



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

33 | 2017

Pre-Conventions or Normative Facts (2/2)

Contra la supremacía judicial en la interpretación de la constitución

The English original of this article was published in *Revus* 29 | 2016.

Donald E. Bello Hutt



Edición electrónica

URL: <http://journals.openedition.org/revus/4086>

DOI: 10.4000/revus.4086

ISSN: 1855-7112

Editor

Klub Revus

Edición impresa

Fecha de publicación: 10 diciembre 2017

Paginación: 83-106

ISSN: 1581-7652

Referencia electrónica

Donald E. Bello Hutt, « Contra la supremacía judicial en la interpretación de la constitución », *Revus* [Online], 33 | 2017, Online since , connection on 17 August 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revus/4086> ; DOI : 10.4000/revus.4086

All rights reserved

Donald E. Bello Hutt*

Contra la supremacía judicial en la interpretación de la constitución

Por medio del rechazo a la supremacía judicial en la interpretación constitucional, este artículo argumenta que entender la interpretación de una constitución como una práctica estrictamente legal y judicial, excluye a la ciudadanía de dicha actividad. El artículo ofrece una clasificación de análisis de interpretación constitucional. Primero, las tesis implícitas discuten sobre la interpretación sin reflexionar sobre si dicha actividad puede ser también llevada a cabo por instituciones no judiciales. Segundo, las tesis explícitas cuestionan si la interpretación constitucional es un asunto que ha de ser tratado por los tribunales, y responden afirmativamente. Crítico ambos grupos de argumentos. Las tesis implícitas no explican porqué la interpretación constitucional es de naturaleza puramente judicial. Las tesis explícitas no justifican suficientemente por qué la judicatura es la institución ideal para dotar de significado final a la constitución de manera autoritativa, tanto en términos instrumentales como normativos. Finalizo sugiriendo caminos para investigaciones futuras. | El original en inglés de este artículo fue publicado en Revus (2017) 31.

Palabras clave: interpretación constitucional, revisión judicial, supremacía judicial, significado constitucional

1 INTRODUCCIÓN

Este artículo rechaza la supremacía judicial en la interpretación de la constitución. Para estos efectos, entiendo por supremacía judicial, un estado de cosas en virtud del cual la palabra final en la dotación de significado a una constitución es confiada en su totalidad a la judicatura.¹ Esta comprende, por tanto, dos asuntos relacionados: primero, que los jueces interpretan la constitución y deciden sus casos de acuerdo con dicha interpretación. Segundo, que los razonamientos que subyacen a estas interpretaciones judiciales son seguidos sin oposición por otras instituciones y por la ciudadanía. Esto sitúa el razonamien-

* donald.bello_hutt@kcl.ac.uk | PhD in Politics (King's College London, UK).

1 Uso el término interpretación de manera laxa como imposición de significado a un objeto. Con pocas excepciones, este es el uso común en la literatura (Marmor 1992: 28; Raz 2013: 258; Fallon Jr. 2015: 1234–1235; Guastini 2015: 46). Con respecto a los límites que diferencian interpretación y explicación, por una parte, e interpretación y creación por otra, este artículo guarda silencio. Mayores especificaciones dependen del concepto de «significado» y de si éste se refiere a la intención del autor, a coherencia, determinación lingüística, estructura, etc. (todos candidatos para la determinación de significado). Esto también se encuentra fuera de los límites de este ensayo.

to judicial en una posición privilegiada comparado con los razonamientos de otros agentes de una comunidad política en general y con instituciones representativas y/o con los ciudadanos en particular.

La supremacía judicial surge con la concurrencia de dos hechos independientes, pero a menudo concurrentes. Primero, la imagen de la judicatura como la depositaria ideal de la interpretación constitucional y, segundo, el hecho social de que las prácticas constitucionales transfieren cada vez más poder político a sus tribunales, de manera notable, en lo que se refiere a cuestiones de interpretación constitucional. El resultado de estas dos características es un modelo de juristocracia.² Este es un modelo que culmina en «la posición extrema que (a) no hay problema constitucional que no pueda ser resuelto por los tribunales, y (b) que no hay problema constitucional que no esté auténticamente resuelto hasta que es resuelto por un tribunal».³

