



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**Dificultad contramayoritaria y
democracia sustancial**

TESIS

Que para obtener el título de

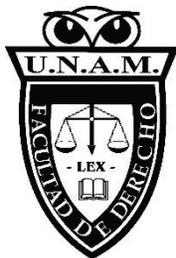
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

Javier Iván Vázquez Salazar

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Rodrigo Brito Melgarejo



Ciudad Universitaria, Cd. Mx., agosto de 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
AMPARO

Cd. Universitaria, Cd. Mx., 5 de septiembre de 2018.

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **VÁZQUEZ SALAZAR JAVIER IVÁN** con número de cuenta 31033800-2 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada "**DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL**", realizada con la asesoría del profesor **Dr. Rodrigo Brito Melagarejo**.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
DIRECTOR DEL SEMINARIO


LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

Ciudad Universitaria, a 22 de agosto de 2018

Lic. Edmundo Elías Musi
Director del Seminario de Derecho
Constitucional y de Amparo de la Facultad
de derecho de la U. N. A. M.
P r e s e n t e

Por medio de la presente, le informo que **Javier Iván Vázquez Salazar**, con número de cuenta **310338002**, ha concluido satisfactoriamente el proceso de investigación y redacción de la tesis titulada "Dificultad mayoritaria y democracia sustancial", para obtener el título de Licenciado en Derecho que otorga la Universidad Nacional Autónoma de México. Es por ello que le solicito atentamente se dé inicio al proceso correspondiente para la conclusión del trámite de titulación por tesis.

Atentamente,



Rodrigo Brito Melgarejo

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM

AGRADECIMIENTOS.

En las siguientes líneas me gustaría demostrar mi más sincero agradecimiento a las personas que me han apoyado incondicionalmente para mi formación como estudiante y que me han guiado en el camino de las virtudes como ser humano, a mi madre María Gabriela y a mi padre Gabriel, a los cuales respeto y amo con toda la intensidad de mi corazón, su humildad, paciencia y sabiduría han hecho que las decisiones que he tomado se materialicen en una vida de la cual hoy me siento agradecido.

A mi hermano Benjamín y a mi hermana Fernanda porque gracias al amor incondicional que me han demostrado hoy me siento pleno y fortalecido para seguir avanzando en mi vida como profesionista y como estudiante, gracias a ellos conozco la complejidad de la perseverancia.

A Itzel quien se ha mostrado incondicional para apoyarme en todas aquellas decisiones que he tomado respecto de mi vida académica y quien me ha motivado a seguir mi preparación, haciéndome saber que mientras lo haga no me faltará amor.

A mi familia, que han sido pieza fundamental para comprometerme con el estudio y el trabajo, que me han enseñado las virtudes de la honradez, responsabilidad y respeto.

Al Doctor Rodrigo Brito, quien para mí ha sido uno de los mejores profesores de la facultad de derecho, mostrando siempre una alta responsabilidad académica para la formación de los estudiantes, generando a cada uno de nosotros el apetito por el estudio del derecho, reconociendo las habilidades que poseemos todos aquellos que nos hemos sentado en su salón de clases. Agradezco de manera especial el interés que despertó en mí en el tema de la presente investigación, por ser mi asesor y por sus innumerables correcciones.

Agradezco a la Universidad Nacional Autónoma de México quien desde el bachillerato en la Escuela Nacional Preparatoria me ha formado como un estudiante comprometido.

A la Facultad de Derecho y a los profesores que comprometidos me han hecho reflexionar y han provocado el deseo latente de seguirme preparando para sentirme un pleno alumno de la Facultad de Derecho.

A mis amigos, porque siempre me han apoyado y han estado conmigo en los momentos buenos y malos de mi vida.

Gracias a Dios por darme la oportunidad de conocer a todos aquellos a los que he dado agradecimientos, por darme fortaleza cuando he sentido que no puedo más y por dejarme ver el camino del conocimiento por medio del cual he realizado la investigación.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA: UNA CRÍTICA AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD QUE REALIZA EL PODER JUDICIAL

I. EL ORIGEN DE LA DIFICULTAD	4
1. MARBURY VS. MADISON	5
2. EL AMPARO JUSTO PRIETO.....	14
II. ALEXANDER BICKEL “LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA”	22

CAPÍTULO SEGUNDO

ESTUDIO SOBRE LA POSICIÓN ACTUAL DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

I. ARGUMENTOS ACTUALES SOBRE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA. .	29
1. SOBRE LOS JUECES.....	33
2. SOBRE EL FONDO DE LOS ASUNTOS QUE RESUELVE.	35
3. SOBRE LA INTERPRETACIÓN	39
4. SOBRE LA LEGITIMIDAD DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA.....	41
II. ANÁLISIS DE FONDO SOBRE MAYORÍAS Y MINORÍAS.	43

1. LAS MAYORÍAS.....	44
2. LAS MINORÍAS	49

CAPITULO TERCERO

DEMOCRACIA Y CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

I. DEMOCRACIA.....	54
1. MAYORITARISMO.....	57
II. DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL.....	61
1. DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL O FORMAL.....	61
2. DEMOCRACIA SUSTANCIAL.....	65
i. DERECHOS HUMANOS.	65
ii. LAICIDAD.....	70
iii. CALIDAD DEL CONSENSO.....	71
III. CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.	74

CAPÍTULO CUARTO

UNA DEFENSA DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

I. CONTRA-ARGUMENTOS SOBRE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA.	82
1. SOBRE LOS JUECES.....	82
2. SOBRE EL FONDO DE LOS ASUNTOS QUE RESUELVE.	86
3. SOBRE LA INTERPRETACIÓN.....	889

4. SOBRE EL PODER DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA.....	94
CONCLUSIONES.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	105

INTRODUCCIÓN

La presente investigación parte del análisis de la crítica que Alexander Bickel formula en contra del control judicial de la constitucionalidad, que principalmente postula la tesis de que al momento en que los jueces declaran la inconstitucionalidad de una norma, el poder judicial actúa en contra de la voluntad de la mayoría, por lo que esto resulta antidemocrático. Se hace dominante la voluntad de los jueces sobre la de la mayoría que debería prevalecer.

El problema de la dificultad contramayoritaria es enunciado en el análisis que realiza Alexander Bickel sobre la argumentación del juez John Marshall acerca de la sentencia del caso de Marbury vs. Madison del año 1803 en Estados Unidos, en donde la sentencia crea la institución de la revisión judicial y se interpreta la constitución de tal modo que se establece la supremacía constitucional.

La dificultad contramayoritaria es un tema importante en la actualidad debido a que en ella se critica la legitimidad democrática que tienen los jueces constitucionales para realizar el control sobre los actos de aquellos que han sido electos de manera democrática mediante sufragio popular. La dificultad trae consigo el problema entre democracia y control de la constitucionalidad. Es por ello que, en el presente trabajo, se realiza el análisis de la democracia como una parte fundamental para comprender el problema de la dificultad contramayoritaria.

Para analizar la problemática antes mencionada es necesario comenzar por sus causas, y para esto resulta importante señalar en un estudio histórico de la crítica el análisis del caso Marbury vs Madison. Entender el origen del fallo que realiza el juez John Marshall, desde la perspectiva económica, social y política de la época en la cual se desarrolla el problema, es necesario pues sólo de esta manera se pueden entender las razones del fallo, así como sus consecuencias jurídicas.

De estas consecuencias, como ya se mencionó, surge en sentido negativo la dificultad contramayoritaria. Además, el mismo alcance positivo de la sentencia tuvo efectos fuera del país. En México, por ejemplo, en el caso del amparo que realiza Justo Prieto en 1881, el razonamiento es retomado por el ministro Ignacio Luis

Vallarta ya que resuelve ese juicio tomando en cuenta aspectos que Marshall analiza en el fallo Marbury vs. Madison sobre la supremacía constitucional. Es por eso que, en este trabajo, se plantea el alcance de los razonamientos de Marshall y se analiza en el amparo Justo Prieto.

Por lo tanto, en el primer capítulo del trabajo se encuentran como contenido los hechos históricos, sociales y políticos que dieron origen al fallo del caso Marbury vs. Madison, debido a la importancia que tiene el razonamiento jurídico del caso en el origen de la crítica formulada por Alexander Bickel. Como ya se ha señalado, en este caso se presenta por primera vez la revisión judicial. También en este capítulo, se hace un análisis sobre el amparo Justo Prieto en el sistema jurídico mexicano, pues en el voto particular del ministro Ignacio Luis Vallarta se recogen principios que se adoptaron para formular el fallo en Estados Unidos.

Como resultado del análisis histórico, en el mismo capítulo se realiza la revisión de los argumentos que Alexander Bickel plantea sobre la argumentación del juez Marshall.

Debido a que las razones para investigar sobre la dificultad contramayoritaria nacen primordialmente de la popularidad que ha generado el problema entre democracia y control de la constitucionalidad, en este trabajo se puntualizan los argumentos que se presentan en contra de la actividad que realizan los jueces y, de alguna manera, se trata de precisar el alcance de las palabras con las cuales se realizan los argumentos en contra. Principalmente en el segundo capítulo, sobre la posición actual de la dificultad contramayoritaria, se encuentra un esbozo de los argumentos que se han ido adhiriendo a la crítica. En ese estudio encontramos una división de acuerdo con el fondo del argumento ya sea que éste ataque a los jueces, los asuntos que resuelven o la interpretación del texto. También en el capítulo segundo se realiza un análisis de fondo sobre el contenido de la mayoría y la minoría, un análisis no solo semántico que pretende ir puntualizando algunas características de las críticas al control judicial de la constitucionalidad y funcionar como respaldo a los contra-argumentos.

Establecer puntualmente el significado de la democracia desde su parte sustancial y procedimental, las implicaciones del mayoritarismo, entender los derechos humanos, la laicidad, la calidad del consenso, así como el control de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad, son herramientas indispensables para que analíticamente sean revisados los argumentos que se han presentado como parte de la dificultad contramayoritaria. Es por ello que en el tercer capítulo se encuentran fundamentos epistemológicos sobre la democracia y el control de la constitucionalidad y también es ahí en donde se define el alcance del presente trabajo, pues a lo largo de la lectura de ese capítulo se van dejando las bases que sirven de respaldo para la argumentación en contra de las críticas que se han presentado al poder judicial. Tener una visión amplia de lo que significa la democracia al igual que el control de la constitucionalidad, ayuda a analizar la dificultad contramayoritaria desde una perspectiva diferente.

Por último, para determinar el límite de la crítica, así como responder a los argumentos en contra que forman parte del interés académico y profesional del porqué realizar el análisis de este tema, en el cuarto y último capítulo son enlistadas las críticas, así como los contra-argumentos a ellas, tomando como base el estudio sobre mayoría y minoría, democracia y control de la constitucionalidad, dando respuestas a cada una de ellas.

El trabajo está pensado para hacer reflexionar al lector sobre la dificultad contramayoritaria, determinar que las palabras utilizadas para formular la crítica tienen un contenido amplio que debe ser atendido para con ello tener respaldo suficiente en caso de reformular argumentos en contra de la legitimidad democrática del control de la constitucionalidad, así como a favor de la legitimidad.

El método histórico utilizado para examinar el origen de la dificultad, el análisis de los términos, la hermenéutica y el método comparativo, como se muestra en el trabajo, han sido herramientas indispensables para realizar de manera cautelosa la investigación que aquí se presenta.

CAPÍTULO PRIMERO

LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA: UNA CRÍTICA AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD QUE REALIZA EL PODER JUDICIAL

I. EL ORIGEN DE LA DIFICULTAD

Para realizar el análisis histórico de la dificultad contramayoritaria y tener una noción clara de cómo surge el problema que se abordará en los puntos subsecuentes del esquema, es necesario hacer mención de lo que nosotros hemos considerado el punto de origen y que de acuerdo con la mayoría de los autores se encuentra en la resolución del caso *Marbury vs. Madison* en Estados Unidos, ya que la sentencia al juicio fomentó la crítica que años adelante Alexander Bickel denunciaría como dificultad contramayoritaria, por la manera en la que se presentó la argumentación por parte del juez Marshall sobre la legitimidad al poder judicial de realizar el control de constitucionalidad.

Así también, es necesario mencionar un procedimiento que se dio en el sistema jurídico mexicano para tener en cuenta que este problema contramayoritario también ha tenido lugar en México y no solo en Estados Unidos.

Se trata de un procedimiento de Amparo, solicitado por el Lic. Justo Prieto en 1881 contra actos del Tribunal Superior de Justicia de Chihuahua, en el cual, a través de la sentencia, por primera vez se solicita que se realice el control de constitucionalidad en México por el poder judicial y es interpretando el artículo 126 de la constitución de 1857. En esta resolución se estudian las mismas premisas con las cuales se dio la resolución a la controversia de *Marbury vs. Madison* años antes, argumentos con los cuales se otorgó legitimación al control difuso de la constitucionalidad por el poder judicial en Estados Unidos. Debido a su importancia, se presentan los principales puntos del voto particular del ministro Ignacio Luis Vallarta, quien se apoyó para su redacción en el razonamiento realizado en Estados Unidos sobre el control de la constitucionalidad y la argumentación del juez Marshall.

1. MARBURY VS. MADISON

El caso Marbury vs. Madison es el primer punto para analizar debido a su trascendencia e importancia tanto nacional como internacional. Se presenta como un problema que tiene lugar en Estados Unidos en el año de 1803 entre William Marbury, un juez de paz asignado al distrito de Columbia durante el mandato del presidente John Adams y James Madison quien fue nombrado secretario de Estado durante el mandato del presidente Thomas Jefferson.

Este caso y en especial su resolución es históricamente importante tanto para Estado Unidos como para el mundo, ya que a través del fallo emitido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el cual actuaba como presidente John Marshall, por primera vez se declara la inconstitucionalidad de una ley, su inaplicabilidad y el control de la constitucionalidad difuso por parte del poder judicial, el cual se legitimó a través de la argumentación presentada por Marshall en la sentencia. Debido a esto resulta de vital importancia hacer un análisis de los antecedentes históricos, sociales y personales que dieron origen al fallo, sobre todo, porque del análisis de este fallo nace el problema que más adelante Alexander Bickel denominaría como “la dificultad contramayoritaria”.¹

Con el fin de la guerra de la independencia en 1776, los problemas sociales en Estados Unidos crecieron cada vez más, pues resulta evidente que la construcción de un país para los norteamericanos no fue fácil, aunque albergaban enormes esperanzas en los tiempos de libertad por arribar. Sin embargo, pasados algunos años la situación se mostraba cada vez más grave. Las líneas de crédito con que habían contado los terratenientes americanos en su relación comercial con sus pares ingleses se habían cancelado y se les exigía el pago de sus deudas en

¹Es importante señalar que el problema de la dificultad contramayoritaria es analizado por primera por Alexander Bickel en su obra titulada, “*The least dangerous branch*”, que contiene un apartado en el cual analiza el problema que denomina “The Counter-Majoritarian Difficulty”.

moneda dura y la no utilización de muchas rutas comerciales de las que antes usufructuaban.²

Esta situación llevó a los mercaderes americanos a trasladar la situación desventajosa a sus deudores internos, es decir, los pequeños propietarios y granjeros norteamericanos a quienes se les exigió en forma inmediata la cancelación de sus deudas en moneda constante, y no en especies y crédito según la costumbre comercial de la época.³ Este problema y la crisis económica que se vivía provocó que la situación llegara hasta los tribunales, los cuales emitían fallos que la ciudadanía deudora resistía, provocando que los tribunales no se pudieran reunir para resolver los problemas que en ellas se presentaban.

Por otro lado, mientras el poder judicial estaba en conflicto constante con estos deudores, quienes eran para ese entonces mayoría, comenzaron a ganar la simpatía y lugares en la legislatura. Al poco tiempo, de acuerdo con Roberto Gargarella, la legislatura fue controlada por los deudores con la promesa de llevar adelante un programa especial de asistencia a los deudores.⁴ Esto trajo como resultado que se iniciaran propuestas para legislar sobre la emisión de papel moneda, mismas que fueron discutidas y aprobadas *ipso facto*.

Cabe mencionar que el contexto político entre finales del siglo XVIII y principios del XIX Estados Unidos se encontraba muy polarizado entre los partidos políticos rivales, a partir de las distintas visiones que tenían de lo que deberían ser los Estados Unidos.⁵ Una rivalidad que nosotros podemos observar entre Federalistas, quienes postulaban la democracia y admiraban la revolución francesa y sus ideales y los Republicanos quienes eran aquellos que se consideraban conservadores,

² Amaya, Jorge, "Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución", *Revista de estudios Jurídicos*, España, Universidad de Jaén, núm. 10, 2010, p.7

³ *Idem*.

⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁵ *Ibidem*, p. 7.

preocupándose más por los intereses de desarrollo económico de las grandes ciudades que de la pequeña industria y sector agrícola.

Por eso resulta que fue bastante criticada la decisión que tomaron las legislaturas por parte de los sectores conservadores, ya que éstos comenzaron a cuestionar la plausibilidad de un sistema que permitiera tales intromisiones de “las mayorías” en los asuntos de gobierno, mayorías que aparecían como caprichosas, arbitrarias y facciosas. “La regla de la mayoría”, desde entonces, pareció a los ojos de los conservadores como “un instrumento de tiranía y opresión”⁶

Hasta este punto, se han analizado algunos aspectos en cuanto al contexto social, es decir, tenemos movimientos de deudores, tribunales que emiten fallos y no son cumplidos, lo que deja en claro el poco poder que tenía el poder judicial en esa época, y una legislatura tomada por la mayoría de los deudores encaminada a mostrarse tiránica contra los intereses de los conservadores, como puede notarse en esta etapa de la historia la “mayoría” era entendida o identificada de una manera distinta puesto que, lo que era para ellos “minoría” concentraba a las clases más favorecidas de la sociedad a quienes los deudores se mostraban tiránicos al momento de tomar el control de la legislatura. Por lo tanto, si en ese momento algunos tribunales argumentaban sobre la minoría ésta debe entenderse como la clase privilegiada, no de otra manera, pues supondría una visión contemporánea y errónea para analizar el problema.

Es en este ambiente agitado cuando aparece el juez Jonh Marshall, actor intelectual del fallo que recayó al caso Marbury vs. Madison, quien ya había ocupado cargos públicos antes de llegar a la Corte. Había actuado como delegado especial de los Estados Unidos para negociar un tratado de amistad con Francia, que para 1797 estaba en guerra con Inglaterra⁷ así como el cargo de secretario de Estado del gobierno federal.

⁶ *Ibidem*, p. 8, Nota 22.

⁷Carbonell, Miguel, “Marbury versus Madison: regreso a la leyenda” en www.miguelcarbonell.com, p.2.

Su camino a la Suprema Corte se comienza a preparar en diciembre del año 1800, cuando el tercer presidente de la Corte, Oliver Ellsworth, quien ya antes había formado parte de la convención constitucional en Filadelfia, renuncia al cargo. Fue hasta entonces que el presidente de los Estados Unidos, John Adams, nombra entonces a John Jay para sustituirlo. Jay, quien también ya había ocupado el cargo de presidente de la Corte, terminó no aceptando el cargo, por lo que el presidente Adams consideró que el nombramiento debía recaer en Marshall, quien hasta entonces ocupaba el cargo de secretario de Estado en el gobierno federal.⁸ Marshall aceptó el cargo y aun siendo secretario de Estado ejerció ambos puestos durante un mes.

Días antes de que Jefferson tomara el poder como presidente y del cambio de poderes en el Congreso lo cual significaba también un cambio de ideología política⁹, el presidente Adams mediante el procedimiento adecuado a la época aprobó el nombramiento de 42 jueces de paz para servir por un periodo de cinco años en el distrito judicial de Columbia y de Alexandria. Una vez agotado este paso del nombramiento la siguiente etapa sería la aprobación del Senado el cual hizo las correspondientes ratificaciones el 3 de marzo, un día antes de la toma de posesión de Jefferson, dejando con ello el procedimiento final en manos de John Marshall, quien para ese entonces se desempeñaba como secretario de Estado y que debía certificar los nombramientos, extendiendo sobre los mismos un sello oficial. A pesar de que contó con ayuda para hacerlo, no tuvo tiempo para sellar los nombramientos y enviarlos a sus titulares.¹⁰ Esta falta de sello y el envío a los titulares provocó que el procedimiento para el nombramiento de los jueces se viera afectado y originara el problema por el cual William Marbury demandará al nuevo secretario de Estado James Madison, ya que habiendo sido nombrado por el presidente y ratificado por el Senado, Marbury no recibió el nombramiento.

⁸ *Idem*.

⁹ Durante este cambio de gobierno, Estados Unidos dejó de estar a cargo de los Federalistas para caer bajo dominio de los republicanos.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 4-5.

Decidió entonces ejercer acción a través de una orden de *mandamus*¹¹ para que el gobierno se viera obligado a hacerle llegar el nombramiento, la Corte se declaró competente para analizar el caso y lo resolvió el 24 de febrero de 1803. Fue en ese momento cuando Marshall dio a conocer a nombre de una Suprema Corte unánime el sentido del fallo,¹² que a continuación se presenta.

La sentencia es analizada de acuerdo con la estructura de tres preguntas las cuales Marshall formula¹³: a) ¿tiene el demandante derecho al nombramiento que solicita?; b) Si tiene tal derecho, y ese derecho le ha sido negado, ¿las leyes del país le ofrecen un remedio?; y c) ¿ese remedio es un *mandamus* que debe expedir esta Corte?

En cuanto a la primera cuestión sobre el derecho del demandante Marshall comienza al realizar un recuento de los hechos que se debaten en el juicio, así como la historia procedimental de la demanda y el procedimiento para el nombramiento de los jueces. Sostiene Marshall que el nombramiento de los jueces termina cuando se expide dicho nombramiento de manera escrita, aunque éste no le haya sido enviado al juez nombrado. Sostiene que

Tiene que haber un punto en el tiempo, que marque el momento en que el poder del Ejecutivo sobre un empleado que no puede remover a su arbitrio cesa. Este momento tiene que ser aquel en que el poder constitucional de nombrar ha quedado ejercitado. Y este poder ha sido ejercitado cuando el último acto que se requiere de la persona que tiene el poder, ha sido ejecutado. Este último acto es la firma del nombramiento escrito... La firma es la orden expresa para la fijación del gran sello

¹¹ Por *mandamus* se debe entender la acción judicial por medio del cual se solicita a la autoridad o autoridad revisora el cumplimiento de la ley. En este caso para Marbury la no emisión del sello significaba perder el nombramiento, nombramiento que había sido ya ratificado por el senado y prácticamente era irreversible, puesto que para destituirlo del cargo era necesario realizar otro tipo de procedimiento.

¹² Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 8.

¹³ El estudio se realiza de la misma manera en Amaya, Jorge, *op. cit.*, p.10, nota 2 y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 8, p. 5.

al nombramiento escrito; y el gran sello sólo se le fija a un documento que ya esté completo. Da fe, por un acto que se supone que es de notoriedad pública, de la autenticidad de la firma presidencial¹⁴.

De acuerdo con este razonamiento, el gobierno viola los derechos cuando no realiza la entrega de la documentación que acredita como juez al nombrado y lo cual se hace evidente al propiciar conductas en contra de quienes no lo recibieron como destituirlos o desconocer el nombramiento.

