part, in which REHNQUIST, C.J., and WHITE and SCALIA, JJ., joined, post, p. 492 U. S. 655.

Es difícil reconocer los beneficios que podrían resultar de tales ejemplos de razonamiento judicial, tanto del punto de vista de la deliberación moral y política, como para el avance de derechos fundamentales.

Esta representación de jueces constitucionales como la voz de la razón es indudablemente de suma importancia para entender y explicar el funcionamiento de la cultura constitucional - una vez más, afín de entender y explicar la ideología legal. Pero la representación falta de credibilidad como justificación en el plano moral o político. Como dijo Luther Martin antes de la Convención de Philadelphia, "No se puede seguir presumiendo que los jueces tienen un conocimiento de la raza humana, y de los asuntos legislativos superior al del legislativo" (1966, p. 76). Si uno sigue la opinión de Joseph Raz, según cual "no existe razón para suponer que una persona o una institución pueda pretender de tener más conocimiento en principios básicos y abstractos de la moral" (1998, p. 167), es posible de tener dudas en lo relativo a toda proposición que pretende que jueces constituyen actores adecuados para tratar asuntos de principio. Más aun, tal y como temía James B. Thayer, el control de constitucionalidad puede convertirse tanto más necesario que ya existe actualmente. Siguiendo el proceso de una profecía autorrealizadora, los miembros de las instituciones políticas que son conscientes de que sus decisiones pueden convertirse potencialmente en objetos de examen por los jueces dejarían de prestar atención a importantes preocupaciones de derechos: "Si nos equivocamos, dicen, las cortes nos corregirán" (Thayer, 1893, 155-156). A medio de ilustración, George W. Bush, al firmar el *Bipartisan Campaign Reform Act of 2002* declaró:

Algunas disposiciones presentan dudas constitucionales serios [...]. Tengo reservas sobre la constitucionalidad de la larga interdicción de la publicidad, que limita la expresión de numerosos grupos a propósito de temas de interés público en los meses más cerca de una elección. [...] Espero que los tribunales resolverán esas legítimas cuestiones jurídicas como lo exige el derecho.

Como consecuencia, la supuesta ineptitud de los parlamentos en este respeto no debería ser tanto una causa o justificación para la existencia y el rol de los jueces, como debería ser el resultado de este hecho. Otras autoridades políticas se abstienen de adoptar leyes en asuntos controvertidos, como la pena de muerte o uniones entre personas del mismo género, esperando que los jueces hagan su trabajo (Graber, 1993, pp. 35-73; Fiorina, 1986, pp. 33-51; Weaver, 1986, pp. 371-398). Otros pasan leyes esperando que los jueces las supriman, como en Francia en 1982 cuando una ley estableciendo la discriminación positiva para mujeres en elecciones fue declarada inconstitucional, a la gran satisfacción de muchos legisladores que no se habían atrevido, por motivos evidentes de cálculo político, a oponerse a la ley.¹¹

Estos hechos implican a modo de comentario general acerca de la dinámica en la relación entre jueces y legisladores: Incluso cuando uno o el otro parece empíricamente de hacer un trabajo mejor, esto puede cambiar y

¹¹ Decision n° 82-146 DC de 18 de noviembre de 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*. V. Loschak D., "Les hommes politiques, les 'sages' et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)", *Droit social*, 1983, pp. 131-137).

debe ser recalificado en un contexto general de cultura constitucional viva. Además, uno puede notar la siguiente paradoja: Los autores tienen una inclinación aun más fuerte de alabar a los jueces y sus específicas calidades en el ámbito de la protección de derechos pues son ellos los que pedirán a los jueces de sobrepasar los límites de sus funciones y de cumplir con las funciones que tradicionalmente corresponden a los legisladores, como delineantes de políticas sociales generales.