En este trabajo presento una crítica tanto a autores como a las prácticas que defienden y exhiben respectivamente las características (a) y (b) y sus razones para hacerlo. Estos autores adoptan concepciones sobre la interpretación que empoderan a los jueces y que restan poder a las ciudadanas. Podría decirse que las excluyen de la interpretación de sus constituciones. En la mayoría de los casos, las justificaciones para este empoderamiento de la judicatura y la consecuente exclusión ciudadana, son *implícitas*; son el resultado de una tradición en la teoría del derecho que dirige su atención a entender y determinar las formas en que los jueces ejercen sus labores. Una posible explicación de este fenómeno radica en la adopción un punto de vista no reflexivo que asume simplemente que la interpretación es una cuestión que forma parte del dominio de la judicatura. Por otra parte, hay casos en que existe una preferencia explícita por los tribunales como foros ideales para la interpretación de la constitución que en consecuencia rechaza a otros agentes, particularmente a aquellas que de modo general pueden ser agrupadas bajo el nombre de «mayorías». A este segundo grupo de teorías lo denomino *explícito*. La distinción se asienta en el hecho de que las teorías del primer tipo toman como dado un cierto estado de cosas teórico, institucional y político. Estas no expresan las razones morales, políticas o, más generalmente, filosóficas, que expliquen por qué es la perspectiva del juez la que ha de ser adoptada cuando se teoriza acerca de qué es la interpretación constitucional y de cómo ha de interpretarse ésta. Por otra parte, teorías del segundo tipo justifican este estado de cosas a través de consideraciones instrumentales o normativas.

Las tesis implícitas se describen y son criticadas en la sección 2. Sus proponentes ven la interpretación constitucional como una actividad por medio de la cual sólo los jueces pueden describir y construir significado constitucional

2 Hirschl 2004.

3 Tomkins 2010: 3.

cuando la constitución es vaga, ambigua, o silente. Estos autores entienden que la interpretación consiste en la aplicación de una serie de métodos aplicados por los jueces a casos en que el derecho no provee de una respuesta clara a una disputa concreta. Esta forma de teorizar acerca de la interpretación de la constitución excluye a la ciudadanía de esta práctica en tanto y en cuanto no se considera a los ciudadanos como capaces de imponer significado a una carta constitucional.

La sección 3 critica las «tesis explícitas», es decir, aquellos argumentos que de manera expresa justifican por qué la interpretación constitucional debe ser un asunto que ha de ser tratado en sede judicial y, en consecuencia, no por las legislaturas o por los ciudadanos de manera directa. Defensores de estas posturas emplean una serie de argumentos instrumentales y normativos. Como representante del primer grupo de argumentos, critico la respuesta de Dworkin a lo que él denomina la «premisa mayoritaria». Como representante del segundo grupo de argumentos, examino el trabajo de Alon Harel, quien también justifica un rol privilegiado de la judicatura en la interpretación de la constitución. En estas tesis se presumen dos cosas, respectivamente. Una, la incapacidad de agentes no judiciales de respetar límites constitucionales. La segunda asume que las mayorías son opresivas en un sentido republicano. Rechazo estos argumentos y finalizo con conclusiones y sugerencias para futuras investigaciones.

2 TESIS IMPLÍCITAS

El derecho constitucional a menudo presenta casos difíciles,⁴ casos que no pueden ser resueltos simplemente «mirando fijamente las diez palabras de [una] cláusula».⁵ En estas situaciones, personas razonables consideran que la constitución de su país les concede derechos o libertades que no son siempre compatibles con el ejercicio de los derechos de otros individuos.

Este es un problema conocido y persistente.⁶ La apertura lingüística y la indeterminación axiológica de muchas normas constitucionales lleva a los jueces a generar métodos que transformen dichas disposiciones en normas que puedan resolver casos concretos, algunas veces de modo contrario a la opinión de otras ramas del Estado. Esto se evidencia en una creciente transferencia de poderes a la judicatura en diversas partes del mundo.⁷

4 Dworkin 2009: 146.

5 Post 1990: 14.

6 Atria 1999: 537.

7 El caso norteamericano es conocido por su proceso de revisión judicial (Lambert 2009; Kramer 2011). En Europa, éste es fenómeno posterior a la Segunda Guerra Mundial. Después de la guerra, se crearon tribunales constitucionales en Austria (1945), Italia (1948) la República Federal Alemana (1949), Francia (1958), Portugal (1976), España (1978), Bélgica (1985), y,

Una perspectiva tradicional es la que considera que, cuando los jueces han de enfrentarse a estos problemas, recurren a la interpretación y,⁸ por interpretación entienden el uso de un grupo de reglas o técnicas empleadas por los jueces para determinar el significado de una palabra, una cláusula o una norma, y elegir entre distintas interpretaciones razonables en conflicto. Dworkin criticó esta perspectiva

Los juristas están acostumbrados a decir que el derecho es una cuestión de interpretación; pero, quizás, sólo porque entienden la interpretación de una determinada manera. Cuando la legislación (o la Constitución) no es clara en algún punto, porque algún término crucial es vago o porque una oración es ambigua, los juristas afirman que esa legislación debe ser interpretada, y aplican lo que ellos denominan técnicas de construcción estatutaria.⁹