En relación con la segunda pregunta Marshall la responde argumentando que la esencia de la libertad civil consiste en el derecho de cualquier persona a reclamar la protección de las leyes, siempre que exista un derecho violado; y que al Gobierno de los Estados Unidos se le ha llamado un gobierno de leyes y no un gobierno de hombres. Indudablemente, dejaría de merecer este alto calificativo si las leyes no otorgaran un remedio contra la violación de todo derecho legal adquirido.¹⁵

Por último, pasa al análisis del *mandamus*, es decir de que si el *mandamus* es la acción procesal correcta. Aunque la respuesta es afirmativa, formula a continuación una pregunta encadenada que es la que, a través de su fundamento, da lugar al nacimiento de la judicial review: ¿es la ley que regula la competencia de la Corte para la expedición del *mandamus* conforme la Constitución?¹⁶

Esta cuestión se encuentra fundamentada en el artículo 3o sección II párrafo 1° de la Constitución de Estado Unidos el cual a la letra establece que

El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de

¹⁴ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota. 8, pp. 5-6.

¹⁵ Amaya, Jorge, *op. cit.*, nota 2, p 10.

¹⁶ En este punto es idéntica la argumentación que da Carbonell así como Amaya respecto del nacimiento del judicial review.

almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.¹⁷

La pregunta es si la ley que regula la competencia de la Corte para la expedición de *mandamus* es conforme a la Constitución. La sentencia establece que "...la autorización que se le da a la Suprema Corte mediante la ley que establece los tribunales judiciales de los Estados Unidos, para expedir *mandamus* a los funcionarios públicos, aparentemente no está basada en la Constitución; y surge la pregunta de si una jurisdicción conferida en tal forma puede ser ejercitada". Lo que va haciendo el juez Marshall es acercarse a la interpretación que cambiaría la importancia y significación de la constitución para la época y que marcaría hasta la actualidad lo que se entiende por Constitución. El siguiente paso de su razonamiento se expresa en los siguientes términos: "La cuestión de si una ley común que repugna a la Constitución puede llegar a ser una ley válida, interesa profundamente a los Estados Unidos; pero afortunadamente no es tan intrincada como interesante. Nos parece que sólo es necesario tomar en cuenta ciertos principios ya por largo tiempo establecidos para decidirla".¹⁸

En la sentencia para corroborar esto se estableció lo siguiente:

Entre estas alternativas no hay término medio. O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla. Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las

¹⁷ Constitución de los Estados Unidos, consultada en www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_eua.pdf

¹⁸ Carbonell, Miguel, *op cit.*, nota.8, p. 6.

constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va imbibida en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad... Si una ley del Legislativo, contraria a la Constitución, es nula, a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla y a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley?... Indudablemente, es de la competencia y del deber del poder judicial el declarar cuál es la ley... Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial. ...los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, (luego) entonces la Constitución y no la tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.

Esta lógica es la que da nacimiento a la institución de la revisión judicial, la cual otorga la posibilidad de realizar el control de la constitucionalidad de las leyes por el poder judicial, aunque del todo esta lógica no sea formal y carezca de argumentos lógicos que lleguen a su conclusión¹⁹.

¹⁹ Un estudio realizado por Michel Trooper en el cual analiza la lógica argumentativa del juez Mashal parte de la división de su fallo en tres premisas: a) La constitución es superior a la ley, b) Una ley contraria a la constitución no es derecho, es nula, c) Si es nula, no debe ser aplicada. Al respecto comenta que, Este argumento, en realidad, está lejos de ser tan simple como Marshall quiere presentarlo. Por una

Esta carencia de la argumentación es la que más adelante está sujeta a crítica, y de la cual nace el problema de la dificultad contramayoritaria en Alexander Bickel.

Ahora bien, mencionado de manera general el voto sobre el cual nace la institución de la revisión judicial podemos destacar varios puntos importantes, los cuales ayudarán a comprender más adelante la posición de Bickel.

1. Aunque expresamente en la constitución de Estados Unidos no se determinaba como Protector de la constitución al Poder Judicial, a través del fallo emitido por la suprema corte se legitima a este poder.
2. La argumentación para determinar en sí el control de la constitucionalidad al poder judicial no es clara, debido a que del precepto constitucional no se desprende la conferencia a éste de manera directa.
3. El argumento de la supremacía constitucional también resulta poco claro en la resolución, ya que a pesar de que se nombre en primer lugar la Constitución se encuentran a la par las leyes federales y los tratados.
4. Como en su resolución establece, los conflictos entre leyes y constitución los tiene que resolver el Poder Judicial debido a que es su esencia.

parte, habría que justificar la inferencia de a) a b) y de b) a c). Pero, como se ha observado a menudo, esta justificación no se expresa. Por otra parte, parece que no se ha notado suficientemente la fragilidad de la premisa “la constitución es superior a la ley”.

Concluye que, aunque sea contrario a los principios lógicos, el fallo Marbury no sólo ha creado una norma y una institución nuevas, sino también una lógica específica y desde entonces obligatoria para la institución del control de constitucionalidad de las leyes. *Cfr.* Troper, Michel, “Marshall, Kelsen, Barak y el sofisma constitucionalista”, *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Argentina, núm. 3, 2003, pp. 207-225.

2. EL AMPARO JUSTO PRIETO

La motivación de traer al presente trabajo el estudio del amparo que solicitó Justo Prieto en 1881 surge principalmente de la estrecha relación que tiene la resolución de éste, sobre todo el voto del ministro Ignacio Luis Vallarta, con la supremacía constitucional y el control difuso de la constitucionalidad ya que, como veremos más adelante, al analizar algunos puntos de su razonamiento jurídico para otorgar el amparo se hace mención al caso de *Marbury vs. Madison* de Estados Unidos el cual, como se vio en el punto anterior, ha recibido tanto críticas como admiraciones. De hecho, para el punto a desarrollar es tomado como argumento de autoridad y utilizando la analogía en derecho comparado Ignacio Luis Vallarta propone la interpretación del artículo 126 de la constitución de 1857 sobre la supremacía constitucional tal cual lo hizo en su razonamiento el Juez Marshall puesto que este artículo es una copia al de la constitución de Estados Unidos.

El licenciado Justo Prieto se había mantenido desempeñando el cargo de asesor al juzgado del Parral Hidalgo en el Estado de Chihuahua en donde no había tenido problema alguno para emitir sus dictámenes y realizar su trabajo. Es necesario tener en cuenta que durante la época que se desarrolla el problema ya se tenía conocimiento de que existía discriminación hacia las personas indígenas pues en las haciendas que para entonces se habían convertido en un problema social importante algunas veces se esclavizaba a quienes en ellas vivían como trabajadores, llegando a hacer trabajar a la fuerza a éstos por las deudas que tenían debido a los abusos de las tiendas de raya que sobrepasaban los bajos salarios de los trabajadores por sumas que ellos jamás habían obtenido por su trabajo.

El problema inició principalmente para el licenciado Justo Prieto cuando se presentaron al juzgado del Parral Hidalgo Chihuahua unas personas indígenas a denunciar ante la autoridad que se encontraban cansados de tolerar una vida penosa de esclavitud por tantos años de servicio al señor Tomás Núñez agregando que:

...después de tan dilatado tiempo que hemos trabajado sin ver por recompensa de tan duro y penoso trabajo un solo real, sino que día por día trabajamos, y nosotros y nuestras familias desnudos, la más imperiosa necesidad nos estrecha a sacar la vara de manta a cuatro reales, y como hombres ignorantes, con esas varas de manta nos hacen acreedores a cantidades de dinero que jamás hemos conocido, mucho menos haberlo disfrutado. Y como en este contrato evidentemente hay engaño por haber lesión enorme y enormísima, nos oponemos y protestamos contra esas sumas exorbitantes que constan en nuestra libreta, que debidamente hemos presentado, y pedimos que el Sr. D. Tomás Núñez en persona comparezca a justificar en juicio contradictorio, esas cantidades fabulosas, que infamemente nos acumula; por tener la conciencia pura de que ajustando legalmente nuestra cuenta, nos debe la mayor parte de nuestro trabajo; y como ha llegado ese momento de que ya no queremos pasar por esclavos, nos acogemos a la protección de las leyes y de la autoridad que nos escucha para que nos administre la justicia que nos asiste en el presente caso...²⁰

Por lo que al enterarse de esto el hermano de Tomas Núñez acudió al tribunal para acusar a los trabajadores de huir del trabajo con deudas, una conducta que era penada en esa época y dio lugar a que el tribunal calificara a estos indígenas como sirvientes prófugos con lo que se procedió a asegurar éstos, quienes a los cinco días de estar presos se quejaron con el juez alegando que por este motivo se violaban sus garantías individuales. El asesor en ese momento era el licenciado Justo prieto, quien al respecto de este hecho confirmó que

(En) Verdad se estaban violando esas garantías, pues con el procedimiento criminal instaurado contra los quejosos, se infringían los artículos 14, 16, 17, 18, 19 y 20 y analizando aquella ley 7a., sec. 11a. del Estado, llamada de sirvientes, aseguró que

²⁰González, Manuel, "El amparo concedido por la SCJN a Justo Prieto en 1881: aplicación del control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad en México", en Ferrer McGregor, Eduardo (comp.), *El Juicio de amparo en el centenario de la constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, tomo I, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, nota 2, pp.82-83.

es anticonstitucional, como contraria al artículo 5o. de la suprema de la Unión, motivo por el que primero debía obedecerse a esta que a aquella.²¹

El Juzgado tomó a mal lo que había escrito Justo Prieto sobre la anticonstitucionalidad y fue por este dictamen que se le calificó de irrespetuoso, pues después de emitirlo desobedeció y dejó en libertad a los prófugos por considerar que esta ley que esclavizaba y castigaba por deudas de carácter civil se encontraban en contra de la constitución, recordemos que en ese momento los contratos de trabajo eran materia civil y no tenían esa carga social como lo estableció la constitución de 1917.

El análisis del dictamen fue reconocido por el tribunal superior de justicia de Chihuahua quien al analizarlo suspendió a Justo Prieto de su trabajo durante dos meses a lo que procedió éste a realizar un amparo, pues a pesar de ser separado del cargo, se seguía juicio en la segunda sala del tribunal para perder los derechos como ciudadano chihuahuense.

El amparo que solicitó el licenciado Justo Prieto pretendía obtener la protección sobre las resoluciones emitidas por el tribunal superior de justicia de Chihuahua y su primera sala, en las que prescribían que se privara a éste del empleo a su cargo por dos meses ya que, en su carácter de asesor de acuerdo con el tribunal de manera irrespetuosa declaró que los jueces de los estados deben actuar de acuerdo a la constitución federal por encima de las leyes locales, así como inaplicar la Ley que establece los derechos y obligaciones de los trabajadores domésticos y jornaleros del estado de Chihuahua, por permitir la esclavitud y castigar señalando que éstos trabajadores al no cumplir los contratos y separarse del servicio de sus patrones, eran estimados como reos prófugos al cometer el delito de estafa, fraude o hurto.²²

²¹ *Ibidem*, nota 9, p. 85.

²² González, Manuel y López, Pedro, "Las resoluciones Judiciales que han forjado a México" La Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vigencia de la constitución de 1857-1917, Poder Judicial de la Federación, México, 2010, p.146.

El amparo de Justo Prieto promovido por el licenciado E. Rodríguez en 1881 argumenta que se trata de una violación a las garantías individuales de los artículos 13, 14 y 24 y señala que

...la injerencia legítima de los jueces federales en el presente caso, está estrictamente limitada a investigar si en el juicio han sido violadas las garantías individuales consignadas en nuestra Carta fundamental, sin que les sea lícito definir los términos del procedimiento, ni el modo con que dichas garantías deben ser acatadas, en virtud de que el amparo ha sido creado para evitar que los delegados del pueblo abusen del poder é invadan ajenas atribuciones con perjuicio de los individuos y con violación de sus garantías que por ser derechos naturales del hombre y base de nuestras instituciones sociales, todas las leyes y autoridades deben respetarlas y sostenerlas, a pesar de las disposiciones que pueda haber en contrario.²³

El juez de distrito cuatro días después emitió su fallo, en el cual considera que

1o. La Justicia federal ampara y protege al C. Lic. Justo Prieto por la aplicación inexacta de la ley penal con su consignación a la 1a. Sala del Supremo Tribunal de Justicia, debiendo ser a la 2a. (art. 14 de la Constitución federal y 697 de la reglamentaria de Justicia del Estado).

2o. Igualmente se le ampara y protege, porque estando suspenso en las funciones de Asesor de Hidalgo, no puede ser consignado, y mucho menos a la 1a. Sala, recibiendo dos penas por un mismo delito (art. 24 de la Constitución federal); y

3o. No hay lugar por ahora al amparo que se solicita por la infracción del art. 126 constitucional de que se queja el C. Lic. Justo Prieto.²⁴

Es debido a esta resolución que Justo Prieto Promueve un segundo amparo en contra del tribunal supremo de Justicia de Chihuahua ante la Suprema Corte de Justicia estableciendo de acuerdo con la transcripción realizada del expediente 387, foja 7 lo siguiente:

²³ *Ibidem*, p.148.

²⁴ *Idem*.

CC Presidente y Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Alega en el Juicio de amparo promovido en contra del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua.

Justo Prieto vecino del Parral, Estado de Chihuahua ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Con el más profundo respeto [com]parezco y expongo:

El juicio de amparo que he promovido contra actos del Tribunal de Justicia y de sus Salas, y que se eleva a la alta consideración de ese Supremo Poder de la Unión, envuelve cuestiones de vital importancia, pues se trata nada menos que de fijar el alcance del artículo 126 constitucional, y el sentido verdadero y genuino del art. 5o. Ya en mi escrito de demanda fundé como mi insuficiencia me lo permitió, la procedencia del amparo por los varios motivos que ahí alego; y el Señor Juez de Distrito pronunció sentencia favorable declarando que la Justicia de la Unión me ampara contra los actos del Tribunal Pleno. Aunque muy conforme con la sentencia pronunciada, yo me atrevo a suplicar a los muy respetable e ilustrados ministros de esa Suprema Corte se dignen dedicar su alta atención al presente negocio, no porque mi insignificante personalidad esté en él interesada, ni porque su resolución abraza de una manera eficacísima en mi provecho, sino porque creo con sinceridad, y así lo cree el Estado entero, que la suprema e inapelable decisión de esa Corte, influirá notablemente en el mejoramiento de nuestra administración de Justicia, fijando como es de esperarse la supremacía hasta hoy nada más escrita para muestras de la Constitución General sobre las leyes de los Estados. Sabremos si como lo asienta el Señor Presidente del Tribunal el que vende su trabajo en un momento de suprema necesidad, queda obligado a esclavizarse hasta pagar con él, y se hace digno de un proceso en caso de que pretenda buscar otro amo que pague y trate mejor.

No distraeré la atención de ese Supremo Tribunal, refiriendo los alegatos aducidos en mi escrito de demanda y que doy aquí por reproducidos; y me limito a pedir respetuosamente a tan respetable poder, se digne confirmar la sentencia del Juez de Distrito, y hacer en mi favor las declaraciones que estime de Justicia, sobre todo la de que se me queden salvos mis derechos contra el Tribunal de Justicia y su Primera Sala, para exigir el resarcimiento de los perjuicios que con sus fallos injustos me han causado.

Por tanto

A la Suprema Corte pido y suplico se sirva sentenciar como dejo solicitado, por ser de justicia, que impetro bajo las protestas necesarias.

Parral.

Julio 18 de 1881.

Justo Prieto

[Rúbrica].²⁵

Como podemos observar lo que el licenciado Justo Prieto solicitaba era una interpretación al artículo correspondiente a la supremacía constitucional expuesta en el artículo 126 de la constitución, motivado por la injusticia que se cometía al aplicar la ley sobre los trabajadores de las haciendas.

La Corte resolvió lo que pretendía Justo Prieto exponiendo que los artículos 14, 16 y 24 habían sido vulnerados, sin embargo el único que realizó a fondo el estudio del artículo 126 sobre la supremacía constitucional fue Ignacio Luis Vallarta, quien en su voto particular en primer momento afirma que la conducta de Justo Prieto no constituye un delito como lo había calificado el tribunal superior de justicia de Chihuahua, y comentando que esto más bien es una de las responsabilidades constitucionales que tienen los jueces, la de aplicar la constitución primero antes de la ley secundaria si ésta contradice a la primera, tomando una consideración que sin duda recupera del razonamiento realizado como abogado en el caso Lozano de 1870 además sin duda parafraseando a Hamilton quien consideraba que “ninguna ley contraria a la Constitución, puede ser válida... todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor de su comisión, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida”²⁶

Para Vallarta no existía mejor intérprete y razonamiento adecuado a la supremacía del artículo 126 que los Estados Unidos, pues en su constitución existía ya un

²⁵ González, Manuel, “El amparo concedido por la SCJN...”, cit., pp.92-93.

²⁶ *Ibidem*, p.104.

precedente que dejaba en claro la supremacía constitucional y a los encargados de realizar el estudio de constitucionalidad de leyes. Esto debido a que este artículo de la constitución de 1857 era una copia de la constitución estadounidense, por lo tanto en el caso que se basó para utilizar como garantía a su argumentación fue *Marbury vs. Madison* de 1803, pues como vimos anteriormente éste dio origen a la institución conocida como la revisión judicial, que no es más que el estudio de constitucionalidad de leyes.

La tesis principal de Vallarta consistió en que solamente es nula la ley contraria a la Constitución, porque ésta es la suprema de toda la unión, a pesar de las disposiciones posteriores contrarias. Estas conclusiones en tesis general me parecen inatacables.²⁷

Con esta afirmación Vallarta pretendía dejar claro que su interpretación resultaba armonizada de acuerdo con los norteamericanos quienes ya lo habían hecho y establecido de esa manera, por lo que desarrolló su tesis de la siguiente manera:

el papel que el Poder Judicial tiene en ese país, por ser la única autoridad facultada para interpretar las leyes, así como la propia Constitución, en donde si dos leyes entran en conflicto, los tribunales son los únicos que pueden decidir cuál tiene la primacía. En los Estados Unidos ha quedado establecido a partir del caso *Marbury v. Madison*, que “la Constitución es la suprema ley de la tierra, la Constitución misma se ha designado el primer lugar entre todas las leyes; y es también digno de notarse que la Constitución no llama leyes a todas las que un Congreso expida, sino sólo a aquéllas que se expidan en cumplimiento de ella”.²⁸

Determinando además de quiénes son los encargados de realizar el estudio de constitucionalidad, la manera en que deben hacer cumplir los mandatos. Ésta, de

²⁷ Del Rosario, Marcos, “El juicio de amparo: origen y evolución hasta la constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configuración”, en Ferrer Mc-Gregor, Eduardo (comp.), *El Juicio de amparo en el centenario de la constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, tomo I, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, nota 26, p.134.

²⁸ González, Manuel, ““El amparo concedido por la SCJN...””, cit., nota 74, pp.106-107.

acuerdo con Vallarta no tiene que ser mecánica ni ciega, más bien debe ser un acto pensado y analizado por el juez utilizando la prudencia y el sistema en general al emitir su fallo y que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizar esa interpretación final del estudio de constitucionalidad.

Como observamos, existe una relación muy estrecha de la manera de resolver el problema de supremacía constitucional como en el caso *Marbury vs. Madison*.

Al igual que el razonamiento del juez Marshall en el caso de *Marbury vs. Madison* es interesante hacer notar que no es clara la argumentación de Vallarta pues el artículo 126 de la constitución de 1857 establece a la Constitución y leyes federas por encima, sin dejar en claro cuáles tienen que ser las que se deben de aplicar realizando un estudio lógico, como ya lo ha tratado Michel Tropper, ya que entre Constitución y leyes federales en el texto no se establece cuál es la superior, sino hasta la interpretación del artículo es que aparece bastante claro. Sin embargo, a pesar de la crítica argumentativa así nació esta institución en México, la cual a la fecha ha tenido sus ventajas y desventajas. Una de éstas es la crítica del voto contramayoritario que Alexander Bickel plantea y que a la fecha ha ido sufriendo cambios y ha sido abordada desde una diferente perspectiva reforzándose cada vez más.

II. ALEXANDER BICKEL Y “LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA”

Alexander Bickel fue un profesor de derecho en la facultad de derecho de la universidad de Yale en Estados Unidos, en donde se especializaba en el estudio y tratamiento de problemas en temas de derecho constitucional. Una de sus propuestas teóricas en materia constitucional más importante fue establecer la crítica a la revisión judicial que realiza el poder judicial en Estados Unidos a partir de la resolución del caso *Marbury vs. Madison*, debido a que para él este ejercicio resulta ser una fuerza contramayoritaria en el sistema estadounidense.

Principalmente la crítica de Bickel parte de la argumentación del juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, el cual fue analizado en el primer punto del presente capítulo. Sobre todo Bickel parte su crítica de acuerdo a la argumentación de Marshall, quien de manera directa atribuye la revisión constitucional al poder judicial sin que esto se encuentre en el texto de manera expresa, así como que se había argumentado incorrectamente que la Constitución era la expresión máxima de la soberanía y que cuando la corte invalidaba una norma secundaria sólo hacía prevalecer la voluntad popular expresada en la Constitución,²⁹ sin dejar en claro por qué el poder judicial es quien debe dotar de contenido a la constitución teniendo en cuenta que muchos de los preceptos constitucionales tienden al uso emotivo del lenguaje.

La dificultad contramayoritaria es una crítica planteada por Alexander Bickel, en la cual analiza los argumentos de Marshall y de la que considera que el primer problema de ella se encuentra al establecer que el poder judicial es quien tiene que decidir sobre la aplicación y el estudio de la constitucionalidad de leyes, ya que a Bickel le resulta complicado concebir esta idea porque muchas veces las controversias de esta índole se resuelven de manera política, es decir, negociando

²⁹ Rivera, Mauro, “Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario”, *Cuestiones constitucionales*, México, núm. 22, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 229.

y no de manera jurídica, Alexander Bickel replantea de esta manera el problema y surge de ahí la necesidad de saber quién es realmente o debería ser el encargado de realizar este estudio, los tribunales, la legislatura, el presidente, los jurados electos a juicio penal o el pueblo a través del proceso electoral tal vez en forma de referéndum, ya que además de la negociación política esta contradicción entre ley y constitución había sido un problema de legislatura pues ella fue quien la creó. Marshall no analiza en su momento estos puntos, por lo que en su decisión a través del fallo establece que correspondería al poder judicial, con una argumentación que no se encuentra o recoge respaldos sólidos en la constitución, quien debe de realizar esta función; sin embargo, de acuerdo con Alexander Bickel este estudio de constitucionalidad podría ser confiado al presidente o al electorado.³⁰

Otro punto que analiza Alexander Bickel sobre la argumentación del juez Marshall es la garantía que se encuentra en el precepto del texto constitucional que prescribe la supremacía, de acuerdo con él es el artículo 6° que establece:

Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que se hará en virtud de eso; y todos los Tratados hechos, o que se harán, bajo la Autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley suprema de la Tierra; y los Jueces en cada Estado estarán obligados de ese modo, a pesar de lo Contrario, cualquier cosa en la Constitución o las Leyes de cualquier Estado.

Aunque para Alexander Bickel y otros éste ha resultado ser el precepto constitucional más persuasivo de la Constitución, de hecho, si recordamos la parte correspondiente al análisis del voto del juez Marshall en *Marbury vs Madison*, la lógica argumentativa realizada por éste de acuerdo con Michel Troper, no corresponde en una inferencia inmediata a lo que establece este artículo, pues a la par se consideran las leyes que se hacen en virtud de la Constitución y también más adelante expone que serán la Constitución, leyes en arreglo a ésta y los tratados los que se consideren como ley suprema.

³⁰ Cfr. Bickel, Alexander, *The least dangerous branch*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1978, p.4.