Esto nos lleva a una última fuente de asombro. Es posible preguntarse – de manera cruda y provocativa, cierto – si el debate sobreabundante sobre la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional y sobre las respectivas legitimidades de jueces y legisladores para la protección de derechos, con su carácter cada vez más abstracto, no estará progresivamente eclipsando el asunto más importante. Efectivamente, desde el punto de vista de la teoría política, el asunto crucial es el de la justicia de las instituciones. La justicia de un sistema social solo puede ser concebida con respeto a una teoría de justicia específica, una cultura política precisa, un definido nivel de desarrollo económico, una historia propia, etc. – en resumen, un contexto empírico específico. Como nadie es inocente, mi sospecha es que no lo es ni el proceso social ni el doctrinal por el cual estamos progresivamente olvidando esta verdad.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (1993). *We the People 1*. London: The Belknap Press of Harvard UP.
- Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Atienza, M. (2009). Sobre la única respuesta correcta. *Jurídicas*, Vol. 6(2), 13-26.
- Baranger, D. (marzo, 2012). Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Jus politicum. Revue de droit politique*, n° 7. Disponible en <http://juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html> (consultado el 28 de agosto de 2014).
- Bayón, J.C. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En Betegón J., Laporta F.J., De Páramo J.R., & Prieto Sanchís L. (comp.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Disponible en http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf, p. 38 (consultado el 28 de agosto de 2014).
- Bellamy, R. (2007). *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge UP.
- Bickel, A.M. (1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, New York: Bobbs-Merrill Company.
- Bickel, A.M. (1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, New York: Bobbs-Merrill Company.
- Bourdieu, P. (1987). The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal*, Vol. 38, 805-853.
- Brudner, A. (2004). *Constitutional Goods*. Oxford: Oxford UP.
- Bush, G.W. (March 27, 2002). *Statement by the President*. consultado en <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/03/20020327.html> (consultado el 28 de agosto de 2014).
- Cappelletti, M. (1968). *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano: A. Giuffrè.
- Dahl, R.A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, Vol. 6, 279-295.
- De Tocqueville, A. (1996). *De la démocratie en Amérique*. Préf. Furet F., Vol. 1, Paris: Garnier-Flammarion
- Dickson, D. (ed.). (2001). *The Supreme Court in Conference, 1940-1985. The Private Discussions Behind Nearly 300 Supreme Court Decisions*, Oxford, New York: Oxford UP.
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass: Harvard UP
- Dyevre A. (2012). France: Patterns of Argumentation in Constitutional Council Opinions. Disponible en SSRN:

- <http://ssrn.com/abstract=2026396> (consultado el 28 de agosto de 2014).
- Ely, J.H. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge (Mass.), London: Harvard UP.
- Fiorina, M.P. (1986). Legislator Uncertainty, Legislative Control, and the Delegation of Legislative Power. *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 2, 33-51.
- Frank, J. [1930] (1949). *Law and the Modern Mind*. (6th ed.). London: Stevens & Sons Limited.
- Friedman, B. (1998). The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. *New York University LR*, Vol. 73, 333-433.
- Friedman, B. (2000). The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics. *University of Pennsylvania LR*, Vol. 148, 971-1064;
- Friedman, B. (2001a). The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of *Lochner*. *New York University LR*, Vol. 76, 1383-1455;
- Friedman, B. (2001b). The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship. *Northwestern University LR*, Vol. 95, 933-954.
- Friedman, B., (2002a). Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. *Yale LJ*, Vol. 112, 153-259.
- Friedman, B. (2002b), The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction's Political Court. *Georgetown LJ*, Vol. 91, 1-65;
- Glendon, M.A. (1991). *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press.
- Goodman, N. (1978). *Ways of Worldmaking*. Hassocks: Harvester Press.
- Graber, M.A. (1993). The Non-Majoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, Vol. 7, 35-73.
- Habermas, J. (1997). *Droit et démocratie. Entre faits et normes*. (trad. R. Rochlitz). Bouchindhomme C. Paris: Gallimard.
- Hernández Valle, R. (2005). *Introducción al derecho procesal constitucional*, México: Porrúa.
- Hohfeld, W.N. (1978). *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, [1913, 1917]*. W.W. Cook (ed.). Westport (Conn.): Greenwood Press.
- James, W. [1907] (1995). *Pragmatism*. New York: Dover.
- Kelsen, H. (1911). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Kelsen, H. (1928). La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 197-257.
- Kerléo, J.-F. (2012). *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, PhD in Law, University Jean Moulin (Lyon III).
- Kramer, L.D. (2004). *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford, New York: Oxford UP.
- Lazarus, E. (1998). *Closed Chambers. The First Eyewitness Account of the Epic Struggles Inside the Supreme Court*. New York: Times Books.
- Martin, Luther. (1966). *Records of the Federal Convention of 1787*. (vol 2.). Farrand M. (ed.). New Haven: Yale UP.
- Mill, J.S. (1860). *On Liberty*. Disponible en <http://www.constitution.org/jsm/liberty.htm> (consultado del 28 de agosto de 2014).
- Montesquieu, C. de. [1748] (1979). *De l'esprit des lois*. (vol. 1). Goldschmidt V. (éd.). Paris: GF Flammarion.
- Nino, C.S. (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven, London: Yale UP.
- Peabody, B.G. (2004). Congressional Constitutional Interpretation and the Courts: A Preliminary Inquiry into Legislative Attitudes, 1959-2001. *Law & Social Inquiry*, Vol. 29(1), 127-175.
- Pickerill, J.M. (2004). *Constitutional Deliberation in Congress. The Impact of Judicial Review in a Separated System*. Durham, London: Duke UP.
- Pinelli, C. (2013). Constitutional Reasoning and Political Deliberation. *German Law Journal*, Vol. 14. 1171-1182.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia UP.
- Raz, J. (1998). On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries. En Alexander L. (ed.),

- Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge, New York: Cambridge UP.
- Rodotà, C. (1999). *Storia della Corte costituzionale*. Laterza.
- Rubio Llorente, F. (1993). Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa. En Id., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Teubner, G. & Fischer-Lescano, A. (2008). Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions? En Graber C.B. & Burri-Nenova M. (ed.). *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions: Legal Protection in a Digital Environment*: London, Edward Elgar Publishing.
- Thayer, J.B. (1893). The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, Vol. 7. 129-156.
- Tushnet M. (2002). A Goldilocks Account of Judicial Review? *University of San Francisco Law Review*, Vol. 37, 63-87.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton, N.J.: Princeton UP.
- Tusseau, G. (2011a). *Jeremy Bentham. La guerre des mots*. Paris: Dalloz.
- Tusseau, G. (2011b). *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional: Un ensayo de crítica*. (2ª ed.). México: Porrúa.
- Tusseau, G. (2012). Le pouvoir des juges constitutionnels. En Troper M., Chagnollaud D. (dir.). *Traité international de droit constitutionnel*. (vol. 3). Paris, Dalloz.
- Underkuffler, L.S. (2003). Moral Rights, Judicial Review, and Democracy: A Response to Horacio Spector. *Law and Philosophy*. Vol. 22(3-4).
- Vedel, G. (1988). Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme. *Revue Pouvoirs*, 45, 149-159.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford UP.
- Weaver, R.K. (1986). The Politics of Blame Avoidance. *Journal of Public Policy*, Vol. 6, 1986, 371-398.
- Woodward, B. & Armstrong, S. (2005). *The Brethren. Inside the Supreme Court*, [1979], New York, London, Toronto, Sydney: Simon & Schuster Paperbacks.
- Zum, C.F. (2007). *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. Cambridge: Cambridge UP.

Correspondencia: Sciences Po – 27, rue Saint-Guillaume, 75007, Paris - France.

Recibido: 15/03/2014 **Aprobado:** 30/06/2014