Estas técnicas son recursos empleados por los jueces para determinar el significado constitucional. Un ejemplo prominente de una taxonomía de estos mecanismos es la de Bobbit.¹⁰ Bobbit afirma que los argumentos constitucionales son convenciones adoptadas como parte de una gramática jurídica compartida orientada a proveer a los jueces con razones convincentes que motiven sus decisiones. Su tipología, por tanto, incluye argumentos que se suelen «encontrar en opiniones judiciales, en audiencias, en informes, y no en otro tipo ajeno a un razonamiento de tipo judicial».¹¹ La lista incluye el ‘argumento histórico’,¹² el ‘argumento textual’,¹³ el ‘argumento doctrinal’,¹⁴ el ‘argumento prudencial’,¹⁵ el ‘argumento estructural’,¹⁶ y el ‘argumento ético’.¹⁷ Otras incluyen referencias

con posterioridad a 1989, en la República Checa post-comunista, Hungría, Polonia, Rumanía, Rusia, Eslovaquia, los países Bálticos, y en varios estados de la ex Yugoslavia (Stone Sweet: 2000, 31). En América Latina, Guatemala fue el primer país en crear un tribunal constitucional (1965), seguido por Chile (1971), Perú (1979), Colombia (1979), Ecuador (1996), y Bolivia (1994). Otros países, de manera notoria el Reino Unido, han rechazado históricamente un a revisión judicial a la Estados Unidos. Sin embargo, reformas recientes han incrementado el poder de sus tribunales, donde la aprobación de la Human Rights Act de 1998 representa el ejemplo más notable. Nueva Zelanda, que hasta hace poco tiempo era considerada «el último bastión del sistema de Westminster», introdujo la New Zealand Bill of Rights, lo que marcó un «cambio abrupto en el balance de poder entre las ramas judicial legislativa y ejecutiva del Estado». (Hirschl 2004: 24).

8 Lovett 2015: 4.

9 Dworkin 1982: 181.

10 En favor de esta afirmación, véase Barber & Fleming 2007: 67; Law 2010: 42; Jefferson Powell 2008: 133; Whittington 2011: 77; y Bradley & Siegel 2014: 25.

11 Bobbit 1982: 6.

12 Bobbit 1982: 7; Berger 1977: 366; Whittington 2004; Colby & Smith 2009; Berman 2009.

13 Bobbit 1982: 7; Scalia 2015; Barber & Fleming 2007: 68.

14 Bobbit 1982: 7; Lamond 2014.

15 Bobbit 1982: 7, 60.

16 Bobbit 1982: 7, 74; Hunter 2005: 79.

17 Bobbit 1982: 93–120.

al significado ordinario, al contexto, a trabajos doctrinarios, al derecho comparado, etc.¹⁸

Un aspecto importante de estos arquetipos es que se dirigen a ayudar a un tipo particular de intérpretes – jueces – y a justificar un tipo de decisión – la decisión judicial.¹⁹ Considérese como ejemplo nuevamente a Bobbit; el hecho de que él construya su tipología en el marco de los debates acerca de la legitimidad de la revisión judicial es sintomático de la influencia del rol que los tribunales tienen en la interpretación de la constitución. De hecho, él observa que ésta es la cuestión central en el derecho constitucional norteamericano en el tiempo que escribió su trabajo.²⁰ Esto – el hecho de que un libro sobre interpretación reflexione sobre problemas de legitimidad política – no es, sin embargo, una coincidencia. Es, por el contrario, la consecuencia de una actitud extendida entre los juristas que confina o circunscribe la interpretación al ámbito judicial. En las palabras de Pound, es la consecuencia de considerar la interpretación como una cuestión de «carácter puramente judicial».²¹

Estas maneras de aproximarse a la interpretación favorecen una posición privilegiada de la judicatura en la imposición de significado a las normas constitucionales. No se puede negar que el día a día de la política y la legislación exige que diversas personas, instituciones, agentes y órganos interpreten la constitución, lo que contribuye a la creación y estabilidad de ciertas prácticas y a la comprensión de las formas en que los derechos y las libertades son concebidos.²² Sin embargo, incluso admitiendo que las ciudadanas influyen en los tribunales hasta un cierto punto por esta vía,²³ el hecho es que su influencia es no dispositiva, sino que depende de la voluntad de los jueces de acomodar sus puntos de vista a los de la ciudadanía.²⁴

Las relaciones entre los tribunales y otros agentes en la determinación del significado de la constitución a través de la interpretación, pueden ser aprehendidas mediante la distinción entre revisión judicial y supremacía judicial. Por revisión judicial entiendo un proceso por el cual los tribunales se rehúsan a aplicar, dar o hacer cumplir un estándar normativo dictado por otro agente, sobre la base de que dicho estándar es contrario a su interpretación de la constitución. Por el contrario, en un modelo de supremacía judicial, los tribunales

18 Jakab 2013: 12–33.

19 Para ejemplos de autores categorizando argumentos constitucionales bajo el mismo supuesto, véase Fallon Jr. 1987; Tribe 1988; Bakan 1989: 123–27; Post 1990; Schauer 2004; Contreras 2005: 320; García 2005: 189; Bustamante 2006; Papaspyrou 2008: 8–9; y Jakab 2013.