Respecto de esta argumentación extra constitucional Alexander Bickel comenta que, “the purpose around which Marshall organized his argument does not necessarily emerge from the text.”³¹ Lo que deja en claro el fuerte grado de discrecionalidad del juez al realizar una interpretación constitucional, por lo que del actuar del juez y su legitimidad nace otro punto sobre la dificultad contramayoritaria:

when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.³²

Atado al nivel de discrecionalidad y la decisión antidemocrática que es uno de los argumentos más fuertes de la crítica, Alexander Bickel analiza otro punto referido al problema que se presenta al realizar la revisión judicial y en la crítica contramayoritaria se aborda conocido como el desechamiento de ley, entendiendo este proceso al momento en que la ley que ha pasado por un procedimiento para su creación y su aplicación en un caso resulta en contra de la constitución por lo que se determina expulsarla del sistema. Al respecto Alexander Bickel considera que “impurities and imperfections, if such they be, in one part of the system are no argument for total departure from the desired norm in another part”³³, pues se estaría

³¹ *Ibidem*, p. 12. El propósito en torno al cual Marshall organizó su argumento no surge necesariamente del texto.

³² *Ibidem*, p.17. Cuando el Tribunal Supremo declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un ejecutivo electo, frustra la voluntad de los representantes del pueblo actual del aquí y ahora; ejerce control, no en nombre de la mayoría que prevalece, sino en contra de ella. Eso, sin matices místicos, es lo que realmente sucede. Es un hervidero de peces completamente diferente, y es la razón por la cual se puede hacer el cargo de que la revisión judicial es antidemocrática.

³³ *Ibidem*, p. 18. Las impurezas y las imperfecciones, si es que son, en una parte del sistema no son un argumento para una desviación total de la norma deseada en otra parte.

desechando el trabajo legislativo en ella, por lo que esta crítica refuerza otro de los argumentos de la dificultad contramayoritaria como lo es el carácter antidemocrático de la revisión judicial al ser un voto en contra de la mayoría la declaración de inconstitucionalidad, ya que esta práctica deja al ejercicio político de creación de normas afectado, por lo que atrae como resultado que la legislatura va perdiendo práctica y pericia para la corrección de sus errores, esperando que el poder judicial resuelva cada uno de ellos. Al respecto comenta que la revisión judicial “besides being a counter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review expresses, of course, a form of distrust of the legislature.”³⁴

Esta desconfianza a la legislatura comenta Alexander Bickel es también uno de los problemas por los cuales la revisión judicial tiende a ser contramayoritaria pues citando a James Bradley Thayer anota

“The legislatures... are growing accustomed to this distrust and more and more readily inclined to justify it, and to shed the considerations of constitutional restraints, - certainly as concerning the exact extent of these restrictions, - turning that subject over to the courts; and what is worse, they insensibly fall into a habit of assuming that whatever they could constitutionally do they may do, - as if honor and fair dealing and common honesty were not relevant to their inquiries. The people, all this while, become careless as to whom they send to the legislature; too often they cheerfully vote for men whom they would not trust with an important private affair, and when these unfit persons are found to pass foolish and bad laws, and the courts step in and disregard them, the people are glad that these few wiser gentlemen on the bench are so ready to protect them against their more immediate representatives. . . . [I]t should be remembered that the exercise of it [the power of judicial review], even when unavoidable, is always attended with a serious evil, namely, that the correction

³⁴ *Ibidem*, p. 22. Además de ser un control contra-mayoritario de la legislatura y del ejecutivo, la revisión judicial puede, en un sentido más amplio, tener una tendencia en el tiempo a debilitar seriamente el proceso democrático. La revisión judicial expresa, por supuesto, una forma de desconfianza de la legislatura.

of legislative mistakes comes from the outside, and the people thus lose the political experience, and the moral education and stimulus that comes from fighting the question out in the ordinary way, and correcting their own errors. The tendency of a common and easy resort to this great function, now lamentably too common, is to dwarf the political capacity of the people, and to deaden its sense of moral responsibility. It is no light thing to do that.'s"³⁵

Concluye Alexander Bickel el punto de la dificultad contramayoritaria parafraseando a Bradley Thayer *under no system can the power of courts go far to save a people from ruin; our chief protection lies elsewhere*³⁶

³⁵ *Ibidem*, p. 26. "Las legislaturas", escribió James Bradley Thayer en el cambio de siglo, se están acostumbrando a esta desconfianza y cada vez más se están inclinados a justificarla y a arrojar las consideraciones de restricciones constitucionales, -en particular, en lo que respecta al alcance exacto de estas restricciones-, llevándolo a los tribunales;; y lo que es peor, insensiblemente caen en el hábito de asumir que todo lo que podrían hacer constitucionalmente lo pueden hacer, como si el honor, el trato justo y la honestidad común no fueran relevantes para sus investigaciones. La gente, todo este tiempo, se descuida en cuanto a a quién envían a la legislatura; con demasiada frecuencia votan alegremente por hombres en quienes no confiarían por un importante asunto privado, y cuando se descubre que estas personas no aptas pasan leyes tontas y malas y los tribunales intervienen y las ignoran, la gente se alegra de que estos pocos caballeros más sabios en el banco están tan listos para protegerlos contra sus representantes más inmediatos. . . . [No] debe recordarse que el ejercicio de esta [el poder de revisión judicial], incluso cuando es inevitable, siempre se atiende con un mal grave, a saber, que la corrección de los errores legislativos proviene del exterior, y la gente, por lo tanto, pierden la experiencia política y la educación moral y el estímulo que provienen de combatir la cuestión de manera ordinaria y corregir sus propios errores. La tendencia de un recurso común y fácil a esta gran función, ahora lamentablemente demasiado común, es empequeñecer la capacidad política del pueblo y acallar su sentido de responsabilidad moral. No es nada fácil hacer eso.

³⁶ *Ibidem*, p. 23. "bajo ningún sistema el poder de los tribunales puede llegar lejos para salvar a un pueblo de la ruina, nuestra principal protección está en otra parte"

Resulta procedente ahora una vez analizados los argumentos del creador de la dificultad contramayoritaria, dejar en claro algunos puntos sobre el origen de la crítica.

1. La crítica corresponde a establecer al poder judicial la legitimidad de realizar el estudio de constitucionalidad por ser éste quien hace prevalecer la “voluntad general”. Siendo que el poder judicial es el menos democrático en términos procedimentales para elegir a sus miembros.

2. El desechamiento de la ley es un absoluto que determina el poder judicial aun cuando como se observa en la justificación de la resolución Marbury vs Madison ya existe un grado de discrecionalidad alto que perjudica la legislatura.

3. Se le considera “undemocratic” al poder judicial cuando declara la inconstitucionalidad de una ley, pues con ello de acuerdo con Bickel se va en contra de la mayoría que prevalece y frustra lo a quien democráticamente ejerce la voluntad al crear leyes.

4. La desconfianza política del electorado se ve catalizada en contra de las legislaturas por la actividad judicial de realizar el desechamiento y el estudio de constitucionalidad, pues al no existir otro mecanismo éste evidencia las decadencias de la legislatura lo que provoca que estos pocos jueces valoren algunos asuntos que correspondería ser estudiados de diferente manera por la mayoría que de alguna forma se ve expresada en los electos democráticamente o de manera directa por el electorado.

5. ¿Cuál es la crítica contramayoritaria? Al respecto Friedman establece que *"Countermajoritarian criticism," as used here, refers to a challenge to the legitimacy or propriety of judicial review on the grounds that it is inconsistent with the will of the people, or a majority of the people, whose will, it is implied, should be sovereign in*

*a democracy. Therefore, the countermajoritarian criticism embraces any criticism of the courts as interfering with the will of a popular majority.*³⁷

6. La crítica de Alexander Bickel es la primera en enunciar la dificultad contramayoritaria. Actualmente se han ido añadiendo y reforzando argumentos que solidifican la sustentabilidad teórica del problema, ésta crítica por decirlo de alguna manera es la semilla de lo que hoy se presenta como dificultad contramayoritaria.

³⁷ Friedman, Barry, "The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy" en *Law review New York University*, N°20, Estados Unidos, 1998, p. 354. La "crítica contramayoritaria", como se usa aquí, se refiere a un desafío a la legitimidad o corrección de la revisión judicial por considerar que es inconsistente con la voluntad del pueblo, o la mayoría de las personas, cuya voluntad, implicada, debería ser soberana en una democracia. Por lo tanto, la crítica contramayoritaria abarca cualquier crítica a los tribunales como una interferencia con la voluntad de una mayoría popular.

CAPÍTULO SEGUNDO

ESTUDIO SOBRE LA POSICIÓN ACTUAL DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA.

I. ARGUMENTOS ACTUALES SOBRE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA.

En el capítulo anterior se analizó el origen de la dificultad contramayoritaria enumerando algunos puntos sobre el análisis histórico y epistemológico de la problemática planteada, en el cual se concluyó que el autor de esta tesis sobre la dificultad que se presenta hoy en día para su análisis fue Alexander Bickel.

Aunque actualmente siguen siendo parte importante del debate y la mayoría de las posiciones actuales incorpora los puntos sobre la dificultad que Alexander Bickel analiza y que propone en su crítica, aunque hoy en día existen más posiciones y argumentos respecto a esta dificultad.

En el presente apartado se pretende, por lo tanto, de una manera didáctica, enlistar algunos de los puntos sobre la dificultad contramayoritaria que se utilizan como argumento en la actualidad para tener en cuenta al realizar su análisis. Esto para que sirva de guía y base al momento de emitir un comentario sobre si es o no correcta la manera en la que esta dificultad se presenta.

La problemática ha sido abordada por diferentes autores, el análisis y la base epistemológica para éste es variada, por lo que, como consecuencia, dependiendo del autor se encuentran argumentaciones diferentes sobre la dificultad contramayoritaria.

Surge la necesidad debido a la variedad de argumentos que existen de realizar un esbozo para no caer en un relativismo sobre el análisis de los argumentos que integran la crítica comenzando con los puntos de Alexander Bickel que, como ya la analizamos en el punto III de capítulo primero son de manera general cinco aspectos esenciales.

1. El control de constitucionalidad es realizado por el poder judicial quien hace prevalecer la “voluntad general”, sin embargo, es el menos democrático en términos procedimentales para elegir a sus miembros.

Esta primera crítica resulta evidente porque, el poder judicial no está sujeto a control electoral de manera directa y la constitución norteamericana no establece de una forma clara la supremacía constitucional, ni atribuye al poder judicial la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes. Para Alexander Bickel lo que hace el juez Marshall es que mediante una interpretación determina que el poder judicial es el encargado de realizar la revisión entre un estatuto y la Constitución fuera de criterios legales establecidos en la propia norma fundamental.

Al determinar Marshall que el poder judicial es el encargado de realizar el control mediante una interpretación, Alexander Bickel lo critica y establece que “the function in such a case could as well be confided to the President, or ultimately to the electorate.”³⁸ De esta manera podría ser legítimo hablar en nombre de la “voluntad general”

2. En la mayoría de los casos que se someten a revisión judicial, las controversias que se resuelven son de temas que en el fondo se disputan cuestiones de carácter político, en donde la manera de actuar del poder judicial es invadiendo materialmente funciones de los poderes en donde recae la soberanía directamente a través del sufragio.

Alexander Bickel considera que es errónea la manera en que le es asignada la facultad de controlar al poder judicial la constitucionalidad, debido a que, en primer lugar, ésta no se encuentra en el texto de manera clara y podría señalarse a otra autoridad para ejecutar esta facultad. Además, Alexander Bickel tiene claro que “statute's repugnancy to the Constitution is in most instances not self-evident; it is,

³⁸ Bickel, Alexander, *op. cit.*, p. 4. La función en tal caso también podría confiarse al presidente o, en última instancia, al electorado.

rather, an issue of policy that someone must decide.”³⁹ Y como se analizó en el punto anterior la función también podría ser asignada al presidente o al electorado.

3. Cuando se declara una norma inconstitucional por parte del poder judicial, se frustra la voluntad de los representantes del pueblo actual, ejerciendo control no en nombre de la mayoría sino en contra de ella, es por ello por lo que la revisión judicial no es democrática.

Este punto es extraído de manera directa del análisis realizado por Alexander Bickel y es principalmente en el cual los autores hoy en día parten cuando se realiza el estudio de la dificultad contramayoritaria.⁴⁰

when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.⁴¹

Resulta importante señalar también, que esta tesis sobre la cual Alexander Bickel determina que es antidemocrático actuar en contra de la legislatura, la hace sin antes mencionar cual es la idea que él tiene sobre lo que significa la democracia, referir que por ir en contra de la mayoría es ir en contra de la democracia podría ser el punto clave para realizar una argumentación en defensa del control judicial de la

³⁹ *Ibidem*, p. 3. la repugnancia de un estatuto a la Constitución en la mayoría de los casos no es evidente; es, más bien, una cuestión de política que alguien debe decidir.

⁴⁰ *Vid.*, Vázquez, Rodolfo, “Justicia Constitucional, Derechos Humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la cátedra Francisco Suarez*, núm. 44, p. 253.

⁴¹ Bickel, Alexander, *op. cit.*, p.17. cuando el Tribunal Supremo declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un ejecutivo electo, frustra la voluntad de los representantes del pueblo actual del aquí y ahora; ejerce control, no en nombre de la mayoría que prevalece, sino en contra de ella. Eso, sin matices místicos, es lo que realmente sucede. Es un hervidero de peces completamente diferente, y es la razón por la cual se puede hacer el cargo de que la revisión judicial es antidemocrática.

constitucionalidad, mostrando de manera clara las características de lo que implica la democracia y el control constitucional.

4. El control constitucional tiende a debilitar el proceso democrático, pues actúa como un procedimiento de desconfianza de la legislatura.

Al igual que el punto anterior otros autores establecen que de aquí parte el fundamento de la crítica contramayoritaria,⁴² y este es extraído del análisis directo que Bickel hace sobre la revisión judicial, “judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review expresses, of course, a form of distrust of the legislature.”⁴³

La ciudadanía con demasiada frecuencia vota alegremente por hombres en quienes no confiarían un importante asunto privado, y cuando se descubre que estas personas no aptas pasan leyes tontas y malas, y los tribunales intervienen y las ignoran, la gente se alegra de que estos pocos caballeros más sabios en el banco están tan listos para protegerlos contra sus representantes más inmediatos.⁴⁴

Eso es lo que le preocupa a Alexander Bickel, al establecer que el proceso democrático se ve debilitado por el control de la constitucionalidad, desde este argumento se está dejando en claro el severo problema de representatividad por el cual atraviesan los órganos mayoritarios.

5. El desechamiento de ley cataliza la desconfianza sobre las legislaturas, pues, al no existir otro mecanismo evidencia las decadencias de los órganos mayoritarios.

Principalmente los argumentos extraídos de la lectura de Bickel tratan de demostrar la incompatibilidad de la revisión judicial en una democracia, aunque no se

⁴² *Vid.*, Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 6, ITAM, 1997, p.60.

⁴³ Bickel, Alexander, *op. cit.*, p. 22. la revisión judicial puede, en un sentido más amplio, tener una tendencia en el tiempo a debilitar seriamente el proceso democrático. La revisión judicial expresa, por supuesto, una forma de desconfianza de la legislatura.

⁴⁴ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 22.

establece qué tipo de democracia o cómo debemos entenderla (sobre democracia se profundiza en el siguiente capítulo), lo correspondiente al análisis del apartado presente sólo corresponde a lo relativo para analizar de manera general los argumentos que se han aportado por otros autores, quienes en su mayoría suscribe los analizados por Bickel.

Para ordenar los argumentos y resulte menos complejo su análisis los dividiremos de la siguiente manera, argumentos que recaen sobre los jueces, sobre el fondo de los asuntos que resuelve, sobre la legitimidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma y argumentos sobre interpretación constitucional.

1. SOBRE LOS JUECES

Alexander Bickel en el primer punto enumerado arriba establece argumentos sobre la legitimidad democrática de la elección de los jueces. Este argumento, al parecer ha sido analizado hasta la actualidad y se entiende como contramayoritario el problema de la designación del juez de la mano al poder de su actuar, porque, debido a que el juez constitucional estudia y enjuicia la ley cuando le es sometida a revisión ésta de origen proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado a través de sufragio universal, pasando por un largo periodo de discusión y aprobación. El juez constitucional investido de poder para declarar la norma inconstitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado mediante sufragio universal.⁴⁵

Este procedimiento diferente para la elección de los titulares del poder judicial, considerado por algunos autores como Roberto Gargarella de elitista, surge históricamente desde el inicio del sistema representativo en Estados Unidos, en donde la influencia de los sectores de poder económico afectó las decisiones de los órganos mayoritarios.

⁴⁵ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 253.

En general, la idea de contar con amplias asambleas populares fue severamente atacada, y la cámara de diputados (habitualmente el símbolo del poder de las mayorías), objeto de múltiples restricciones institucionales.⁴⁶

Como se analizó en el capítulo primero, los deudores que para la época eran mayoría comenzaron a tener simpatía en las legislaturas, con lo que de alguna manera se tenía que frenar sus deseos por medio de la legislación para evitar excesos, estableciendo facultades como

El manejo de las relaciones exteriores, así como la firma de tratados internacionales, en manos del ejecutivo y el senado, bajo la convicción de que ellos podían reunir las virtudes del conocimiento, la comprensión, o la sensibilidad, que eran incompatibles con el carácter particular de un cuerpo tan variable y numeroso como el de la cámara de diputados.⁴⁷

Es decir, consideraban un problema que existiera representación de la mayoría en la cámara de diputados, debido a que en ellas no se iban a tomar en cuenta los problemas de las clases privilegiadas.

Asimismo, se designó un poder judicial lo más alejado posible de la ciudadanía.

Se entendió que la imparcialidad se aseguraba a través del aislamiento, y la (casi completa) falta de controles ciudadanos sobre el cuerpo judicial, descuidando la indeseable posibilidad (tantas veces comprobada en la práctica) de tener un poder judicial animado a boicotear las iniciativas más importantes surgidas de la voluntad democrática.⁴⁸

Es por eso por lo que la designación de los titulares del poder judicial no es ratificada por la cámara de diputados, sino por la cámara de senadores.

⁴⁶Gargarella, Roberto, "Crisis de representación y Constituciones contramayoritarias", *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 2, ITAM, 1995, p. 102.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 104.

⁴⁸ *Idem*.

El problema del elitismo no sólo afectó la forma en la designación de los integrantes del poder judicial sino que también a ciertos derechos que no fueron recogidos en las legislaciones como lo son:

- i) El derecho de revocar los mandatos de los representantes;
- ii) El derecho de instruirlos respecto de algunas cuestiones que la ciudadanía considerase de especial importancia;
- iii) La obligatoriedad de la rotación en los cargos (que impedía, normalmente, que un representante pudiese aspirar a su reelección, en el periodo inmediato a finalizar su mandato, cualquiera fuera su cargo);
- iv) El principio de contar con mandatos cortos (el lema que se utilizaba, muy extensamente, al respecto, era el de que «cuando las elecciones anuales terminan, comienza la esclavitud»;
- v) La práctica de asambleas comunales o town meetings.⁴⁹

Los cuales pretenden que exista una relación más dinámica entre la ciudadanía y los representantes populares.

Prácticamente este argumento sobre la legitimidad del juez constitucional y el carácter procedimental de su elección se encuentra en la mayoría de los escritos que pretenden hacer un estudio de la dificultad contramayoritaria, y no ha sufrido modificación alguna en la que se cambie o altere su significado, de manera general se critica la forma en la que los jueces son designados.

2. SOBRE EL FONDO DE LOS ASUNTOS QUE RESUELVE.

El análisis de los argumentos que se plantean sobre el fondo de los asuntos que resuelven los tribunales o cortes encargados de realizar el estudio de constitucionalidad de las leyes, tiene su origen en el argumento sustraído del análisis de Alexander Bickel que establece que, en la mayoría de los casos que se someten a revisión judicial, las controversias que se resuelven son de temas que en el fondo se disputan cuestiones de carácter político, en donde la manera de actuar

⁴⁹ *Ibidem*, p. 105.

del poder judicial es invadiendo materialmente funciones de los poderes en donde recae la soberanía directamente a través del sufragio.

Al establecer este argumento pretende ser más sólido, sobre todo porque este ha sido retomado en los últimos años debido a la constitucionalización de los derechos sociales y se ha tornado como uno de los más fuertes.

La crítica del análisis contramayoritario del poder judicial basada en los problemas de carácter político que algunas veces son sometidos a las cortes, es analizado por medio de una crítica que establece que deberían de alguna manera estos problemas de fondo político ser analizados por los órganos creados expreso para la deliberación, por ejemplo, Dahl establece que la suprema corte de Estados Unidos en ocasiones toma decisiones políticas considerando "What is critical is the extent to which a court can and does make policy decisions by going outside established "legal" criteria found in precedent, statute, and constitution."⁵⁰ Es evidente que este análisis es parecido al que realiza Alexander Bickel sobre la posición de Marshall en la que critica la manera en que se pueden identificar los problemas entre estatutos y Constitución.

Very often, then, the cases before the Court involve alternatives about which there is severe disagreement in the society, as in the case of segregation or economic regulation; that is, the setting of the case is "political." Moreover, they are usually cases where competent students of constitutional law, including the learned justices of the Supreme Court themselves, disagree; where the words of the Constitution are general, vague, ambiguous, or not clearly applicable; where precedent may be found on both sides; and where experts differ in predicting the consequences of the various

⁵⁰ Dahl, Robert, "Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a national policy-maker", *Role of the Supreme Court Symposium*, núm. 1, p. 280. Lo que es crítico es la medida en que un tribunal puede y toma decisiones de política yendo fuera de los criterios "legales" establecidos que se encuentran en el precedente, el estatuto y la constitución.

alternatives or the degree of probability that the possible consequences will actually ensue.⁵¹

Es importante señalar que, para Dahl, cuando este tipo de problemas son presentados a los tribunales o cortes éstos no pueden actuar de manera legal.

Aunque también el argumento de Dahl podría ser incorporado al apartado que he titulado sobre la interpretación, considero que de éste nace la necesidad de interpretar, pues de existir en la Constitución precepto aplicable en concreto no sería necesario realizar el análisis de interpretación, lo que bastaría con un ejercicio silogístico para resolver los problemas presentados en la corte.

Dahl concluye el problema de los asuntos políticos que le son presentados a la corte estableciendo que

the most important policy function of the Court is to protect rights that are in some sense basic or fundamental. Thus (the argument might run) in a country where basic rights are, on the whole, respected, one should not expect more than a small number of cases where the Court has had to plant itself firmly against a lawmaking majority. But majorities may, on rare occasions, become "tyrannical"; and when they do, the Court intervenes; and although the constitutional issue may, strictly speaking, be technically open, the

⁵¹ *Idem*. Muy a menudo, entonces, los casos ante el Tribunal implican alternativas sobre las cuales existe un gran desacuerdo en la sociedad, como en el caso de la segregación o la regulación económica; es decir, el escenario del caso es "político". Además, en general son casos en los que los estudiantes competentes de derecho constitucional, incluidos los magistrados doctos de la Corte Suprema, están en desacuerdo; donde las palabras de la Constitución son generales, vagas, ambiguas o no claramente aplicables; donde el precedente se puede encontrar en ambos lados; y donde los expertos difieren en la predicción de las consecuencias de las diversas alternativas o el grado de probabilidad de que realmente se produzcan las posibles consecuencias.

Constitution assumes an underlying fundamental body of rights and liberties which the Court guarantees by its decisions⁵²

Un argumento importante del por qué se considera antidemocrático el estudio de constitucionalidad es el que tiene que ver con los derechos sociales constitucionalizados:

Los derechos sociales pueden verse como una extensión y prolongación natural de los derechos individuales básicos, porque estos derechos sociales, por ejemplo, el derecho a tener atención médica adecuada o a tener una vivienda digna o a tener un salario adecuado, etc., en definitiva, pueden considerarse como la extensión del derecho a la vida o a la integridad corporal o a la autonomía individual,⁵³

Desde esta perspectiva, deben existir los mecanismos jurídicos necesarios para hacer válidos estos derechos, y es justo aquí donde surge el problema debido a que:

la protección y preservación de esos derechos en muchos casos exige tomar una serie de medidas —exige, por ejemplo, disponer de recursos, crear instituciones, órganos, etc.—, tomar una serie de decisiones para las cuales no basta una mera

⁵² *Ibidem*, p.291. la función de política más importante de la Corte es proteger los derechos que son en cierto sentido básicos o fundamentales. Por lo tanto (el argumento podría correr) en un país donde los derechos básicos son, en general, respetados, uno no debería esperar más que un pequeño número de casos en los que el Tribunal ha tenido que plantarse firmemente contra una mayoría legisladora. Pero las mayorías pueden, en raras ocasiones, convertirse en "tiránicas"; y cuando lo hacen, la Corte interviene; y aunque la cuestión constitucional puede, estrictamente hablando, ser técnicamente abierta, la Constitución asume un cuerpo fundamental subyacente de derechos y libertades que la Corte garantiza mediante sus decisiones.

⁵³ Nino, Carlos, "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, núm. 4, 1989, p. 84.

orden, tal como puede ser una orden de abstenerse de hacer algo que requieren la mayoría de los casos de derechos individuales.⁵⁴

Estas medidas para la protección de este tipo de derechos requieren muchas veces la utilización de recursos, los cuales no se encuentran contemplados con un presupuesto de egresos que ha sido aprobado por un órgano mayoritario.

3. SOBRE LA INTERPRETACIÓN

Respecto de esta cuestión, es importante señalar que es sobre la que más se han escrito comentarios que refuerzan la crítica contramayoritaria, desde la postura que estableció Alexander Bickel cuando señala que el juez Marshall emite la sentencia fuera de criterios legales.

Debido a la necesidad de interpretar artículos cuando se realiza el control constitucional y que en una gran variedad de casos esto lo hacen basado en argumentos de autoridad entorno a la “voluntad general”, la objeción contramayoritaria impugna no sólo la cuestión de la carencia de representatividad del órgano judicial para enunciar esta voluntad, sino que la propia potestad para evaluar la constitucionalidad de las leyes por parte de cualquier órgano que no sea el legislativo.⁵⁵

El argumento en torno a la interpretación es formulado de la siguiente manera:

En algunos casos, los jueces “incorporan” al texto soluciones normativas que no estaban –al menos, explícitamente– incorporadas en el mismo, los jueces “simplemente” nos señalan lo que no habíamos visto, esto es, la voluntad de quienes redactaron la Constitución. Esa voluntad no estaba explicitada en el texto, y los jueces, entonces, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: la de

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Orunesu, Claudina, “Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad”, *EUNOMIA: Revista en cultura de legalidad*, España, núm. 2, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, P.41.

reemplazar a los legisladores –a la voluntad ciudadana, en general– en la resolución de cuestiones fundamentales.⁵⁶

Por esta razón es importante el análisis de la interpretación constitucional pues la controvertibilidad interpretativa de la Constitución es evidente. La interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.⁵⁷ Resulta contramayoritario que el pueblo perdiera el control sobre la legislación como establece Gowder al señalar “might effectively mean losing the power of legislation: a sufficiently aggressive judiciary might interpret the constitution to mean whatever the judges want it to mean, despite the people's attempt to change it.”⁵⁸

Utilizar el argumento de la “voluntad general” hoy en día es complicado debido a las transformaciones sociales determinadas por la situación de los inmigrantes que afectan a los países. “With the popular will increasingly fragmented, and the legislatures increasingly distant from this fragmentation, there is a greater need for interpreting the constitution in diverse times, which courts are increasingly embracing as their constitutional moment.”⁵⁹

⁵⁶ Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes...” cit., p.60.

⁵⁷ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 253.

⁵⁸ Gowder, Paul, “The Countermajoritarian Complain” *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2014, p. 18. Lo que podría significar perder el poder de la legislación: un poder judicial suficientemente agresivo podría interpretar que la constitución significa lo que los jueces quieran que signifique, a pesar del intento del pueblo por cambiarla.

⁵⁹ Skatch, Cindy, “The Countermajoritarian Opportunity?: Courts, Rights and the Accommodation of Difference” *Harvard International Law Journal Online Vol. 55*, 2013, p. 34. Con la voluntad popular cada vez más fragmentada, y las legislaturas cada vez más distantes de esta fragmentación, existe una mayor necesidad de interpretar la constitución en tiempos diversos, que los tribunales adoptan cada vez más como su momento constitucional.⁵⁹

4. SOBRE LA LEGITIMIDAD DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA

Este punto al igual que el anterior puede ser analizado desde diferentes perspectivas, por ejemplo, aquella histórica que dio origen al poder judicial y su capacidad para determinar la inconstitucionalidad de leyes, en la que para Gargarella la justificación clásica del control judicial de la Constitución (judicial review) sería fruto de la confluencia de dos tradiciones del pensamiento norteamericano del período colonial: el elitismo y el conservadurismo.⁶⁰ Por lo que, de este elitismo y conservadurismo se desprende el carácter contramayoritario del poder judicial desde su origen ya que al no someter ante ningún otro su opinión, lo que establecen en el voto es irrevocable, por otro lado es evidente el elitismo en la manera en que éstos son seleccionados, ya que en la mayoría de los casos no son aprobados por la cámara baja o cámara de diputados.

Otros argumentos de acuerdo con la legitimidad es el que establece que

“The Supreme Court is a countermajoritarian institution because judicial review counters the will of the democratically elected legislature, through which the popular will is expressed, and (2) the Supreme Court is a countermajoritarian institution because judicial review robs society and public debate of important issues about rights, which are essential to the full development and expression of the popular will.”⁶¹

⁶⁰ De Lora, Pablo, “Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter mayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 13, Ministerio de Justicia, 1996, p. 373

⁶¹ Skatch, Cindy, *op. cit.*, p. 24 La Corte Suprema es una institución contramayoritaria porque la revisión judicial contrarresta la voluntad de la legislatura elegida democráticamente, a través de la cual se expresa la voluntad popular, y (2) la Corte Suprema es una institución contramayoritaria porque la revisión judicial roba la sociedad y el debate público sobre cuestiones importantes derechos, que son esenciales para el pleno desarrollo y expresión de la voluntad popular.

En términos generales de esta manera es como se presenta hoy en día la crítica al control constitucional que realiza el poder judicial, de estos argumentos se parte para el análisis de la dificultad a través de la democracia sustancial, sin embargo, resulta importante antes del análisis dejar en claro algunos conceptos de lo cual me encargo a continuación y en el capítulo siguiente.

Una vez estableciendo el significado y contenido de la dificultad se procede a confrontarlas con lo que actualmente significan conceptos esenciales para la crítica como lo son el de control de la constitucionalidad y la democracia.

II. ANÁLISIS DE FONDO SOBRE LAS MAYORÍAS Y LAS MINORÍAS.

Hemos analizado los diferentes puntos a debatir sobre el voto contramayoritario, por lo que resulta necesario comenzar a analizar de manera individual los elementos que integran los argumentos, pues con ello se obtendrá una base sólida para realizar una crítica sobre esta dificultad más adelante.

El primero de los puntos a estudiar sería la cuestión de si la dificultad actúa en contra de la mayoría o a favor de ésta. Para el estudio es relevante revisar de manera analítica la concepción sobre los diferentes significados que en la doctrina se le han atribuido a la mayoría y a la minoría, pues el argumento de la minoría se ha utilizado para salvaguardar la legitimidad del control judicial de la constitucionalidad⁶², así como el argumento de la mayoría para denunciar el carácter no democrático de esta revisión.

⁶² Vid. Dahl, Robert, "Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a national policy-maker...", cit., p. 282. "One influential view of the Court, however, is that it stands in some special way as a protection of minorities against tyranny by majorities." (una opinión influyente de la Corte es que, de alguna manera, representa una protección de las minorías contra la tiranía por parte de las mayorías), Gargarella, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes..." cit., p.63-64, "La defensa que teóricamente hacen los órganos judiciales de los derechos de las minorías. Este argumento dice, más o menos, lo siguiente: dado que nuestra democracia se orienta, naturalmente, a satisfacer las pretensiones de la mayoría, necesitamos de procedimientos que nos ayuden a salvaguardar los derechos de las minorías. De lo contrario, las mayorías podrían, directamente, pasar por encima de aquellas, conforme a los meros impulsos que coyunturalmente las motiven", Amaya, Jorge, *op. cit.*, p. 14, "El control de constitucionalidad aparecía como un medio de asegurar la supremacía de la Constitución y la limitación del Gobierno corriente. Para este sector de la doctrina y la jurisprudencia, la objeción "contramayoritaria" como la ha llamado Bickel lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial, es una de las razones de su creación, a efectos de preservar a las "minorías" de los excesos de las mayorías coyunturales"

Se pretende que de este análisis podamos más adelante tener también el sustento del principio mayoritario, que se ve referido en un aspecto de la democracia la cual servirá de base para la argumentación de un control judicial compatible con la democracia.

Del estudio de los diferentes contenidos sobre mayoría y minoría, se pretende que su análisis nos ayude a identificar los argumentos mediante los cuales se han resuelto algunas de estas objeciones al control judicial de la constitucionalidad. Ya que no resulta sencillo examinar sin tener en cuenta el contenido que se le da a la palabra mayoría o minoría.

1. LAS MAYORÍAS.

Esta concepción de mayoría referida al voto contramayoritario puede tener diversos significados que se adecuan de acuerdo con la argumentación que los diferentes autores hacen sobre ellas, por ejemplo, en un primer momento mayoría depende no de un grupo en particular de legisladores electos de manera directa por el electorado, sino como una mayoría general de la población que se encuentra bajo la tutela de algún gobierno electo.

Esta mayoría de tipo general se entiende en el pensamiento de Dahl, por ejemplo, en donde concibe el problema del actuar del juez constitucional con respecto a la mayoría, en este punto al señalar que

the Court acts in determining the legality or constitutionality of one alternative or the other, the outcome of the Court's decision must either (1) accord with the preferences of a minority of citizens and run counter to the preferences of a majority; (2) accord with the preferences of a majority and run counter to the preferences of a minority; or (3) accord with the preferences of one minority and run counter to the preferences of another minority,⁶³

⁶³ Dahl, Robert, "Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a national policy-maker"...cit., p. 282. la Corte actúa al determinar la legalidad o constitucionalidad de una u otra alternativa, el resultado de la decisión de la Corte debe (1) concordar con las preferencias de una minoría de ciudadanos y ser contraria a las preferencias de una

En donde es claro que la mayoría corresponde a la ciudadanía en general. Desde esta perspectiva de la mayoría, el voto contramayoritario atiende no a los factores procedimentales de la democracia en donde la mayoría se le considera a aquellos que han sido elegidos mediante sufragio universal y representan por así decirlo la voluntad general, sino a factores sociológicos o estadísticos pues resulta evidente que en número son mayoría aquellos que eligen (electores) a pesar de que no hagan efectivo su derecho al voto con los que son elegidos.

Como podemos observar mayoría depende específicamente del número de con quién se esté comparando y éste varía de acuerdo con la circunstancia en la que se encuentre. Para realizar esta comparación entre mayoría o minoría aritmética pondré un ejemplo. Constituyen mayoría en un caso hipotético, aquellos electores que ejercen sufragio para elegir a sus representantes respecto de aquellos electores que no lo hacen. Si cambiamos el panorama, por ejemplo, podríamos decir que son mayoría la población en general de ese mismo país respecto de los electores que hay en él.

Resulta importante mencionar que el significado de la mayoría es evidente aritméticamente cuando hay más en número de un lado que de otro, sin embargo la problemática contramayoritaria no es presentada de esta manera, pues lo que resulta más importante analizar en el voto contramayoritario es lo que corresponde al contenido o lo que conforma esa mayoría o minoría, así resulta más sencillo analizar el problema desde la perspectiva en que se plantea, tomando en cuenta al contenido de la mayoría ya que de esta manera se puede evitar caer en el problema que en la opinión de Gargarella a veces se comete al estudiar el tema, pues “muchas veces, me parece que cuando el defensor de la justicia constitucional recurre a la protección de las minorías como última razón justificativa, asume dos premisas que son cuando menos dudosas. En primer lugar, que cabe identificar claramente a la mayoría, y en segundo lugar, que es predicable de ella su carácter potencialmente

mayoría; (2) de acuerdo con las preferencias de una mayoría y van en contra de las preferencias de una minoría; o (3) de acuerdo con las preferencias de una minoría y va en contra de las preferencias de otra minoría.

peligroso.”⁶⁴ Este carácter de la peligrosidad será analizado más adelante, pero para no caer en el error en defensa de una revisión judicial es clara la necesidad de determinar qué es lo que conforma la mayoría o quienes la conforman y las circunstancias en que lo hacen.

Ya se ha mencionado el contenido de la mayoría que Dalh analiza, tomando en cuenta factores conforme los cuales debe de realizar la corte la emisión de una sentencia, considera él que la mayoría está incorporada por la población en general y no descarta la idea de grupos minoritarios.

Otra manera de entender el contenido de la mayoría es aquella en la cual se considera que la mayoría es la legislatura o los electos a través del sufragio como de la que es partidario Alexander Bickel, el que considera, por ejemplo, que la dificultad en uno de sus puntos es contramayoritaria al declararse la inconstitucionalidad de una ley ya que la voluntad de la mayoría es expresada por medio de los que son electos como representantes a través de ella. Esta concepción de la mayoría en la que se contiene a la legislatura es la auténtica presentada en la dificultad contra mayoritaria o como Bickel la entendía.⁶⁵ Sin embargo, por lo menos hasta este punto hemos mencionado otra, en la cual la mayoría como contenido es ocupada por la población en general y ésta resulta completamente diferente a la de la legislatura, la dificultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley que afecte al pueblo en general resulta completamente diferente a que la inconstitucionalidad afecte a la legislatura, aunque pueden existir casos y es como sucede muchas

⁶⁴ De Lora, Pablo, op.cit., p. 379.

⁶⁵ Alexander, Bickel, op. cit., p.17. “when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.” (cuando el Tribunal Supremo declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un ejecutivo electo, frustra la voluntad de los representantes del pueblo actual del aquí y ahora; ejerce control, no en nombre de la mayoría que prevalece, sino en contra de ella.)

veces que, al declarar la norma inconstitucional se actúe contramayoritariamente afectando a la legislatura pero protegiendo al pueblo.

Respecto a este tipo de mayoría conviene señalar que es sobre la que más se tiene registro, sin embargo, es un punto débil de la argumentación, pues Alexander Bickel consideraba que por actuar en contra de la legislatura se refutaba la revisión judicial como no democrática.

De esta concepción sobre la mayoría que de contenido se encuentra a la legislatura, surge una mayoría que es la mayoría parlamentaria, pues como es sabido, no por el hecho de formar parte de una mayoría estos sujetos actúan de una manera uniforme, más bien ellos actúan de acuerdo a intereses que tal vez no son compartidos por todos los miembros que lo integran, por ello la mayoría parlamentaria sólo se conforma de aquellos individuos que forman parte del grupo y que comparten la misma opinión respecto de un tema y que en número son mayor a quienes no lo comparten.

Esta mayoría parlamentaria, es una mayoría que resulta menor en número de la mayoría elegida y mucho menor que la mayoría general, por lo que podemos observar estas concepciones de “mayoría” van debilitando a su vez la representación de los electores como ha sido criticada en muchas ocasiones, sobre todo, cuando se cuestiona el poder que tiene esta mayoría sobre la mayoría general.

En este punto podríamos comenzar a dudar sobre el carácter no democrático de la revisión judicial por emitir decisiones contra esta mayoría, pero eso será analizado más adelante.

Existen razones que van más allá de esta conclusión y deben ser analizadas como la que establece que:

la escasa participación electoral en los regímenes democráticos contemporáneos: por lo general la mayoría no pasa de ser tan sólo la minoría mayor de los electores y por eso la minoría decisiva. Se la conoce como la sinécdoque democrática. El pomposamente llamado pueblo es el nombre con que la ideología democrática

designa al pequeño grupo de individuos que decide la suerte y la política de los gobiernos.⁶⁶

Existe también una mayoría conocida como facciones, la cual es entendida como:

al riesgo de que las mayorías opriman a las minorías, (...) sino cuando Madison sostuvo que el principal objetivo de la Constitución es el de controlar a las facciones, lo que quiso significar, en definitiva, fue que el principal objetivo de aquélla era el de ponerle límites a las mayorías, y proteger así a las minorías. El sistema representativo, en este sentido (y según veremos), venía a servir para distanciar a las mayorías del control directo de las decisiones políticas, disminuyendo así los riesgos de impulsos mayoritarios opresivos.⁶⁷

A manera de conclusión, podemos denunciar algunos contenidos a los que se refieren los autores, cuando realizan el análisis de la mayoría en la dificultad contramayoritaria, éstos son:

1. La mayoría general. Representada no sólo por los electores sino por toda la población.
2. La mayoría electoral. Que son todos aquellos que tienen la capacidad de elegir a sus representantes.
3. La mayoría votante o sinécdoque democrática. Al grupo de electores que hacen efectivo el sufragio y votan, decidiendo la suerte de los gobiernos.
4. La mayoría legislativa. Aquella que se encuentra conformada por los electos de manera democrática por medio del sufragio.

⁶⁶Arteta, Aurelio, "Lo Mayoritario y lo Democrático" *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 36, Universidad de Alicante, Marcial Pons, 2013, P. 337.

⁶⁷ Gargarella, Roberto, "Crisis de representación y Constituciones contramayoritarias", *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 2, ITAM, 1995, P. 97

5. La mayoría parlamentaria. La cual se encuentra conformada por representantes que comparten inclinaciones y en número son mayor a quienes no la comparten dentro de los órganos mayoritarios.
6. La mayoría como facciones. Aquellos grupos que pretenden vulnerar a la minoría.⁶⁸

2. LAS MINORÍAS

Es necesario realizar el análisis de la minoría y su contenido pues de la mano de la mayoría el argumento de la minoría ha sido utilizado sobre todo para dar legitimación al control judicial de la constitucionalidad, mencionando que es legítimo el control por éste defender los derechos y dar protección a las minorías, estableciendo que

dado que nuestra democracia se orienta, naturalmente, a satisfacer las pretensiones de la mayoría, necesitamos de procedimientos que nos ayuden a salvaguardar los

⁶⁸ Aunque hoy en día haya cambiado por completo el contenido de la mayoría y la minoría, esta comprensión surge principalmente para proteger a la clase más favorecida sobre la mayoría que eran los deudores estadounidenses.

Hoy debemos entender a esta mayoría como aquella tiránica, que no respeta los derechos de minorías. El término de tiránicas es mencionado por Paul Godwder al señalar sobre los que defienden la revisión judicial “is good that courts override the policy preferences of democratic majorities, for a variety of reasons including, inter alia, that judicial review protects minority rights against tyrannical majorities. Gownder, Paul, *op. cit.*, p. 8-9. Es bueno que los tribunales anulen las preferencias políticas de las mayorías democráticas, por una variedad de razones que incluyen, entre otras cosas, que la revisión judicial protege los derechos de las minorías contra mayorías tiránicas.

Al igual que Robert Dalh, al señalar que One influential view of the Court, however, is that it stands in some special way as a protection of minorities against tyranny by majorities. Dahl, Robert, “Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a national policy-maker...”, *cit.*, p. 282. una opinión influyente de la Corte es que, de alguna manera, representa una protección de las minorías contra la tiranía por parte de las mayorías.

derechos de las minorías. De lo contrario, las mayorías podrían, directamente, pasar por encima de aquellas, conforme a los meros impulsos que coyunturalmente las motiven. El carácter contramayoritario del poder judicial (o sea, el hecho de que sus miembros no resulten electos directamente por la ciudadanía en la mayoría de los casos ni tengan que revalidar periódicamente sus cartas credenciales frente al pueblo aparece como un objetivo buscado: si los jueces dependieran (para llegar a sus cargos o para mantenerse en los mismos) de las simpatías populares, entonces, la suerte de las minorías aparecería fuertemente amenazada.⁶⁹

Aunque si recordamos, cuando analizamos el punto sobre el caso de Marbury vs. Madison el contexto social detentaba el poder que tenían la mayoría sobre la minoría, pero estas minoría y mayoría no son entendidas como hoy en día.

la idea de minorías utilizada no se correspondía con la idea de un grupo que, simplemente, no contaba con apoyo mayoritario en las cámaras legislativas. Dicha idea tampoco era asimilable con la de un grupo minoritario en número (por ejemplo, el grupo de los inmigrantes; o el de una minoría religiosa), respecto de los grupos dominantes de la sociedad. Tampoco se entendía por minoría, simplemente, a un grupo desprovisto de poder efectivo, y más allá de que fuese o minoritario o mayoritario en cuanto a su número. La noción de minorías, por el contrario, aparecía restringida a lo que llamaban *the selected few*;⁷⁰

El contenido del término minoría, era en ese momento entendida como la clase privilegiada, debido a la desconfianza que nace de la mayoría legislativa que gobernaba en esa época y era conformada por los menos privilegiados del Estados Unidos de la post guerra de independencia.

Otro contenido de la palabra minoría en el contexto de la dificultad contramayoritaria y de la cual se ha criticado al poder judicial de determinar la inconstitucionalidad de leyes corresponde al que contiene a los jueces dotados de facultades para declarar la inconstitucionalidad de leyes.

⁶⁹ Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes...”, cit., p. 63-64.

⁷⁰ *Ibidem*, p.98

Es decir, los jueces constitucionales son el contenido de la minoría comparados con los representantes electos de manera directa a través del voto, de aquí surge un problema importante en el cual se argumenta la carente representatividad y otro posible escenario no democrático de su actuar. Al respecto se comentan cuestiones sobre la formalidad de las decisiones en una democracia que siguen la regla mayoritaria y se le critica al actuar del juez debido a que sus decisiones cuando resuelven sobre asuntos políticos, éstos a través de su fallo algunas veces determinan cuestiones que corresponde analizar a los órganos mayoritarios y decidirlos, por lo que cuando se acata una decisión de estos tribunales de origen contramayoritarios, se atenta a la discusión, el debate democrático y a la formalidad de la democracia pues en un lugar donde se acatan las órdenes de unos pocos se está frente a otra forma de gobierno totalmente diferente a una democracia, “a system in which the policy preferences of minorities prevail over majorities is at odds with the traditional criteria for distinguishing a democracy from other political systems.”⁷¹

Referido a las minorías también podemos encontrar aquellas que se consideran procesales o numéricas y las sustantivas.

Cuando se habla de minorías se alude a dos entidades diferentes. Se habla de minoría para referirse a un grupo poblacional diferenciado, numéricamente modesto. Las hay de muchos tipos y tamaños, pero no todas poseen la misma relevancia constitucional, ya que algunas sólo ameritan el respeto de los demás y otras imponen a la sociedad y al Estado medidas positivas de apoyo. Las minorías numéricas o procesales operan al momento de una votación (o elección) o resultan de tales actos. Su forma de trascender el momento decisorio y funcionar como esquema permanente de cooperación es la conformación de partidos, movimientos políticos y grupos parlamentarios. Las minorías sustantivas son grupos sociales de tamaño variable cuyos contornos están demarcados por una característica

⁷¹ Dahl, Robert, “Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a national policy-maker...”, cit., p. 283. Un sistema en el cual las preferencias políticas de las minorías prevalecen sobre las mayorías está en desacuerdo con los criterios tradicionales para distinguir una democracia de otros sistemas políticos

socialmente relevante que ha desatado conflicto social frente a otro segmento social considerado mayoritario y que ha sentido un tratamiento de exclusión: el color de la piel, la lengua, la fe religiosa, la opción sexual, etc. Pero también las hay corporativas, grupos pequeños de interés económico o cultural muy definido, tales como asociaciones gremiales. Y las hay de contornos desdibujados pero peculiares, como, por ejemplo, los hippies, los punk, etc.⁷²

Es evidente, por tanto, que al igual que el contenido de la mayoría, el de la minoría puede variar dependiendo el contexto, por lo general cuando se habla cuestiones del voto contramayoritario la queja al poder judicial atiende al poder que tiene el pequeño grupo de personas que lo integran, sin embargo, dotar de un contenido diferente a esta minoría puede cambiar la perspectiva en la cual es analizada la queja.

Tenemos, por lo tanto:

1. Minoría poderosa. Como un grupo de individuos con características económicas sobre pasan a la mayoría de la población.
2. Minoría judicial. Aquellos jueces dotados de facultades para declarar la inconstitucionalidad de una ley que resultan ser un grupo menor de personas a los que integran los órganos mayoritarios.
3. Minoría procesal. Aquella que comprende movimientos políticos y grupos parlamentarios.
4. Minoría sustantiva. Aquel grupo social que se ha visto atacado por una mayoría y ha tenido tratamiento de exclusión.

⁷² Amaya, Ricardo, "Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución...", cit., pp. 15-16, Nota 36.

CAPITULO TERCERO

DEMOCRACIA Y CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Una vez establecidos los argumentos actuales que se proporcionan cuando se habla de la dificultad contramayoritaria, es necesario destacar, que algunos pretenden descalificar la legitimidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma debido a que el órgano encargado de hacerlo es el poder judicial, al que se reprocha que no se eligen mediante sufragio sus miembros y por tanto no tiene legitimidad democrática partiendo de la idea que el juez constitucional investido de poder para declarar la norma inconstitucional, no es elegido periódicamente por el electorado mediante sufragio universal⁷³, así como, el argumento que considera que por emitir decisiones en contra de la decisión de la legislatura actúa de forma no democrática.⁷⁴

Es debido a ello que surge la necesidad de este capítulo pues, ¿es legítimo calificar como no democrático el actuar del poder judicial? Ante la dificultad de responder esa pregunta conviene entonces estudiar el significado y las implicaciones que tiene la democracia para abordar la problemática de la dificultad, así como el control de la constitucionalidad, pues sólo estudiando las facultades actuales y sus implicaciones podremos realizar un juicio sobre los argumentos que se plantean a manera de crítica contra esta actividad que realiza el poder judicial.

⁷³ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 253.

⁷⁴ Cfr, Skatch, Cindy, *op. cit.*, p. 24, judicial review counters the will of the democratically elected legislature, through which the popular will is expressed. (la revisión judicial contrarresta la voluntad de la legislatura elegida democráticamente, a través de la cual se expresa la voluntad popular.)

I. DEMOCRACIA.

La palabra democracia encuentra su origen etimológico en los términos griegos *demos* y *krátos*, es decir: pueblo y poder, forman parte de la definición nominal que se suele dar de la palabra misma.⁷⁵ La democracia es una forma de gobierno por medio de la cual el pueblo es quien tiene el poder en la toma de decisiones. Pero desde la antigüedad, también significa algo más, es el régimen de la libertad y de la igualdad, de derechos entre los ciudadanos.⁷⁶ La democracia, como lo define Dahl no se entiende como el poder omnímoto de la mayoría, sino como el compromiso constitucional y cultural con la garantía de los derechos intangibles de las minorías, lo cual implica un conjunto de limitaciones institucionales y sociales a la soberanía mayoritaria.⁷⁷⁸

Existen diferentes comprensiones sobre el análisis de la democracia, esto es, de acuerdo con las herramientas que se utilicen para el estudio puede implicar diferentes significados.

Recordemos que las herramientas y principios jurídicos así como, las herramientas políticas, son diferentes en algunos aspectos a pesar de que no exista una separación entre ellas, por ejemplo, la negociación en la política es una herramienta indispensable, así como lo es la aplicación exacta de la ley en materia jurídica, debido a ello los teóricos no han acordado una definición sobre democracia compartida por todos, la diversidad de métodos y las ciencias que lo estudian traen como resultado análisis diferentes en algunos aspectos.

Podemos entender a la democracia en sentido amplio y teórico como una forma de gobierno que reconoce a los hombres una igualdad esencial de oportunidades para

⁷⁵ Guariglia, Osvaldo, "Democracia: origen, concepto y evolución según Aristóteles", *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, España, Universidad de Alicante, Marcial Pons, 2010, p.158.

⁷⁶ Amaya, Jorge, *op. cit.*, p.15.

⁷⁷ *Ibidem*, p.17

el ejercicio de sus derechos civiles y políticos y que cuenta con el pueblo para la estructuración de poder,⁷⁹ o desde la perspectiva más realista en la que

la democracia puede ser concebida como el único régimen en el que las leyes que tienes que obedecer están puestas por hombres que has escogido tú. La democracia es el único régimen político en el que puedes obtenerlo todo con tal de que convenzas a los demás respetando las reglas del juego. La democracia no consiste sólo en evitar la violencia, sino en promover el consenso, en garantizar la disensión, y en fundarse en la libertad de contraponer las opiniones propias a las de los demás.⁸⁰

Es necesario analizar las características de esta forma de gobierno, ya que, la democracia contiene procedimientos específicos para la toma de decisiones los cuales comprenden la parte denominada democracia formal y está constituida por el aspecto técnico procedimental de la democracia. Los aspectos fundamentales que constituyen esta parte de la democracia son, las reglas preliminares que permitan el juego, una base consensual universal y un sistema seguro de garantías formales.⁸¹ Por el otro lado encontramos la parte sustancial de la democracia que nos remite en cambio a la calidad del consenso, a un consenso basado siempre en una racionalidad con sentido fuerte así como al reconocimiento y respeto al coto vedado de los derechos fundamentales del hombre⁸² para que se desarrollen o puedan tener lugar los procedimientos de una manera adecuada.

Debido a estas características podemos encontrar diferentes tipos de democracia, por ejemplo, aquella democracia electoral-representativa, la cual se apoya en el axioma según el cual la voluntad general se expresa directa y completamente en el proceso electoral,⁸³ la democracia constitucional, que no solo estudia el aspecto

⁷⁹ Fernández, Agustín, "Teoría de la democracia", Jus México, México, tercera edición, 1988, p. 31

⁸⁰ Ulloa, Ana, "Democracia sustancial y el coto vedado de los Derechos Humanos", *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm.10, ITAM, 1999, p. 192

⁸¹ *Ibidem*, p. 193.

⁸² *Ibidem*, pp. 210-211.

⁸³ Rosanvallon, Pierre, "La legitimidad democrática", Manantial, Buenos Aires, 2009. p.183.

procedimental en la toma de decisiones sino las características esenciales como los derechos humanos y la igualdad para que la democracia se presente en una sociedad, esta comprensión es compartida por Carlos S. Nino, en algunos aspectos Robert Dahl, Pedro Salazar, entre otros.

Aparecen así visiones de la democracia como la democracia asociativa que

es un sistema político en el que los miembros de una sociedad se gobiernan a sí mismos reconociendo a cada uno como un socio de pleno derecho dentro de ésta. De este reconocimiento se deriva que las decisiones emanadas de este sistema sólo pueden ser aceptadas como democráticas cuando reconozcan y respeten la calidad de cada ciudadano como socio de pleno derecho.⁸⁴

De esta comprensión sobre la democracia se desprenden dos principios importantes:

El principio de igual consideración y respeto, también llamado principio de dignidad humana se deriva, a su vez, dos subprincipios. El primero es el denominado principio de igual consideración según el cual cada vida humana tiene un valor intrínseco, y por lo tanto debe ser defendida y protegida. El segundo, el principio de responsabilidad, exige que cada ser humano elija por sí mismo la manera en que debe realizar su propia vida⁸⁵

Para tener una conceptualización amplia y un entendimiento mejor sobre la democracia y para que ésta sirva de apoyo al comentario final del capítulo siguiente se requiere por tanto una aproximación al fondo y a la forma de la democracia.

Se ha malentendido muchas veces a lo democrático con lo mayoritario o la toma de decisiones mayoritaria, ésta característica de toma de decisiones mayoritarias tal vez es para algunos la más importante de la democracia en el carácter procedimental o de forma y algunas veces debido a la popularidad de la regla esta

⁸⁴ Gaviria, Julián, "Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworking", *EUNOMIA: Revista en cultura de legalidad*, España, núm. 6, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, P.362

⁸⁵ Ibidem, pp. 362-363

forma de gobierno llega a ser mal entendida como un mayoritarismo, en el que la toma de decisiones se da sin cuestionarse las implicaciones de fondo. Posiblemente ésta es la manera, en la que Alexander Bickel se fundamentó para descalificar la decisión que toman los jueces al declarar una norma inconstitucional, pues para él ir en contra de la mayoría legislativa es un actuar no democrático.

Para no caer en el error de Bickel analizaremos a continuación ciertas características que tiene este mayoritarismo. A su vez pasaremos análisis de las características de fondo y de forma que tiene una democracia.

1. MAYORITARISMO.

El mayoritarismo es una especie de versión errónea de la democracia, pues este sostiene que las decisiones sin importar contenido mientras sean tomas por una mayoría pueden ser efectivas mediante instrumentos jurídicos ejecutables. En la mente de casi todos ha arraigado la creencia de que en la democracia las formas deben predominar sobre su materia o contenido, de que lo que importa es cumplir las formalidades y trámites sin entrar en el acierto o justicia de la decisión adoptada.⁸⁶ No es extraño que ésta sea la madre de todas las reglas decisorias, ya sea aplicada de modo inmediato o mediato, en un régimen de carácter representativo. En una sociedad democrática la decisión mayoritaria es la única legítima o, mejor dicho, se considera ya sólo por ser mayoritaria una decisión democrática.⁸⁷

El problema del mayoritarismo radica en que prestar demasiada atención al procedimiento afecta a la parte sustancial de la democracia, late el peligro de dejar de prestarla lo suficiente a los aspectos sustantivos; olvidar poco a poco la razón de ser de ese procedimiento, que no es otro sino la aproximación de la vida política particular al ideal práctico del que el método democrático hace de mediador.⁸⁸

⁸⁶ Arteta, Aurelio, *op. cit.*, p. 332.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Ibidem*, p. 334.

El mayoritarismo entiende que la democracia sólo sirve para zanjar, no a base de discernir su mejor fundamento sino mediante el puro cálculo aritmético de sus apoyos, cuál de estos intereses recibe el consentimiento de la mayoría. Todo acaba con la sentencia de que algo ha sido aprobado o alguien ha sido elegido por mayoría, y no hay más que hablar. Lo cuantitativo prevalece sobre lo cualitativo.⁸⁹

Esta tesis del mayoritarismo o premisa mayoritaria, como la analiza Ronald Dworkin tiene su origen en la justificación de los resultados de las decisiones política. Para él esta tesis se caracteriza por lo siguiente:

Insiste en que los procedimientos políticos deberían ser diseñados para que, por lo menos en las cuestiones importantes, la decisión alcanzada sea la que favorece a una mayoría o una pluralidad de ciudadanos, o que hubiera favorecido la mayoría si se hubiera tenido esa información adecuada y el tiempo suficiente para reflexionar. Ese objetivo suena razonable, y muchas personas, tal vez sin demasiada reflexión, han considerado que provee la esencia de la democracia. Ellas creen que los complejos arreglos políticos que constituyen el proceso democrático deberían dirigirse a y ser puestos a prueba por este ideal: que las leyes que dicta el complejo proceso democrático y las políticas que persiguen deberían ser aquellas que, finalmente, la mayoría de los ciudadanos aprobaría.⁹⁰

Sin embargo, bajo esta regla mayoritaria se deja vulnerable a la mano de las mayorías legislativas el carácter de fondo de una democracia, en el cual se encuentran los derechos humanos que contiene, los derechos civiles y políticos, económicos sociales y culturales, y aquellos que se le consideran de intereses difusos. De esta manera también las reglas que regulan la existencia de una democracia como lo son el procedimiento de votación o la toma de decisiones pueden ser vulnerados a capricho de esta mayoría.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 335.

⁹⁰Dworkin, Ronald, "La lectura moral y la premisa mayoritarista", en, Harold Hougju Koh y Ronald C. Slye, (comp.), *Democracia deliberativa y Derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004., p.116.

Por lo tanto, la legitimidad democrática no procede sólo de su carácter procedimental; o sea, no descansa únicamente en la voluntad mayoritaria. Un demócrata sensato comprenderá que los meros procedimientos tales como la regla de la mayoría no pueden justificar resultados a todas luces injustos.⁹¹

El origen de la mayoría tiránica, considerada por algunos autores, proviene de este mayoritarismo, pues esta manera errónea de entender la democracia actúa mediante la premisa de poder sin límite, lo que desemboca en una forma de gobierno totalmente diferente a la democracia.

La voluntad de la mayoría sirve a muchos de evacuación de su impotencia o pereza: o bien porque carecen de razones contra las ajenas o porque les llevaría demasiado esfuerzo probar la superioridad de las propias. Como quiera que sea, de nada valen las razones como no las respalden los votos suficientes, sea la calidad de esos votos la que fuere y se obtengan como se obtengan (principio mayoritario o proporcional, dimensión de los distritos electorales, financiación privada de los candidatos, etc.).⁹²

Por lo que la importancia debido a la finalidad de los votos también ha sido severamente atacado puesto que, algunas veces la herramienta se utiliza solo para evitar el debate con argumentos sólidos lo demuestra ser un catalizador de malos acuerdos, sin debate ni argumentación, con lo cual afecta al fondo de la democracia, ya que la parte sustancial incorpora el coto vedado a razón de su inviolabilidad de derechos humanos y la calidad del consenso, se corre el riesgo al apostar por el mayoritarismo que la toma de decisiones desemboque en una tiranía, por lo que la regla mayoritaria es importante en una democracia pero no lo es todo.⁹³

Una tesis que viene a reforzar el problema del mayoritarismo es la de Roberto Gargarella que considera que también

existen razones normativas importantes para afirmar que la mayoría no puede decidir sobre todo (incluso si lo que ha antecedido a la decisión ha sido una

⁹¹ Arteta, Aurelio, *op. cit.*, p. 339.

⁹² *Ibidem*, p. 334.

⁹³ De Lora, Pablo, *op. cit.*, p. 377.

deliberación modélica). Para el autor, han de excluirse las materias propias de lo que llamaríamos la «moral privada»; la propia persecución de planes de vida que cada individuo se plantee. Nadie más que el propio sujeto debe ser juez de sus propios intereses, siempre y cuando ello no suponga afectar con sus decisiones los planes de vida que también el resto de los individuos deciden liderar. La noción de daño, como criterio que nos permitiría determinar cuándo efectivamente se da tal intromisión impermisible.⁹⁴

Al analizar esta premisa mayoritarista con motivo de la dificultad contramayoritaria podemos darnos cuenta de que efectivamente la idea de la “dificultad contramayoritaria” en la cual se critica el actuar del poder judicial en la democracia encuadra perfectamente con este mal entendido de la democracia, pues para Bickel el actuar no es en un primer momento de su argumentación contra democrático, es un actuar contra mayoritario, sin embargo él de este hecho desprende que es anti o contra democrático.

La tesis del mayoritarismo por lo tanto debe ser diferenciada necesariamente si se quiere realizar un estudio serio sobre las implicaciones que tiene la democracia como forma de gobierno, tomar en cuenta el aspecto meramente procedimental es relativizar a la democracia, determinar que el contenido es dependiendo la voluntad de quienes crean las leyes podría llevarnos a una forma de gobierno sin principios democráticos a pesar de que se determine como forma de gobierno a la democracia en su constitución.

⁹⁴ *Ibidem*, p.377.

II. DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL.

La necesidad de diferenciar el estudio entre democracia procedimental y sustancial es sólo con fines didácticos. Debemos de entender que la democracia es una sola y que para un buen funcionamiento estos conceptos son exhaustivos entre sí.

Ambas democracias son elementos constituyentes de la auténtica democracia o democracia real; son dos caras de una misma moneda. Se trata de dos aspectos distinguibles pero que no deben ser separables pues la sola ausencia de una de ellas da como resultado la presencia de un régimen que no puede ser nombrado democrático.⁹⁵

Explicar a la democracia desde su aspecto procedimental, así como su aspecto sustancial, es una de las formas más exhaustivas de analizar la democracia, partiendo de la idea de que esta división es la que por regla general los autores utilizan.

1. DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL O FORMAL.

La democracia de tipo procedimental se expresa fundamentalmente como un método político, es decir, una forma de arreglo institucional que sirve para la toma de decisiones en el gobierno.⁹⁶

Una visión radical respecto del método establece que:

La democracia no asegura la justicia de los resultados de las acciones de los gobiernos. Como método no garantiza la generación de órdenes justos, ella es incapaz de asegurar en

⁹⁵ Ulloa, Ana, op. cit., p. 192.

⁹⁶ Figueroa, Carlos y Moreno, Humberto "Los contratiempos de la democracia procedimental en México", *Papeles de Trabajo*, Argentina, núm. 15, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Humanidades y Artes, Centro Interdisciplinario de Estudios Etnolingüísticos y Antropológicos Sociales, 2007. p 140.

los hechos el resultado justo de las políticas públicas y es mucho menos capaz de declararse responsable del desempeño eficaz de los gobiernos.⁹⁷

Sin embargo, como lo hemos planteado, la democracia es una sola que se ha dividido en dos partes para comprenderse mejor, no existe una confrontación entre democracia procedimental y democracia sustancial debido a que forman parte esencial de la democracia ambas, lo que sí es posible encontrar es conflicto entre democracia y mayoritarismo, que como explicamos anteriormente éste tiene poco o nada que ver con la democracia.

Para que exista una parte procedimental fuerte y que ésta sea democrática el procedimiento debe de entenderse como punto de partida, nunca un punto de llegada. No se puede renunciar, por tanto, a las aspiraciones de igualdad social ni a las prácticas participativas, lo que no implica incluir una noción sustantiva del bien común.⁹⁸

Algunas características para el buen funcionamiento de la democracia y que son importantes para su formalidad, es la manera en la que se toman decisiones. Es decir, en la democracia prevalece la regla de mayoría que se ve reflejada a través del voto cuando se eligen a los miembros de los órganos por medio del ejercicio del sufragio o cuando se realizan las votaciones durante el procedimiento de creación de leyes en el congreso.

De la formalidad de la democracia, podemos desprender ciertas características que son necesarias para exista una dinámica adecuada dentro de lo que se considera un gobierno democrático, como lo son, una participación efectiva, que se refiere a que todos los miembros deben de tener oportunidades iguales y efectivas para hacer de sus puntos de vista sobre cómo haya de ser la política sean conocidos por

⁹⁷Quiroga, Hugo, “¿Democracia procedimental o democracia sustantiva?”, *Revista de ciencias sociales*, Venezuela, Universidad del Zulia, Vol. 6, N^o. 3, 2000, p. 364.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 366.

todos los miembros⁹⁹, igualdad de voto, referida a cuando llegue el momento en el que sea adoptada la decisión sobre la política(...) todos los votos deben contarse como iguales,¹⁰⁰ comprensión ilustrada, pretendiendo a que dentro del límite razonable en lo relativo al tiempo, todo miembro debe tener oportunidades iguales y efectivas para instruirse sobre las políticas alternativas y sus consecuencias posibles¹⁰¹, control de la agenda, los miembros deben tener la oportunidad exclusiva de decir cómo y, si así lo eligen, qué asuntos deben ser incorporados a la agenda.¹⁰²

No estoy tratando de decir que sean éstas las únicas características procedimentales dentro de la democracia, sino que de éstas podemos, interpretando axiológicamente el fondo, destacar algunos derechos básicos que encubren como lo son los derechos de igualdad, sufragio y libertad. Del mismo modo como es intuitivo pensarlo, estos derechos tienen una concepción previa y un respeto por parte de la democracia para que esta forma de gobierno pueda ser considerada como tal.

No se afirma tampoco que debido a que estos derechos son resguardados solo en una democracia, estos pueden ser resguardados en otra forma de gobierno, sin embargo, la riqueza de la democracia es que en ella podemos encontrar un catálogo de derechos específicos que sólo son respetados dentro de ella, como el acceso a la información, aunque este aspecto corresponde la parte fundamental o sustancial de la democracia.

Respecto de la democracia procedimental podemos anotar que el procedimiento de creación de leyes es un requisito indispensable para que exista un gobierno democrático, sobre todo atendiendo a quien crea la ley. En una democracia por regla general esta decisión es sometida a la consideración del pueblo en caso de ser una democracia directa o, a sus representantes en caso de ser representativa,

⁹⁹ Dahl, Robert, "La democracia" Una guía para los ciudadanos, Santillana, primera edición, México, 2006, p. 47.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.48.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Idem*.

lo importante es que de estas leyes emanan los límites que deben existir y los mecanismos de cómo hacer válidos ciertos derechos y el cumplimiento de obligaciones, sin entrar en detalle de cuáles son los requisitos de una ley o una técnica legislativa, ésta es una expresión de la democracia, aunque de fondo no es solo el procedimiento el que importa, pues reitero, caeríamos irremediamente en un mayoritarismo, para la creación de leyes existen cuestiones de fondo como lo son la calidad del consenso, los argumentos para la creación de una ley, así como protección de los requisitos básicos como el de la manera en que se debe de llevar a cabo el debate.

Parte de la democracia procedimental es el registro de los partidos políticos y las votaciones para elegir a los representantes. Estos procedimientos dependen de sus regulaciones, la regla general para que exista una democracia es que el pueblo de manera directa o indirecta tome parte de las decisiones fundamentales, pero no de cualquier manera sino progresiva, buscando el bienestar común de quienes se encuentran bajo en régimen.

Debemos tener en cuenta en lo concerniente a la parte procedimental la importancia sobre la toma de decisiones en democracia puesto que ésta debe de ser, siguiendo la regla fundamental de la mayoría¹⁰³ y entendiendo que la ley es la expresión de la voluntad general emitida por sus representantes.

¹⁰³ Bobbio, Norberto, "El futuro de la democracia", Fondo de cultura económica, México, tercera edición, 2001, p.24.

2. DEMOCRACIA SUSTANCIAL.

Las cuestiones que conforman el contenido de fondo o sustancial en la democracia por regla general son las que tiene que ver con los derechos humanos, la laicidad¹⁰⁴ y la calidad del consenso. Como lo mencioné anteriormente, los derechos humanos pueden ser respetados en cualquier régimen de gobierno no necesariamente en una democracia, sin embargo, para que exista en este caso una democracia estos derechos deben ser garantizados, el “coto vedado” no puede quedar en función del parlamento por razones conceptuales ya que, estos derechos humanos inviolables son justamente los que trazan el límite de lo moralmente aceptable en la deliberación y en la toma de decisiones democráticas.¹⁰⁵ Solo con su protección se garantizará el ejercicio democrático eficiente y sin errores que puedan convertir el procedimiento en una forma totalmente contraria a la democracia.

El procedimiento mayoritario tiene que cumplir las condiciones que permitan la suficiente libertad e igualdad por parte de los ciudadanos. Universalidad del sufragio, información pública suficiente, libertad de asociación y de expresión, igualdad de impacto del voto ciudadano, igualdad de oportunidades para electores y elegibles, libertad de voto, etc., son algunos requisitos sustanciales indiscutibles del ejercicio legítimo de la regla de mayoría.¹⁰⁶

Para un análisis más detallado realizaremos un estudio de las tres principales características que conforman a la democracia sustancial.

i. DERECHOS HUMANOS.

Un aspecto fundamental de la democracia sustancial es el que tiene que ver con los derechos humanos, en la actualidad es abierto el debate de cómo es la manera

¹⁰⁴ Salazar, Pedro, “Laicidad y democracia constitucional”, *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 24, ITAM, 2006, p. 37, “la democracia moderna sólo es posible si se construye sobre los cimientos de la laicidad estatal.”

¹⁰⁵ Cfr, Garzón, Ernesto, “El papel del Poder Judicial en la transición a la Democracia”, *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 18, ITAM, 2003, p. 34.

¹⁰⁶ Arteta, Aurelio, *op. cit.*, p. 341.

correcta en la que se debería llamar a estos derechos, es decir si entenderlos como “derechos fundamentales” como lo hace la corriente iuspositivista o “derechos humanos” desde la perspectiva del iusnaturalismo, ambas corrientes son las predominantes del pensamiento jurídico en la actualidad y aunque existen más derivadas éstas son las que se suscriben por la mayoría de los autores.

Para el buen funcionamiento de una democracia es necesario que los derechos humanos sean protegidos y cuenten con instrumentos para hacerlos efectivos tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales.

La clave fundamental para entender por qué es importante la protección de estos derechos se ve relacionada con la idea de titularidad universal, ya que, si bien estos derechos pueden tener diferentes características dependiendo del lugar y el momento esto no debe atacar la progresividad de los derechos, los derechos por lo tanto, deben ser respetados sin importar en la comunidad que se encuentre el individuo, pues para el desarrollo del ser humano éstos son fundamentales, el no hacerlo significaría atentar contra la naturaleza misma del ser humano y caer en la hipótesis de un Estado fallido.

La importancia de la protección de los derechos humanos en el régimen democrático funciona como un catalizador en contra de la desigualdad, y como vimos en lo correspondiente a la parte procedimental de la democracia, lo que protegen de fondo los procedimientos son la igualdad de todos los que forman parte de la colectividad y de la toma las decisiones.

Como se ha planteado, es imposible hablar de derechos humanos sin considerar la interrelación que existe en ellos. Esta cuestión surge necesariamente de su naturaleza ya que el proteger algunos derechos básicos, en el aspecto que solo requieren un no hacer del Estado, da lugar a que se creen mecanismos para proteger derechos humanos más complejos en los cuales requiere crear instituciones para su ejercicio.

Desde la perspectiva del derecho natural o realismo jurídico clásico, para poder explicar la interrelación, los derechos humanos existen en tres niveles de la

naturaleza humana, la naturaleza humana vegetativa, sensitiva y racional. Dependiendo del nivel de naturaleza humana podemos derivar cierto tipo de derechos necesarios para que la democracia pueda funcionar.

La naturaleza humana vegetativa, es aquella que encuentran los apetitos naturales del ser humano en la que el bien que se protege es hedonista. A nivel vegetativo y al lado de la vida, la integridad física y también moral del hombre encontramos las inclinaciones para conservarlas, como la alimentación y la nutrición, (...) Se considera aquí que el hombre, por la naturaleza que posee está inclinado a conservar su vida y prolongar ésta.¹⁰⁷

De esta naturaleza podemos desprender ciertos derechos humanos que por su necesidad y experimentación humana se tienen que reconocer pues el hecho de experimentarlos determina la importancia de ellos. Éstos marcan la base de derechos más complejos, por ejemplo, la necesidad o la inclinación humana a la protección de la vida requiere de alimentación, protección de la salud y la protección de la vida misma entre otros.

A esta naturaleza humana le sigue la naturaleza humana sensitiva o sensorial, que implica el apetito sensible que se conoce como sensualidad y se divide en concupiscible e irascible. El primero busca lo conveniente y evita lo nocivo; el segundo incita a defenderse contra las adversidades¹⁰⁸

De esta naturaleza humana surge la comunidad, un paso delante de la naturaleza vegetativa que considera al ser humano en lo individual.

En la naturaleza humana sensible surgen los derechos cuando el ser humano tiene relación con otros, algunos de los derechos que se pueden identificar por medio de este nivel de la naturaleza humana son aquellos radicados en los sentidos, externos e internos. Por mencionar sólo algunos estaría el derecho que tiene todo ser humano a la felicidad, o el de la afectividad o amor; la experiencia estética o

¹⁰⁷ Saldaña, Javier, "Derecho natural, tradición, falacia naturalista y derechos humanos", UNAM, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 123.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.125.

literaria,¹⁰⁹ de esta naturaleza humana, podemos comenzar a encontrar algunos derechos de igualdad, sobre todo para la toma de decisiones, como ya en este nivel hablamos del ser humano desarrollándose en una comunidad de entre los derechos que tiene éste se encuentra el de tomar decisiones dentro del grupo, esta toma de decisiones tiene que ver con la distribución de las tareas ya que solo de esta manera se puede desarrollar la comunidad y proteger la existencia para convertirse en algo más complejo como lo es el Estado.

El siguiente nivel de la naturaleza humana es el racional, igual al nivel anterior, encontramos un aspecto cognoscitivo y otro apetitivo. En el primero se ejerce el intelecto y la razón, ambos conocimientos, uno simple y unitario y el otro compuesto y sucesivo.¹¹⁰ En el segundo aspecto se encuentra la voluntad, que supera el apetito natural o sensible y se constituye como racional y libre; tiende al bien común -no solo al particular-, tanto general como específico.¹¹¹

De este nivel se desprende la necesidad de crear instituciones más complejas a la simple comunidad. La naturaleza humana racional propicia que el ser humano pueda desarrollar el Estado, el conjunto de instituciones que determinan la manera de tomar decisiones y la forma de que buscar el bien común, es tal vez de este nivel y una vez alcanzado este punto cuando surgen los derechos que son intrínsecos a la democracia, por ser aquella forma de gobierno adoptada de manera racional.

Los derechos particularísimos radicados en la naturaleza humana racional son perfectamente identificados. Así, el hombre, por su propia naturaleza, está esencialmente inclinado a la búsqueda de la verdad. La búsqueda se traducirá en describir, explicar, comprender y juzgar las cosas correctamente. (..) Jonh Finnis identificarla como una forma básica del bien humano: “el conocimiento”¹¹² del cual podemos desprender derechos como el de la educación y la libertad, a su vez las modalidades en que deben de protegerse.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 126.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² *Ibidem*, p. 127.

Estando constituido el hombre por inteligencia y voluntad, y siguiendo esta última la primera, se entra en el terreno de la libertad.¹¹³ Las modalidades de esta libertad en el ámbito de lo jurídico son expresiones como la de tránsito, de acción, de participación, de elección.¹¹⁴

Otro aspecto fundamental que se encuentra en este nivel de la naturaleza humana es el que tiene que ver con la búsqueda de la verdad de dios y el resto de las otras cosas, (...) que el hombre satisface cuando observa su natural inclinación a vivir en sociedad y a participar en la organización de ésta, guardando la armonía y la buena marcha de la misma.¹¹⁵

De acuerdo con esta naturaleza humana podemos desprender derechos que ya para la democracia forman parte de la estructura esencial para un buen desarrollo como lo son los derechos de participación política, como el de votar y ser votado, los que hacen participar en la organización de *la polis*.¹¹⁶

En la teoría basada en los niveles de la naturaleza humana es fácil comprender por qué la importancia de la protección a estos derechos pues como se observa, la relación existe de entre ellos es necesaria, no es posible hablar de protección de los derechos políticos sin que anterior a ellos exista una protección a los derechos de libertad e igualdad, de pasar lo contrario se estaría frente a una contradicción inminente a la naturaleza del ser humano.

Las modalidades de los derechos de igualdad y libertad son intrínsecas a una democracia, es lo que permite que se desarrolle. Por eso es que no pueden ser tocados o víctima del deseo de la mayoría, pues desde el realismo jurídico clásico los derechos humanos son inalienables y no negociables, lo que los órganos y herramientas políticas pretenden en muchos casos para llegar a un consenso es la negociación.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Idem.*

De esta forma los derechos humanos comparten y son parte de la democracia de fondo o sustancial, la cual pretende dejar el campo libre de imperfecciones para el buen desarrollo del gobierno democrático.

Algo interesante que se desprende del aspecto sustancial y de la naturaleza racional del ser humano es la libertad para la búsqueda de dios, este derecho o de libertad religiosa es importante para el perfeccionamiento del ser humano, por lo tanto, es debido a su importancia que resulta necesario que exista un respeto y esto solo se alcanza mediante la laicidad.

ii. LAICIDAD.

Aunque a la laicidad no se le considera un derecho humano como tal, es necesario entender que para el buen desarrollo de la democracia es un aspecto fundamental el respeto a las religiones y las convicciones éticas, debido a la importancia que tiene para el ser humano buscar la verdad. La forma de gobierno democrática busca la igualdad de ideas, por tanto, no puede imponer convicciones, ni siquiera puede mostrarse con un relativismo a ellas, el hecho de proteger de manera uniforme los derechos humanos hace que la democracia actual (democracia constitucional) actúe de tal manera que busque poner un fin a este relativismo que solo se observa cuando se confunde a la democracia con el mayoritarismo.

La laicidad al igual que la democracia es algunas veces confundida por una mala interpretación llamada "laicismo", un verdadero estado demócrata protege la tolerancia y no ataca las ideas religiosas, por lo que debe de entenderse que la laicidad en el plano de la discusión democrática significa que en la esfera pública se admiten todo tipo de argumentos o posiciones en pie de igualdad, sin que ninguno parezca primado o postergado en función de su procedencia¹¹⁷. Esto es una verdadera laicidad, no aquella que considera la separación entre el Estado y lo religioso de una manera drástica y que pretende imponer ideas como en la que 1)

¹¹⁷ Ollero, Andrés, "Laicidad y laicismo", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 101.

el ámbito civil es absolutamente ajeno a lo religioso,¹¹⁸ en donde 2) se consideran ilegítimas cualquier otro tipo de influencias, que serán rechazadas como intrusos poderes fácticos pues 3) la religión se ve identificada con la jerarquía eclesiástica, sospechosa siempre de pretender recuperar poderes perdidos en el ámbito público.¹¹⁹

Una verdadera democracia entonces, no confunde la laicidad con el laicismo, la laicidad que se propone es aquella que conlleva a una tolerancia y no a una neutralidad del debate, pues la neutralidad algunas veces es mal entendida y se convierte en un argumento legitimador para descartar propuestas en un plano de igualdad debido a que en el fondo ataca a lo religioso, la laicidad en cambio promueve el dialogo, ve a todos por igual y son parte esencial del debate las creencias de la gente porque estas provienen de su naturaleza por buscar la verdad.

El respeto es necesario para que funcione la laicidad y es por ello por lo que la laicidad debe tener límites pues no puede ir alguna creencia por encima de lo innegociable como lo son los derechos humanos, sus límites son las leyes penales pues estas protegen lo que en una sociedad se considera valioso, en el fondo los bienes que se consideran preciados son aquellos a los cuales la inclusión de lo religioso en lo público no puede sobre pasar.

iii. CALIDAD DEL CONSENSO.

Otro aspecto fundamental que se encuentra en la democracia sustancial es el de la calidad del consenso, entendiéndolo como la deliberación y decisión que es tomada por los órganos mayoritarios.

La calidad del consenso se refiere principalmente al nivel de racionalidad que debe tener el debate, es decir sobre lo que se discute no puede ser cualquier cosa, debe fomentar la participación, debe ser un consenso universal producto del diálogo, la

¹¹⁸ *Ibidem*, p.115.

¹¹⁹ *Ibidem*, p.116.

reflexión y el compromiso¹²⁰ algo que muchas veces se reprocha del consenso es que éste debe tener ménenos negociación y más razones.

Una dificultad que surge en las democracias y que algunos han considerado problema es el recurso a la votación dentro de los órganos mayoritarios, pues ésta algunas veces ataca la deliberación y el compromiso debido a que la votación se asemeja al reconocimiento del fracaso en la resolución de una cuestión, ya que muestra que una discusión basada en razones ha fracasado en la resolución de una cuestión.¹²¹ La votación muchas veces es utilizada como argumento legitimador de una propuesta sin discusión sólo por aprobación de la mayoría.

Aunque a pesar de la interpretación que considera al recurso de la votación como el fracaso, esta votación es esencial en una democracia porque:

- 1) las personas tienen desacuerdos razonables durante y después de deliberar sobre cuestiones políticas
- 2) los desacuerdos razonables de las personas deben ser respetados, y
- 3) una forma de respetar estos desacuerdos, y de respetar a las personas como iguales políticamente, consiste en tener en cuenta sus opiniones en la votación final.¹²²

Por lo que la votación es importante y un instrumento democrático con fuerza cuando es utilizado de esta manera, aunque muchas veces lo que sucede en los órganos mayoritarios es que la votación elimina la discusión, para que esto no suceda el voto debe ser considerado la culminación natural de la deliberación¹²³

¹²⁰ Ulloa, Ana, *op. cit.*, p. 193.

¹²¹ Waldron, Jeremy, "Deliberación, desacuerdo y votación" en Harold Hougju Koh y Ronald C. Slye, (comp.), *Democracia deliberativa y Derechos Humanos*, España, Gedisa, Barcelona, 2004., p.251

¹²² Gutmann, Amy, "Democracia deliberativa y regla de la mayoría una réplica a Waldron", en Harold Hougju Koh y Ronald C. Slye (comp.), *Democracia deliberativa y Derechos Humanos*, España, Gedisa, Barcelona, 2004., p.270

¹²³ Waldron, Jeremy, "Deliberación, desacuerdo y votación...", *cit.*, p.251.

En cuanto a la calidad del consenso éste siempre debe apostar para buscar una protección amplia de derechos que resulte progresiva, solo de esta manera, una democracia puede considerar su actuar completamente democrático, no solo apastando por decisiones aceptadas de manera mayoritaria.

III. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.

El control judicial de la constitucionalidad del poder político es un conjunto de procedimientos por medio de los cuales el poder judicial trata de analizar y reparar los daños causados por las acciones que los órganos mayoritarios realizan a través de sus decisiones, cuando éstas van en contra de lo establecido en la constitución.

Se le llama control judicial específicamente, porque de acuerdo con lo que venimos analizando sobre la dificultad contramayoritaria, la crítica versa principalmente en la legitimidad de los jueces que realizan esta actividad. Aunque es posible hablar de un control de constitucionalidad de carácter político en donde el controlador directa o indirectamente es el poder legislativo y/o ejecutivo,¹²⁴ para el estudio de la crítica conviene analizar el carácter judicial de este control, ya que el control político, no recibe de la misma manera la crítica, aunque la esencia del control de la constitucionalidad es la misma, porque en cada uno de ellos lo que se trata de hacer es controlar al poder con más poder, manteniéndolo dentro de un parámetro o de una medida representada por la constitución, con base en la cual se emite una decisión sobre su “constitucionalidad”, o sobre su “inconstitucionalidad”¹²⁵

En un Estado democrático de derecho, el control de la constitucionalidad es una institución innegociable debido al lugar que ocupa la constitución dentro del ordenamiento jurídico por su contenido axiológico y moral, los cuales marcan de entre otras cosas el límite del actuar a los poderes públicos con el pueblo.

La finalidad principal del control de la constitucionalidad consiste en dejar sin efecto las decisiones que toman los detentadores formales del poder cuando éstas son anticonstitucionales,¹²⁶ ya sea realizando silogismos para el estudio de la ley o,

¹²⁴ Uribe, Enrique, *Problemas actuales de los tribunales constitucionales y el control de convencionalidad*, Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, primera edición, México, 2012, p.23.

¹²⁵ Covián, Miguel, *Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad*, centro de estudios de ingeniería política y constitucional A.C., Primera edición, México, 2013, p.8.

¹²⁶ *Idem*, p. 10.

mediante la interpretación del texto constitucional, ya que muchas veces la textura abierta, la ambigüedad y la vaguedad en el lenguaje normativo genera problemas para la aplicación. De aquí surge la crítica de que el pueblo pierde el control de la legislatura pues “los jueces ‘incorporan’ al texto soluciones normativas que no estaban –al menos, explícitamente– incorporadas en el mismo.”¹²⁷

Cuando se considera que no existe correspondencia entre las decisiones de los detentadores formales del poder y la constitución¹²⁸ y se declara esta falta de correspondencia por medio de los mecanismos adecuados a través del poder judicial, quien en este caso es el encargado del control de la constitucionalidad, podemos llamar a este hecho declaración de anticonstitucionalidad, sin embargo cuando el actuar de los detentadores del poder político, no encuentra fundamento en la constitución se le llama inconstitucionalidad.

Existen en dos tipos de control de la constitucionalidad, el control al que se llama difuso y el concentrado, ambos son realizados por el poder judicial, sin embargo, la labor de quienes realizan el estudio de la constitucionalidad varía en cada uno. Por un lado, un tribunal constitucional o una corte constitucional es competente de manera excluyente para controlar la constitucionalidad del poder político conforme al modelo “concentrado” de control,¹²⁹ por otro lado el control difuso faculta a varios tribunales para realizar el control de la constitucionalidad.

Existen de acuerdo con Nino, principalmente tres modalidades del control judicial de constitucionalidad.

¹²⁷ Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes...”, cit., p.60.

¹²⁸ Covián, Miguel, ob cit, p.29.

¹²⁹ *Idem*, p. 48

El sistema jurídico británico. En este sistema jurídico de control de constitucionalidad el parlamento es el encargado de tomar las decisiones, es quien tiene la última palabra aún en materia de derechos individuales.¹³⁰

A) Sistema continental-europeo: Este tipo de sistema de control de la constitucionalidad es de tipo concentrado, es decir la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de las normas está monopolizada por un solo órgano.¹³¹

El control judicial en Alemania ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por ejemplo, “puede declarar una anulación total o parcial de la ley, condicionar la ley a una cierta interpretación, así como realizar una declaración de inconstitucionalidad sin anulación, y la anulación diferida”¹³²

En Italia, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana “tiene por competencia los conflictos entre los diferentes poderes del estado, el juicio político, el control preventivo de la constitucionalidad de leyes, así como el control de la constitucionalidad en concreto.”¹³³

En España, el Tribunal Constitucional español quien “resuelve los conflictos de poderes y las cuestiones entre el Estado central y las comunidades autónomas; hace un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes a pedido del gobierno, así como realiza un control concreto por reenvío de los jueces”¹³⁴

¹³⁰ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Primera edición, Buenos Aires, 2015, p. 659.

¹³¹ *Idem*, p. 661.

¹³² Cfr. *Ibidem*.

¹³³ Cfr. *Idem*, p. 662

¹³⁴ Cfr. *Idem*, p. 662-663.

B) Sistema norteamericano, que, sin más preámbulo, es el que tiene su origen en la defensa de la constitucionalidad presentada en el caso de Marbury vs. Madison de 1803, el cual se caracteriza por ser un control difuso -o sea puede ser ejercido por cualquier juez federal o local-, ser a posteriori, en casos concretos y por tener carácter vinculante a través de la regla *stare decisis*¹³⁵

De manera general eso implica el control de la constitucionalidad, el efecto de la sentencia depende del mecanismo que se utilice y su alcance, existen mecanismos que sólo tienen efecto de protección para quien lo promueve, así como generales, que pueden implicar un reenvío de la ley al parlamento como el caso de Canadá o la nulidad de la ley.

Un aspecto fundamental que actualmente, o por lo menos en el caso mexicano es importante debido a la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, es el que tiene que ver con el control de convencionalidad.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio

¹³⁵*Ibidem*. La regla *stare decisis*, es por medio de la cual la resolución que se emita por un tribunal a través de la sentencia crea precedente para los casos que versen sobre el mismo objeto.

Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Contradicción de tesis 259/2011. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados, ambos del Trigésimo Circuito. 30 de noviembre de 2011. Mayoría de tres votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro. Tesis de jurisprudencia 18/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dieciocho de enero de dos mil doce. Nota: Por ejecutoria del 15 de enero de 2014, la Segunda Sala declaró sin materia la contradicción de tesis 263/2013 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al existir la jurisprudencia P./J. 22/2014 (10a.) que resuelve el mismo problema jurídico.¹³⁶

El control de convencionalidad implica confrontar los actos y las situaciones generados en el ámbito nacional con los tratados internacionales de los que un Estado es parte. En ese sentido, este tipo de control tiene que ver con el análisis de

¹³⁶ 1a./J. 18/2012 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XV, Diciembre de 2012, Pág. 420.

los actos –lato sensu– en relación con las normas, principios y valores contenidos en y derivados de los tratados internacionales.¹³⁷

De un estudio sobre la naturaleza del control de convencionalidad, al encontrarse éste regulado por la constitución se desprende de ella su carácter intrínseco al control de la constitucional, por lo que resulta necesario este control en materia de derechos, ya que, como se estudió en el capítulo anterior, la protección a los derechos humanos propicia el buen funcionamiento de la democracia.

¹³⁷ Brito, Rodrigo, “Control Jurisdiccional y protección de los derechos humanos” en Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, p.58

CAPÍTULO CUARTO

UNA DEFENSA DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El presente capítulo tiene la intención de mostrarse como una defensa al control judicial de la constitucionalidad. El tipo de control del que se habla en este capítulo es mediante el cual el poder judicial toma las decisiones de manera inmediata sobre los problemas planteados en los cuales se requiere una sentencia para resolver conforme a los principios procesales una situación por quienes se encargan de realizar el control de la constitucionalidad, a pesar de que puedan o no existir controles previos o posteriores, tal como la propuesta de un control de democraticidad,¹³⁸ en el cual se busca que sea un control directo mediante plebiscito o referéndum, en los que efectivamente pueda participar la ciudadanía de manera directa.

Antes de hablar sobre la posibilidad de un control democrático de la constitucionalidad o de democraticidad, resulta necesario -puesto que ya hemos analizado conceptos básicos y puntuales como lo son el de mayoría, minoría, control

¹³⁸ Arteta, Aurelio, *op. cit.*, p.352. “Mi propuesta es completar ese «control de constitucionalidad» por algo así como un control de democraticidad. Mientras aquél estriba en una revisión judicial y de naturaleza relativamente excepcional, éste instituiría un control ciudadano y más regular. Si el examen de los jueces (o de cualquier otro órgano que lo sustituyese) se ocupa de contrastar una norma pública con el texto constitucional, el examen de los ciudadanos sometería a escrutinio aquella norma (y la propia Constitución) conforme a los principios sustanciales y procedimentales de la democracia misma. En suma, la revisión posterior no tendría que excluir la posibilidad de una revisión anterior y más inmediata. Algunos han propuesto encomendarlo a «autoridades independientes» y también a «comisiones públicas», siempre de carácter colegiado, que pueden tomar la forma de foros abiertos, jurados o grupos de expertos, agencias ciudadanas de evaluación, etc., cuyos miembros ostentan un carácter inamovible y ejercen su función por tiempo limitado, que amplían la deliberación y contribuyen a una mejor decisión gubernamental”

de constitucionalidad y democracia, - atender a las diferentes críticas que se han planteado cuando se habla sobre dificultad contramayoritaria.

Estos conceptos básicos como se ha concluido anteriormente han dejado en claro la imposible separación entre democracia procedimental y democracia sustancial, atendiendo a que forman parte de una misma forma de gobierno y que para su perfección es necesario que estas actúen en conjunto, dándole un contenido al procedimiento, de lo contrario se estaría hablando no de una democracia si no de mayoritarismo, así mismo es necesario tomar en cuenta para el análisis de los argumentos en contra del control de la constitucional, aquellas características que no pueden separarse de la parte sustancial como son la igualdad que va de la mano de una laicidad, la protección de derechos humanos y la calidad del consenso.

I. CONTRA-ARGUMENTOS SOBRE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA.

Con fines didácticos los principales puntos sobre la crítica al control judicial de la constitucionalidad en el capítulo segundo se han dividido dependiendo el fondo de los argumentos. Es por eso que, siguiendo el orden antes mencionado, a continuación, se presentan los contra-argumentos que pretenden ir abordando cada una de las críticas de manera exhaustiva.

1. SOBRE LOS JUECES

El argumento sobre la legitimidad democrática de los jueces tiene su origen con Alexander Bickel. Es necesario mencionar que el argumento como hoy se presenta no atiende de manera literal a lo expuesto en su obra "*The least dangerous branch*" si no que, es una conclusión que se extrae mediante un procedimiento hermenéutico de la lectura de su texto,¹³⁹ quien de acuerdo con Rodolfo Vázquez establece, que

¹³⁹ Alexander Bickel, *op. cit.*, pp. 3-4, siguiendo la argumentación presentada por Marshall referida a quién debe ser el encargado de realizar el control de la constitucionalidad establece lo siguiente: "This is the real question. Marshall addressed himself to it only partially and slightly. To leave the decision with the legislature, he said, is to allow those whose power is supposed to be limited themselves to set the limits-an absurd invitation to consistent abuse. Perhaps so, but the Constitution does not limit the power of the legislature alone. It limits that of the courts as well, and it may be equally absurd, therefore, to allow courts to set the limits. It is, indeed, more absurd, because courts are not subject to electoral control. (It may be argued that to leave the matter to the legislature is to leave it ultimately to the people at the polls. In this view the people as the principal would set the limits of the power that they have delegated to their agent.)" (Esta es la verdadera pregunta. Marshall se dirigió a él solo parcialmente y ligeramente. Dejar la decisión con la legislatura, dijo, es permitir que aquellos cuyo poder se supone que se limite a sí mismos a establecer los límites, una invitación absurda a un abuso constante. Tal vez sea así, pero la Constitución no limita el poder de la legislatura solo. También limita el de los tribunales, y puede ser igualmente absurdo, por lo tanto, permitir que los tribunales establezcan los límites. Es, de hecho, más absurdo, porque los tribunales no están sujetos al control electoral. (Se puede

después de un largo proceso de creación de una ley por quienes han sido electos mediante sufragio se contraponen el juez constitucional quien, investido de poder para declarar la norma inconstitucional en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado mediante sufragio universal.¹⁴⁰

El argumento sin más detalle como es presentado, parece que la intención del emisor es causar al público un cierto tipo de emoción de repulsión a la credibilidad de los jueces constitucionales, ya que se está calificando el actuar tomando en cuenta la calidad de los sujetos, no el acto, la popularidad de esta crítica se debe al alcance emotivo del lenguaje con el que es presentada, no por la fuerza argumentativa del mismo. Determinar que la manera en la que actúen los jueces constitucionales es afectada directamente por la forma en la que son seleccionados, cae en un argumento falaz debido a que al resolver los problemas que son presentados ante éstos, los tribunales no determinan sus decisiones mediante negociaciones, ellos actúan de acuerdo con las facultades que le son asignadas de manera reglamentaria en leyes, cumpliendo formalidades esenciales para generar certidumbre en su decisión.

Éste primer argumento sobre la falta de legitimidad de los jueces debido a que ellos no son electos mediante sufragio parece caer en un argumento que en lógica se le denomina *falacia ad hominem*, en el que por la calidad del sujeto este no puede sostener una tesis.

Para presentar la falacia en el argumento sobre la elección de los jueces, hago uso del siguiente ejemplo:

- a. Los jueces declaran la inconstitucionalidad de leyes en contra de la democracia debido a que carecen de fundamento constitucional.

argumentar que dejar el asunto a la legislatura es dejarlo en última instancia a las personas en las urnas. En este punto de vista, las personas como el principal establecerían los límites del poder que han delegado en su agente.)

¹⁴⁰ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 253.

- b. Los jueces no son electos por sufragio universal, por lo tanto, no puede tomar decisiones democráticas.

Al analizar el ejemplo anterior sobre la falacia, podemos darnos cuenta de que la característica de que los jueces sean electos de una manera diferente a los representantes del pueblo no es argumento suficiente para descalificar la legitimidad de las sentencias que de ellos emanan, ni es argumento suficiente para determinar que es por esa razón que el actuar de los jueces constitucionales no es democrático, evidentemente sería necesario que el argumento en contra del control que realizan los jueces sea mediante el análisis de los actos que ellos emiten, solo de esa manera existe viabilidad de la crítica.

En torno a la legitimidad de los jueces constitucionales, aparece otro argumento que se presenta tomando en cuenta el carácter elitista del nacimiento del poder judicial, en el que desde la creación del modelo representativo éste

nace lo más alejado posible de la ciudadanía. (...) se entendió que la imparcialidad se aseguraba a través del aislamiento, y la (casi completa) falta de controles ciudadanos sobre el cuerpo judicial, descuidando la indeseable posibilidad (...) de tener un poder judicial animado a boicotear las iniciativas más importantes surgidas de la voluntad democrática.¹⁴¹

En la actualidad, el único de los países en realizar de una manera diferente la elección de quienes son titulares del poder judicial es Bolivia, en donde los miembros son electos a través de sufragio universal de acuerdo con el artículo 182 fracción I. de la Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia que a la letra establece

Artículo 182. I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.¹⁴²

¹⁴¹ Gargarella, Roberto, "Crisis de representación...", cit., p. 104.

¹⁴² Constitución de Bolivia, art. 182, consultado 10/04/2018 en <http://www.ftierra.org/index.php/component/attachments/download/9>

Sin embargo, los magistrados y magistradas no pueden pertenecer a organizaciones políticas de acuerdo con la fracción IV del mismo artículo, así como que para desempeñar el cargo es requisito poseer el título de abogado de acuerdo con la fracción VI.

Aunque es importante señalar que el Tribunal Supremo de Justicia no se encarga de realizar el control de la constitucionalidad, el control en Bolivia es realizado por el Tribunal Constitucional Plurinacional en donde el sistema de selección de los miembros es el siguiente:

El sistema electoral establece la candidatura unipersonal; toda persona que cumpla con los requisitos exigidos en la Constitución Política del Estado y la ley especial puede presentar su postulación ante la Asamblea Legislativa Plurinacional. Los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestos por organizaciones sociales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y de la sociedad civil en general. Sin embargo, para que un postulante pueda llegar a ser candidato se requiere que, con posterioridad a la verificación del cumplimiento o no de los requisitos por parte de una comisión, la Asamblea Legislativa Plurinacional lo preseleccione por voto de dos tercios de sus miembros presentes.¹⁴³

Una vez determinado si los candidatos cumplen con los requisitos de la ley, la selección de los magistrados es dividida en dos etapas, la preselección, en manos del Órgano Legislativo, y el procedimiento de votación, que se caracteriza principalmente por el voto universal.¹⁴⁴

El sistema aplicado para la conversión de votos es la simple mayoría. De acuerdo con este sistema, el candidato elegido es el que obtenga la mayor cantidad de votos. Los 7 candidatos más votados ocuparán las siete magistraturas titulares, y los siete

¹⁴³ Millán, Óscar, "El sistema electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional" en Revista Ciencia y Cultura, Nº 35, Universidad Católica Boliviana, Bolivia, 2015, pp. 121- 122.

¹⁴⁴ *Idem.*

siguientes, las magistraturas suplentes. El octavo más votado será el suplente del primero más votado y así sucesiva y respectivamente.¹⁴⁵

Pero a pesar de que exista un mecanismo diferente para la selección de aquellos que se encargaran del estudio de la constitucionalidad, esto no determina que sus sentencias van a ser acorde con la “voluntad general”. Para ello se requiere de una regulación específica en la que también existan sanciones en caso de que se inflige esta obligación.

Por lo tanto, conviene separar las funciones del poder judicial y la calidad de los sujetos, con la manera en la que éstos son elegidos. Como se intentó mostrar podemos darnos cuenta de que el argumento que los descalifica por no ser electos de manera directa no es un argumento fuerte, carece de veracidad.

Pensar también que, porque exista un procedimiento de selección de aquellos que realizan el control de la constitucionalidad mediante sufragio, apegado a las reglas formales de la democracia, y desprender de esto que las sentencias emitidas por éstos seleccionados son democráticas, solo porque la manera en la que ellos han sido elegidos es en términos procedimentales democrática y no por el contenido de la sentencia que emiten, evidentemente es un *argumentum ad veracudiam*.

No se puede realizar el examen sobre los argumentos del juez tomando en cuenta la calidad de los sujetos, la manera en la que son elegidos, ni siquiera por el carácter elitista, calificar la manera en la que ellos actúan carece de respaldo si es presentado de esta manera, evidentemente la popularidad de la crítica sobre la selección de los jueces no puede ser dejada a un lado cuando se habla de la dificultad contramayoritaria.

2. SOBRE EL FONDO DE LOS ASUNTOS QUE RESUELVE.

Se ha criticado al poder judicial cuando los asuntos que resuelve tienen un trasfondo político y la resolución de éstos cae fuera de criterios legales establecidos en

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 123.

precedentes, estatutos y la Constitución.¹⁴⁶ Un ejemplo de ello, es la protección constitucional de los derechos humanos, sobre todo de aquellos que entran en la clasificación de económicos, sociales y culturales, ya que, su protección exige tomar medidas en las que se pretende disponer de recursos, crear instituciones, crear organismos, etcétera, tomar una serie de decisiones para las cuales no basta una mera orden, tal como puede ser una orden de abstenerse de hacer algo que requieren la mayoría de los casos de derechos individuales.¹⁴⁷

Es necesario delimitar el alcance de esta crítica, pues, no corresponde al carácter contramayoritario del poder judicial. De ser así las decisiones que se toman por lo general a favor de la protección de los derechos humanos afectan de manera positiva a la población en general, de hecho es una necesidad la protección de estos derechos debido a la progresividad de los mismos, más bien, esta crítica es como se ha considerado, “una versión más fuerte” en la que la objeción contramayoritaria impugna no solo la cuestión de la carencia de representatividad del órgano judicial sino la propia potestad para evaluar la constitucionalidad de las leyes por parte de cualquier órgano que no sea el legislativo.¹⁴⁸

Principalmente propongo que esta cuestión sea analizada de manera crítica, esto es debido a que los preceptos constitucionales no pueden ser solo ideales, necesitan mecanismos para su protección. A propósito, incorporo la crítica que establece que además de no ser aquellos jueces elegidos por medio de sufragio estos no pueden declarar la “voluntad general”, ya que partiendo de esa afirmación la constitucionalización de los derechos humanos, trae una nueva tarea al juez constitucional porque, si la “voluntad general” es lo que se encuentra ahí plasmado lo que debe hacer el juez es actuar y proteger la constitución aún y cuando la creación de instituciones implique recursos, pues recordemos que, una vez

¹⁴⁶ Dahl, Robert, “Decision-making in a Democracy...”, cit., p. 280. “What is critical is the extent to which a court can and does make policy decisions by going outside established “legal” criteria found in precedent, statute, and constitution.”

¹⁴⁷ Cfr. Nino, Carlos, “La filosofía del control judicial ...”, cit., p. 84.

¹⁴⁸ Orunesu, Claudina, *op. cit.*, p.41

sometida la controversia, ésta no puede ser resuelta de cualquier manera ni en cualquier momento, existen plazos que se deben cumplir y requisitos legales sobre fundamentación y motivación que debe contener la resolución, es cierto que la creación de instituciones es resultado de la negociación política, sin embargo, el poder judicial emitiendo una sentencia no crea algo que por su naturaleza es incompetente sino que enuncia la importancia de ella y de su creación.

El alcance del poder judicial al emitir una sentencia sobre estos derechos no puede ser solo descriptiva, como muchas veces lo realiza la constitución al establecer estos derechos, más bien debe buscar influir de alguna manera en la agenda de los asuntos de interés público de los órganos mayoritarios.

Resolver cuestiones con este trasfondo político no pretende de alguna manera evitar la discusión en los órganos mayoritarios, sino más bien, lo que pretende es hacer que los órganos mayoritarios trabajen en aquellas cuestiones de interés general que le son presentadas al poder judicial en controversias y que por su naturaleza no puede resolver exhaustivamente.

Crear las instituciones adecuadas para la protección de estos derechos corresponde a los órganos mayoritarios, aunque la importancia de la sentencia no es menor, el apoyo de los órganos mayoritarios es necesario para solucionar este tipo de conflictos.

En la resolución de estos asuntos no solamente se debe tomar en cuenta la cuestión de pesos y contrapesos de los poderes como muchos lo establecen, sino una relación de colaboración de poderes en cuestiones de garantizar un desarrollo pleno de los derechos, que en un primer momento son establecidos por la mayoría en la constitución.

Abordar de esta manera el problema de los asuntos políticos en el poder judicial pretende desmitificar el poder de legislar y tomar decisiones políticas por éste.

Además debemos tener en cuenta que las decisiones políticas son de aquellos órganos creados para ello, cuando el poder judicial resuelve asuntos en los que se toman ese tipo de decisiones, los órganos mayoritarios no pierden legitimidad para

tratar en su momento de discutir la manera de solucionarlo, es evidente que la afirmación de Alexander Bickel “Judicial review, however, is the power to apply and construe the Constitution, in matters of the greatest moment against the wishes of a legislative majority, which is, in turn powerless to affect the judicial decision.”¹⁴⁹ No puede formar un argumento sólido por que la decisión judicial puede verse afectada a través de una reforma constitucional si es que, la mayoría así lo desea.

La solución establecida por la decisión del poder judicial puede funcionar de manera temporal, pues muchas veces las circunstancias financieras no permiten la utilización de recursos de manera inmediata, por lo que, corresponde resolverla a los órganos mayoritarios.

Conviene recordar que mientras no exista un órgano encargado específicamente para dirimir este tipo de controversias, no puede rechazarse que los jueces asuman esa potestad ya que ella no constituye sino el inevitable ejercicio de la función jurisdiccional sólo que aplicada a las normas de superior jerarquía.¹⁵⁰

3. SOBRE LA INTERPRETACIÓN

El problema de la interpretación es enunciado por Alexander Bickel cuando realiza el estudio de la sentencia emitida por Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, en la parte que se le determina el control constitucional al poder judicial.

The case can be constructed where the conflict between a statute and the Constitution is self-evident in accordance with Marshall's general assumption. Even so, Marshall offers no real reason that the Court should have the power to nullify the

¹⁴⁹ Bickel, Alexander, *op. cit.* p. 20. La revisión judicial, sin embargo, es el poder de aplicar y construir la Constitución, en asuntos del momento más grande contra los deseos de una mayoría legislativa, que es, a su vez, impotente para afectar la decisión judicial.

¹⁵⁰ Orunesu, Claudina, *op. cit.*, p. 40.

statute. The function in such a case could as well be confided to the President, or ultimately to the electorate.¹⁵¹

Al considerar que la revisión judicial no tiene un respaldo en la constitución, de este modo también comenta “I have tried to show that the purpose around which Marshall organized his argument does not necessarily emerge from the text.”¹⁵² Evidentemente lo que hace Alexander Bickel es quejarse de la interpretación que le dio el juez Marshall al precepto constitucional.

La reformulación de esta importante crítica ha sido retomada por Roberto Gargarella, quien lo explica de la siguiente manera:

En algunos casos, los jueces “incorporan” al texto soluciones normativas que no estaban –al menos, explícitamente– incorporadas en el mismo, los jueces “simplemente” nos señalan lo que no habíamos visto, esto es, la voluntad de quienes redactaron la Constitución. Esa voluntad no estaba explicitada en el texto, y los jueces, entonces, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: la de reemplazar a los legisladores –a la voluntad ciudadana, en general– en la resolución de cuestiones fundamentales.¹⁵³

Hay que dejar en claro que el problema de la interpretación es un aspecto de necesidad ante los problemas evidentes que tiene la técnica legislativa ocupada en los órganos mayoritarios, la vaguedad, ambigüedad y textura abierta de la norma provocan muchas veces la necesidad de interpretar el texto.

¹⁵¹ Bickel, Alexander, *op. cit.*, p. 4. El caso se puede construir donde el conflicto entre un estatuto y la Constitución es evidente por sí mismo de acuerdo con la suposición general de Marshall. Aun así, Marshall no ofrece ninguna razón real para que la Corte tenga el poder de anular el estatuto. La función en tal caso también podría confiarse al presidente o, en última instancia, al electorado.

¹⁵² *Ibidem*, p.12. He tratado de mostrar que el propósito en torno al cual Marshall organizó su argumento no surge necesariamente del texto.

¹⁵³ Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes...”, *cit.*, p. 60.

Existen varias posibilidades para responder el problema sobre la interpretación constitucional y tal vez el más sencillo que conviene señalar como una primera opción, es aquel en el cual la herramienta única para la solución de las controversias es el uso del silogismo, aunque tiene sus consecuencias, lo que se lograría al realizar la aplicación de la ley de manera silogística sin importar su contenido sería un gobierno despótico:

El despotismo o gobierno por capricho se define, por tanto, por la ausencia de separación de poderes, esto es, el sistema en el cual aquel que ejecuta la ley puede también hacerla o rehacerla, según las circunstancias. El despotismo no es solamente un sistema dentro del cual haya un déspota único, el régimen en el cual se estuviera sometido a una multitud de jueces que harían otra cosa que aplicar las leyes, sería, según esta concepción, un régimen despótico.¹⁵⁴

Lo que de manera natural podemos pensar al respecto de la aplicación ciega de la ley es que la mayoría legislativa tendría el control sobre cualquier cosa que quisiera legislar, podría legislar “en nombre de la democracia” situaciones en las que no haya libertad de expresión, libertad de tránsito, libertad de prensa, etcétera, es decir sobre características básicas de una verdadera democracia o de manera directa sobre cuestiones que ya se han planteado que son necesaria en la parte sustancial de la democracia.

Al parecer, el uso del silogismo es una herramienta que mecaniza el sistema de impartición de justicia y podría ser una salida inmediata a la interpretación que realizan los jueces del texto constitucional, pero nos introduce a un problema más complejo, el problema de dejar en manos de la mayoría legislativa las decisiones que tienen que ver con los derechos de las minorías, los derechos humanos, la manera en las que se desarrollaran las elecciones, así como todas aquellas situaciones en las que de alguna manera se determina la existencia de una democracia.

¹⁵⁴ Troper, Michel, “El poder Judicial y la Democracia”, *ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 18, ITAM, 2003, pp. 53-54.

El juez, por lo tanto, para que exista un contra peso de poderes peno, es dotado de cierta discrecionalidad para tomar decisiones, aún y cuando la ley sea suficientemente clara, la discrecionalidad de aplicar una u otra para la solución de la controversia atiende a una discrecionalidad en sentido débil.

Los jueces cuando realizan una interpretación del texto constitucional en la que se determina anular una ley por inconstitucionalidad y el pueblo está en desacuerdo con la interpretación dada por los tribunales, entonces el pueblo modifica la constitución, sea por la vía de la revisión, sea por otros medios.¹⁵⁵

Para que exista sustentabilidad de la interpretación como establece Carlos Bayón siguiendo a Garzón Valdés que “es necesario por lo tanto que exista coincidencia entre la interpretación del tribunal y la interpretación que sustenta la *communis opinio*, pero puntualizando, eso sí, que en algunos casos esta coincidencia puede producirse sólo después de que el tribunal ha explicitado las razones de su interpretación”¹⁵⁶

La interpretación y la controvertibilidad interpretativa existe siempre, debido a que la interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.¹⁵⁷ Sin embargo el pueblo a través de los mecanismos procedentes puede en cualquier momento realizar una reforma sobre el texto constitucional cuando esa interpretación vaya en contra de la voluntad general, de hecho existe una necesidad natural de ir adaptando temporalmente los preceptos constitucionales, cuando existe una problemática de este tipo es cuando se requiere de la interpretación o de una reforma.

¹⁵⁵ *Idem*. p. 71.

¹⁵⁶ Cfr., Bayon, Juan Carlos, “Algunos comentarios sobre El papel del poder Judicial en la Transición a la Democracia” *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, 2007, p. 67.

¹⁵⁷ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 253.

La interpretación por parte del poder judicial surge en primer lugar de la facultad otorgada para realizarlo, así como del deber de dar soluciones basadas en principios procesales específicos como lo son el principio de inmediación, principio de publicidad, principio de concentración, principio de igualdad, y tal vez el más importante relacionado con la interpretación el principio de economía procesal el cual implica que, aparte de estar facultado para interpretar soluciones en la controversia de manera rápida. Una buena técnica de interpretación constitucional es necesaria para alcanzar legitimidad y tengan aceptación aquellas resoluciones emitidas por quienes tienen la facultad de interpretar la constitución ya que, la interpretación siempre está presente como un problema de los tribunales.

Aunado a la necesidad de interpretar por cuestiones relacionadas a la falta de técnica legislativa es necesario tomar en cuenta aquellos problemas como el de la fragmentación de la llamada “voluntad general” y la poca atención que tiene este problema con los representantes en los órganos mayoritarios ya que de su poca o casi nula atención crea situaciones cada vez más comunes en las que se debe de interpretar la constitución. With the popular will increasingly fragmented, and the legislatures increasingly distant from this fragmentation, there is a greater need for interpreting the constitution in diverse times, which courts are increasingly embracing as their constitutional moment.”¹⁵⁸

Evidentemente si se crítica la interpretación constitucional que realiza el poder judicial es necesario, que mejoren los mecanismos para la actualización de los preceptos constitucionales, que la textura abierta no tenga el grado de provocar incertidumbre en la resolución debido a la discrecionalidad del juez, así como que el lenguaje de norma sea claro, evitando contradicciones de preceptos, vaguedad y ambigüedad.

¹⁵⁸ Skatch, Cindy, *op. cit.*, p. 34. Con la voluntad popular cada vez más fragmentada, y las legislaturas cada vez más distantes de esta fragmentación, existe una mayor necesidad de interpretar la constitución en tiempos diversos, que los tribunales adoptan cada vez más como su momento constitucional.

Una buena técnica legislativa limita la discrecionalidad y provoca certidumbre, evitar el uso de sinónimos, palabras ambiguas, la utilización de pronombres, etc. Son algunas de las cuestiones necesarias para que el juez constitucional pueda determinar de manera clara la razón o razones de su fallo.

4. SOBRE EL PODER DE DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA.

Al ser el poder judicial quien está facultado para declarar la constitucionalidad de una norma para el caso concreto, lo que pretende esta crítica es puntualizar la importancia de realizar esto y denunciar a quienes lo hacen. Gargarella establece que el control judicial de la constitucionalidad es fruto de la confluencia de dos tradiciones del pensamiento norteamericano del periodo colonial: el elitismo y el conservadurismo,¹⁵⁹ pues como se analizó en el primer capítulo las legislaturas en Estados Unidos comenzaron a incorporar la protección a la mayoría que eran los americanos deudores, el control judicial al no someter la consideración al pueblo por lo tanto y al ser los miembros propuestos por el ejecutivo y ratificados por la cámara alta o de senadores el control es elitista y conservador.

Evidentemente el carácter elitista es acertado como se analiza en el punto 1 de este capítulo y se preserva hasta nuestros días, pues las cuestiones que tienen que ver con la elección de los jueces y su designación para el cargo son las mismas.

Se han ido estableciendo argumentos que tratan de evitar esta crítica como el que se presenta a continuación:

El hecho de que sus miembros no resulten electos directamente por la ciudadanía en la mayoría de los casos ni tengan que revalidar periódicamente sus cartas credenciales frente al pueblo aparece como un objetivo buscado: si los jueces dependieran (para llegar a sus cargos o para mantenerse en los mismos) de las

¹⁵⁹ De Lora, Pablo, *op. cit.*, p. 373.

simpatías populares, entonces, la suerte de las minorías aparecería fuertemente amenazada.¹⁶⁰

Aunque no es un argumento suficiente para evitar la crítica de elitismo del poder judicial, pues la manera en que resulten electos no afecta el cómo deben actuar, además es necesario tomar en cuenta que el poder judicial no es un poder de representación política como si lo son el poder ejecutivo y el legislativo, el poder judicial tiene una representación de carácter jurídica sobre la cual se trata de dar certidumbre al pueblo dirimiendo las controversias que se presenten con total imparcialidad.

Al igual que el argumento anterior, otro que se presenta es el que tiene que ver con el hecho de que su aislamiento es necesario para que tengan tiempo para deliberar con relativa tranquilidad, su relativo aislamiento, etc., favorecen la posibilidad de un buen razonamiento y así, la toma de decisiones imparciales.¹⁶¹ Estas características resultan importantes para tomar decisiones sin embargo considero que no es suficiente el aislamiento y la tranquilidad, pues de que exista esta condición no necesariamente deben de tomar decisiones imparciales. En este argumento se encuentra de alguna manera expresada la falacia que surge al tratar de desprender un “deber ser” del “ser”, las decisiones imparciales no son el resultado de estas condiciones sino de una regulación exhaustiva sobre el actuar del poder judicial en el cual se exige que las decisiones sean tomadas de esta manera.

Analizados los argumentos anteriores que se presentan en defensa de la crítica del elitismo de quienes son los encargados de realizar el control de la constitucionalidad, parece que no atienden de manera correcta a ésta y al ser la crítica acertada, lo que propongo es que sea analizada con las razones que presento en el punto 1 de este capítulo, pues este elitismo evidente no significa que las decisiones que se tomen sean adoptadas o vayan en contra de la democracia,

¹⁶⁰ Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes...”, cit., p. 64.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 65.

el respaldo de las sesiones del poder judicial debe de contener razones suficientes para ser legítimas.

Esta primera crítica sobre el elitismo también nos habla del carácter conservador del poder judicial, la clave para responder a esta crítica es entender que el control judicial de la constitucionalidad significa resolver conforme a lo que se encuentra establecido en la constitución, por lo que el carácter conservador puede ser analizado desde los dos argumentos que a continuación presento.

El primero es que el carácter conservador se ve directamente afectado por lo menos en materia de derechos humanos con el control de la convencionalidad pues este evita que solo sea un estudio con herramientas internas y atiende a la progresividad con documentos internacionales especializados, por lo que, contrario al carácter conservador las decisiones del poder judicial tienen un alcance dinámico y progresivo.

El segundo corresponde a entender el carácter conservador como la preservación de características de las cuales la mayoría electa no puede tener el control, como lo son los derechos humanos, la laicidad, la discusión democrática etc. Aquellos que se encuentran regulados en la constitución y que al poder judicial corresponde resguardar hasta que no exista una reforma que cambie el sentido y alcance de la aplicación del texto. Desde esta perspectiva el poder judicial podría ser calificado como conservador.

Sobre el poder de declarar la inconstitucionalidad de una norma, también se presenta un argumento que establece “judicial review robs society and public debate of important issues about rights, which are essential to the full development and expression of the popular will.”¹⁶²

Este argumento puede, sin demasiado análisis convertir la actividad del control judicial de la constitucionalidad en un poder omnipotente, sin embargo no lo es, el

¹⁶² Skatch, Cindy, ob. Cit., p.24. La revisión judicial roba la sociedad y el debate público sobre cuestiones importantes derechos, que son esenciales para el pleno desarrollo y expresión de la voluntad popular.

hecho que se tenga que resolver conflictos y que algunas veces impliquen la declaración de inconstitucionalidad de alguna norma no significa que los órganos encargados de su emisión no puedan discutir o reformar el sistema jurídico, es posible hacerlo, el poder judicial no tiene la facultad de impedirlo sin embargo, la necesidad de solucionar alguna controversia presentadas ante ellos necesita de una solución y si en ese momento la solución se le turnara a los órganos mayoritarios para la discusión tomando en cuenta que la negociación es una herramienta importante para tomar la decisión políticas causarían sin una mayor argumentación incertidumbre a quien sometió su caso al poder judicial, este argumento por lo tanto es débil y carece de respaldo.

Por último, uno de los argumentos más fuertes es el que aparece con Alexander Bickel quien sostiene que

when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.¹⁶³

Sin demasiado análisis evidentemente la primera parte del argumento parece ser sólida, denunciar que la declaración de inconstitucionalidad de un acto legislativo o la acción de un ejecutivo frustra la voluntad de los representantes y se actúa en contra de la mayoría que prevalece, tiene cierto respaldo para la formulación de la dificultad contramayoritaria. Entendiendo que la mayoría es solo ese pequeño grupo de representantes que se encuentran en los órganos mayoritarios. Pero determinar

¹⁶³ Bickel, Alexander, *op. cit.*, p. 17. Cuando el Tribunal Supremo declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un ejecutivo electo, frustra la voluntad de los representantes del pueblo actual del aquí y ahora; ejerce control, no en nombre de la mayoría que prevalece, sino en contra de ella. Eso, sin matices místicos, es lo que realmente sucede. Es un hervidero de peces completamente diferente, y es la razón por la cual se puede hacer el cargo de que la revisión judicial es antidemocrática.

que por actuar en contra de ellos la revisión judicial es antidemocrática es una manera reducida de entender a la democracia.

Principalmente Alexander Bickel determina que la razón por la cual es antidemocrática la revisión judicial es debido a que al declarar la inconstitucionalidad de un acto del legislativo o del ejecutivo se frustra la voluntad de los representantes, se hace un control no en nombre de la mayoría que prevalece sino en contra de ella. Pero este argumento no contiene un respaldo sólido debido a que la determinación, de que sea o no sea democrático declarar la inconstitucionalidad de actos no depende directamente de si se frustra la voluntad de los representantes o de que se actúe en contra de la mayoría que prevalece. La manera en la que se determina es dependiendo del contenido que tiene la decisión sometida a control constitucional.

Al considerar que es democrático todo aquello que sea aprobado por los órganos mayoritarios se atiende más bien a una concepción mayoritarista de la democracia evidente en el argumento proporcionado por Alexander Bickel.

El contenido para que sea evaluado como antidemocrático debe ser aquel en el que se configuren situaciones adversas a la democracia, ya sea en su carácter procedimental, reflejado en las elecciones, la manera de elección de los miembros, las características de los representantes o en su carácter sustancial en las que se violen derechos humanos, se ataque la laicidad y en donde el consenso no cuente con argumentos sólidos para ser defendido.

Poner demasiada atención en las cuestiones procedimentales de la democracia es lo que lleva a concluir que el control de la constitucionalidad es antidemocrático, sin embargo, cuando se analizan las implicaciones del control de la constitucionalidad como lo son la defensa de los derechos humanos, la distribución de competencias entre poderes, etcétera, se puede extraer la importancia de éste en una forma de gobierno democrática.

Tomando en cuenta la crítica de Bickel, hablar de un control judicial de la constitucionalidad en una democracia puede parecer bastante complicado, si solo

tomamos en serio el pensamiento excluyente de la parte sustancial de la democracia pues al ser el control de la constitucionalidad un mecanismo de control del poder político mediante el cual el poder judicial determina la legitimidad de los actos a través de la constitución, no podría en ningún momento éste estar acorde con la democracia, sin embargo, es posible hablar de un cierto grado de legitimidad democrática que contiene el control judicial de la constitucionalidad.

Entender que la democracia cuenta con una parte sustancial, que nos remite en a la calidad del consenso, a un consenso basado siempre en una racionalidad con sentido fuerte así como al reconocimiento y respeto al coto vedado de los derechos fundamentales del hombre¹⁶⁴ y una parte procedimental, es importante debido a la relación que el control de la constitucionalidad tiene en estos aspectos, motivado por la protección de los derechos humanos, el control de la constitucionalidad se muestra como una herramienta indispensable para sostener la legitimidad de los actos del poder político, así como para declarar su incompatibilidad de acuerdo a lo establecido en la constitución.

Para que se pueda hablar de un cierto grado de legitimidad democrática del control judicial de la constitucionalidad es necesario que existan por lo menos dos cuestiones reguladas en la constitución, el control de la constitucionalidad y un gobierno democrático. Una vez que se encuentran estas dos figuras reguladas en la constitución es posible hablar de legitimidad democrática. Resultaría complicado encontrar legitimidad democrática en una forma diferente de gobierno, de hecho, no tendría razón de ser, a menos que se tratara de una evaluación a cierto tipo de sistema político comparando la democracia con otra forma de gobierno.

El control judicial de la constitucionalidad encuentra cierto tipo de legitimidad democrática debido a la implementación de éste en un gobierno democrático, aunque no es solo por encontrarse enunciado en el texto, sino por la calidad de las sentencias que emiten.

¹⁶⁴ Ulloa, Ana, *op. cit.*, pp. 210-211.

Existe un control democrático de la constitucionalidad, cuando el actuar del poder judicial tiende a defender derechos humanos, la laicidad, así como la calidad del consenso. Este ejercicio de control resulta evidente para todos cuando se examinan los actos en los que se dan a conocer las razones de la toma de decisión

CONCLUSIONES.

Primera. A pesar de que en las líneas anteriores se han tratado de abordar las diferentes críticas que integran la dificultad contramayoritaria, es importante señalar que hoy en día son un tema de discusión importante todas aquellas cuestiones que tiene que ver con los problemas que existen entre Constitución y democracia. Evidentemente la dificultad contramayoritaria, que sugiere la incompatibilidad del control de la constitucionalidad en esta forma de gobierno, ocupa uno de los principales lugares de la discusión.

La crítica enunciada por Alexander Bickel al analizar el argumento de Marshall sobre la resolución *Marbury vs. Madison*, ha ido hasta nuestros días tomando fuerza, reformulando argumentos en contra del control de la constitucionalidad que de alguna manera Bickel señala en su obra; sin embargo, no se aborda tal cual como hoy se presentan por autores contemporáneos como Rodolfo Vázquez, Carlos S. Nino o Roberto Gargarella. A pesar de esto, de alguna manera la crítica hasta hoy no ha perdido su esencia, es decir, pugna por el conflicto que existe entre control de la constitucionalidad y la democracia deliberativa.

Segunda. Actualmente el análisis de la crítica ha sido abordado de diferentes maneras. En una de ellas, por ejemplo, se enfatiza la importancia de la separación de funciones entre los diferentes poderes, es decir se considera que por entender la separación de poderes en un sentido fuerte de pesos y contrapesos establecida en una Constitución o carta fundamental, se evade la dificultad contramayoritaria. La idea de separación de funciones suscribe, por ejemplo, la necesidad de determinar las facultades otorgadas en un texto constitucional y con esta premisa establecer la legitimidad de realizar el control de la constitucionalidad; sin embargo, como se ha revisado, hay una realidad que se transforma en un problema en los tribunales y esto sucede cuando los problemas que le son planteados tienen de fondo que resolver cuestiones de carácter político. Evidentemente un texto constitucional realiza la división de poderes en sentido formal que de manera exhaustiva limita a cada uno de los poderes, pero el problema cuando son presentados casos en los que se refiere a cuestiones políticas de fondo falsea esta

división en un sentido material, es decir en el fondo de los problemas no existe una separación fuerte entre lo político y lo jurídico. Es por ello que la idea estricta de la separación de funciones puede sobrellevar la crítica, pero no responde de fondo el problema planteado. Para resolver de fondo el problema de la dificultad contramayoritaria es necesario un estudio amplio haciendo uso de herramientas históricas, analíticas y comparativas, para comprender el alcance de la crítica, su nacimiento y el significado de éste.

Tercera. Tratando el tema de fondo, es complicado abordar la cuestión de la dificultad contramayoritaria si sólo se considera importante el carácter procedimental de la democracia, pues muchas veces se ha entendido que la regla por excelencia que representa el contenido de esa parte es la de la mayoría, en la que ésta se conforma por aquellos que fueron electos de manera directa por el los ciudadanos a través de sufragio. Esa manera limitada de entender a la democracia sólo por los procedimientos que en ella se llevan a cabo, es la manera en la que Alexander Bickel y la mayoría de aquellos que suscriben la crítica al control judicial de la constitucionalidad la han entendido. La fuerza del argumento de la dificultad contramayoritaria, es determinante sólo cuando se ha estado tomando en cuenta el aspecto procedimental y el punto de vista en que mayoría son los representantes de los órganos mayoritarios. Desde esta perspectiva entonces el argumento fuerte de la dificultad contramayoritaria tiene legitimidad, ya que, cuando los jueces realizan el control de la constitucionalidad de una ley que ha sido aprobada por los órganos mayoritarios y éstos deciden inaplicar o desechar la ley porque no encuentra fundamento o va en contra de la Constitución, el actuar de los jueces va en contra de la mayoría legislativa.

Cuarta. En la democracia, el pueblo tiene el control del gobierno mediante representantes electos bajo el principio de igualdad en el ejercicio de libertades públicas. Esto se señala porque parece que la democracia en sentido estricto sólo se ha quedado con la parte que establece que “el control de gobierno lo tiene el pueblo por medio de los representantes electos” y se deja de lado cuando se habla de democracia como la necesidad del principio de igualdad y el de libertades

públicas. Es decir, la parte procedimental queda en primer lugar de importancia y bajo ella se encuentra la parte sustancial; sin embargo entender que la conformación de la democracia es más importante por sus procedimientos que por los derechos es el razonamiento que fortalece o ha fortalecido la crítica al control de la constitucionalidad al considerar que ésta es antidemocrática.

Debido a la legitimidad que tiene la dificultad contramayoritaria cuando solo se entiende a la democracia como procedimiento, es necesario abordar este problema desde la parte sustancial de la democracia ya que en ella se contienen los límites del actuar de la mayoría, así como los presupuestos esenciales para que en una democracia los procedimientos tengan contenido.

Hay que tener claro que si se quiere hablar de democracia en serio y no de mayoritarismo -el cual considera que la mayoría puede decidir sobre cualquier cosa- la parte sustancial que contiene los derechos humanos, la laicidad y la calidad del consenso no puede separarse de la parte procedimental. No es posible hablar de un procedimiento sin igualdad de participación, así como de una decisión sin argumentos. Los conceptos de democracia procedimental y sustancial son separados para el estudio y perfeccionamiento de esta forma de gobierno, pero esto no significa que sean conceptos aislados. Determinar que el actuar del juez constitucional es antidemocrático sólo por el hecho de que éste no haya sido electo conforme el procedimiento a través del cual se eligen a los representantes del pueblo es desde esta perspectiva falaz.

Quinta. El control de la constitucionalidad de los actos del poder político es sin duda uno de los aportes más importantes de la sentencia de *Marbury vs. Madison*. El alcance internacional de la sentencia, en el sentido de que su razonamiento da origen a esta institución, demuestra la importancia de la interpretación constitucional, más allá de que no se haya sustraído directamente del texto este razonamiento. En la actualidad el control de la constitucionalidad resulta un mecanismo indispensable para el mejoramiento de la democracia tanto en su aspecto procedimental como en el aspecto sustancial, y en consecuencia la dificultad contramayoritaria abordada desde una perspectiva en la que se toman en

cuenta las cuestiones de fondo no puede seguir formando un argumento sólido en contra del control de la constitucionalidad porque la democraticidad o legitimidad democrática no sólo es determinada por la manera en la que se eligen a sus representantes sino por la forma que éstos actúan. Por eso resulta importante que los encargados de realizar el control de la constitucionalidad encuentren fundamentación y motivación de manera exhaustiva a la hora de emitir una sentencia derivada del control de la constitucionalidad.

La legitimidad democrática se alcanza cuando quienes realizan el control de la constitucionalidad por medio de sus actos determinan que el actuar de los representantes de los órganos mayoritarios ha ido en contra de los derechos humanos, la laicidad, la calidad del consenso y de la formalidad en la que deben tomarse las decisiones, entendiendo a la formalidad como los procedimientos de regulación de la manera en la que se deben realizar el debate, las elecciones, la designación de presidentes o secretarios de las cámaras, etcétera.

Es importante señalar por último que la legitimidad democrática del control de la constitucionalidad en sentido formal aparece cuando la constitución determina la existencia de este control y se actúa bajo una forma de gobierno democrática. Podríamos decir que cuando se presentan estas dos características se alcanza un cierto grado de legitimidad democrática. Por otro lado, la legitimidad del control de la constitucionalidad material debe ser entendida cuando la decisión que se toma corresponde a la protección y perfeccionamiento de las instituciones democráticas tanto procedimentales como sustanciales.

Desde esta perspectiva podemos decir que no todas las veces que se realiza control de la constitucionalidad se encuentra legitimidad democrática en sentido material, ya sea porque las decisiones algunas veces no favorecen a las instituciones democráticas o simplemente porque las cuestiones que son materia de control de la constitucionalidad son aquellas en las que en el fondo se resuelven problemas de competencias entre los poderes.

BIBLIOGRAFÍA

1) Libros

BICKEL, Alexander, "*The least dangerous branch*", Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1978.

BOBBIO, Norberto, "El futuro de la democracia", Fondo de cultura económica, México, tercera edición, 2001, p.24.

COVIÁN, Miguel, Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad, centro de estudios de ingeniería política y constitucional A.C., Primera edición, México, 2013.

DAHL, Robert, "La democracia" Una guía para los ciudadanos, Santillana, primera edición, México, 2006.

GONZÁLEZ, Manuel y López, Pedro, "Las resoluciones Judiciales que han forjado a México" La Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vigencia de la constitución de 1857-1917, Poder Judicial de la Federación, México, 2010.

GUTMANN, Amy, "La identidad en democracia", Katz, Buenos Aires, 2008.

NINO, Carlos, Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Primera edición, Buenos Aires, 2015.

OLLERO, Andrés, "Laicidad y laicismo", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.

ROSANVALLON, Pierre, "La legitimidad democrática", Manantial, Buenos Aires, 2009.

SALAZAR, Pedro, "Laicidad y democracia constitucional", en ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°24, ITAM, México, 2006.

SALDAÑA, Javier, "Derecho natural, tradición, falacia naturalista y derechos humanos", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.

URIBE, Enrique, "Problemas actuales de los tribunales constitucionales y el control de convencionalidad", universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, primera edición, México, 2012.

2) Artículos en libros

DEL ROSARIO, Marcos, "El juicio de amparo: origen y evolución hasta la constitución de 1917. Tres casos paradigmáticos que determinaron su configuración" en El juicio de amparo en el centenario de la constitución mexicana de 1917, Pasado, presente y futuro, tomo I, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas.

DWORKIN, Ronald, "La lectura moral y la premisa mayoritarista" en Democracia deliberativa y Derechos Humanos, (comp.) Harold Hougju Koh y Ronald C. Slye, Gedisa, Barcelona, 2004.

GONZALEZ, Manuel, "El amparo concedido por la SCJN a Justo Prieto en 1881: aplicación del control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad en México", en El Juicio de amparo en el centenario de la constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro, tomo I, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas.

GUTMANN, Amy, "Democracia deliberativa y regla de la mayoría una réplica a Waldron" en Democracia deliberativa y Derechos Humanos, (comp.) Harold Hougju Koh y Ronald C. Slye, Gedisa, Barcelona, 2004.

WALDRON, Jeremy, "Deliveración, desacuerdo y votación" en Democracia deliberativa y Derechos Humanos, (comp.) Harold Hougju Koh y Ronald C. Slye, Gedisa, Barcelona, 2004.

3) Artículos en revistas

AMAYA, Jorge, "Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución", en Revista de estudios Jurídicos, N°10, Universidad de Jaén, España, 2010, Consultado en <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/539>

ARTETA, Aurelio, "Lo Mayoritario y lo Democrático" en DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°36, Universidad de Alicante, Marcial Pons, España, 2013, P.329-353.

BRITO, Rodrigo, "Control Jurisdiccional y protección de los derechos humanos" en Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015. Consultado en http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/fas_CPT2.pdf

BAYON, Juan, "Algunos comentarios sobre: El papel del Poder Judicial en la transición a la Democracia" en DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°30, Universidad de Alicante, Marcial Pons, España, 2007, P.65-71.

CARBONELL, Miguel, "Marbury *versus* Madison: regreso a la leyenda" en www.miguelcarbonell.com consultado 31/01/2018 www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf

CORDOVA, Lorenzo, "La contraposición entre Derecho y Poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt" en Cuestiones constitucionales, N°15, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, P. 47-68.

DAHL, Robert, "Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a national policy-maker" en Role of the Supreme Court Symposium, N° 1, consultado en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emlj6&div=20&id=&page=>

DE LORA, Pablo, "Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella, *La justicia frente al Gobierno*. Sobre el carácter mayoritario del Poder Judicial, Ariel, Barcelona, 1996.", en Anuario de Filosofía del Derecho, N°13, Ministerio de Justicia, 1996, p. 171-380

FRIEDMAN, Barry, "The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy" en Law review New York University, N°20, Estados Unidos, 1998.

GARGARELLA, Roberto, "Crisis de representación y Constituciones contramayoritarias", en ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°2, ITAM, México, 1995, P. 89-108.

GARGARELLA, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", en ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°6, ITAM, México, 1997, P. 55-70.

GARZÓN, Ernesto, "El papel del Poder Judicial en la transición a la Democracia", en ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°18, ITAM, México, 2003, p. 27-46.

GAVIRIA, Julián, "Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworking", en EUNOMIA: Revista en cultura de legalidad, N°6, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2014, P.361-368.

GOWDER, Paul, "The Countermajoritarian Complain" en Transnational Law and Contemporary Problems, 2014, p. 8-33, consultado en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlcp23&div=5&id=&page=>

GUARIGLIA, Osvaldo, "Democracia: origen, concepto y evolución según Aristóteles" en DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°33, Universidad de Alicante, Marcial Pons, España, 2010, P.157-190.

MILLÁN, Óscar, "El sistema electoral para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional" en Revista Ciencia y Cultura, N° 35, Universidad Católica Boliviana, Bolivia, 2015, pp. 121- 122.

NINO, Carlos S., "La filosofía del control judicial de constitucionalidad" en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 4, España, 1989, p. 79-87.

ORUNESU, Claudina, "Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad", en EUNOMIA: Revista en cultura de legalidad, N°2, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2012, p.31-48.

RIVERA, Mauro, "Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario" en Cuestiones constitucionales, N°22, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2010.

SKATCH, Cindy, "The Countermajoritarian Opportunity?: Courts, Rights and the Accommodation of Difference" en Harvard International Law Journal Online Vol. 55, 2013, p. 34, consultado en http://www.harvardilj.org/2013/12/online_volume-55_skach/

TROPER, Michel, "El poder Judicial y la Democracia", en ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°18, ITAM, México, 2003, p. 47-75.

TROPER, Michel, "Marshall, Kelsen, Barak y el sofisma constitucionalista", en Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, N°3, 2003, p. 207-225, consultado en <https://es.scribd.com/document/325710305/Michel-Troper-Marshall-Kelsen-Barak-y-el-sofisma-constitucionalista>

ULLOA, Ana, "Democracia sustancial y el coto vedado de los Derechos Humanos", en ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°10, ITAM, México, 1999, p. 191-218.

VAZQUEZ, Rodolfo, “Justicia Constitucional, Derechos Humanos y argumento contramayoritario” en Anales de la catedra Francisco Suarez, N°44, p. 249-264, consultado en <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/506>