20 Bobbit 1982: 3.

21 Pound 1907: 381.

22 Sinnott-Armstrong & Brison 1993: 2; Waldron 1999: 5.

23 Dahl 1967: 155.

24 Segal & Spaeth 2002: 5.

no se limitan a imponer significado a la constitución en el contexto de un caso concreto. El significado que estos dan a las normas de una constitución, vincula a otros agentes hacia el futuro.²⁵

En un modelo de supremacía judicial, las decisiones judiciales generan obligaciones para otras instituciones que no se derivan necesariamente de casos concretos, sino de consideraciones generales y abstractas que imponen significado en cláusulas constitucionales. Este elemento extrínseco de la supremacía judicial es signo de la posición privilegiada de los tribunales en la interpretación de la constitución.

Este modelo es problemático en términos de la capacidad de los tribunales para determinar el significado de la constitución *vis-à-vis* otros agentes. En consecuencia, los comentarios críticos que aquí ofrezco no operan como argumentos contra el *stare decisis* u otros principios que regulan las relaciones internas entre tribunales diferentes y que introducen relaciones jerárquicas al interior de la judicatura por mor de la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de la ley en casos concretos. Lo que sí es problemático, es la extensión de estas relaciones jerárquicas a esferas no judiciales. La aplicación de la ley caso a caso no se *atomizaría* por el hecho de rechazar la supremacía judicial. Este rechazo es compatible con la función nomofiláctica atribuida los tribunales superiores de garantizar uniformidad en la interpretación de la ley *entre tribunales*, como también con una redefinición en términos de quien ha de estar a cargo de dar certeza normativa final. De acuerdo con Kramer, rechazar la supremacía judicial

no debería implicar mayores modificaciones en la labor cotidiana de la resolución de casos ... Lo que posiblemente cambiaría serían las actitudes y la autopercepción de los Jueces de la Corte al desarrollar sus rutinas[,] responsables de interpretar la Constitución de acuerdo con su mejor juicio, pero con la consciencia de que allí afuera hay una autoridad superior con el poder de revocar sus decisiones –una autoridad real, también, un «pueblo» en abstracto que se expresó alguna vez, doscientos años atrás, y después desapareció–.²⁶

Esta concepción contiene algunos elementos de la definición ofrecida por Waldron ofrece de revisión judicial en sentido fuerte, por una parte, y supremacía judicial, por otra. Pero, difiere de estas en un cierto punto. De acuerdo con Waldron, en los sistemas de revisión judicial de tipo fuerte, los tribunales tienen la autoridad para rehusarse a aplicar una norma a casos particulares, o de modificar sus efectos, o de declarar su inaplicabilidad (a). Una forma aún más fuerte de revisión judicial «empoderaría a los tribunales para remover un segmento de la legislación fuera del texto de la ley completamente» (b).²⁷ Para

25 De modo similar, Whittington 2007: 7.

26 Kramer 2011: 308.

27 Waldron 2006: 1354.

Waldron, la distinción entre revisión judicial en un sentido débil y un sentido fuerte es, sin embargo, un problema distinto de la cuestión de la supremacía judicial. Él considera que la supremacía judicial es una condición en la cual los tribunales resuelven asuntos importantes para la totalidad del sistema político (c), donde dichas decisiones se consideran como vinculantes para la totalidad de los actores de dicho sistema (d), y donde los tribunales se rehúsan a deferir su autoridad a las posiciones adoptadas sobre estos asuntos ni por otras ramas del gobierno ni por ellos mismos en el pasado (e).²⁸

Sin embargo, la distinción de Waldron entre dos grupos de categorías me parece innecesaria. De hecho, debido a que la categoría de revisión judicial está implícita en la supremacía judicial (no puede haber supremacía sin revisión), es la segunda la que emerge como el objetivo apropiado contra el cual argumentar. En primer lugar, (b), (c), (d) y (e) implican (a). Del mismo modo, (b) requiere el tipo de autoridad que (c), (d), y (e) conceden a los tribunales. Esto porque dejar sin efecto alguna parte de la legislación lleva implícito el ejercicio de una autoridad por parte de un tribunal con el poder suficiente para vincular a otros agentes del sistema político. De otra manera, estos agentes estarían en una posición de continuar aplicando la norma en cuestión a pesar de la opinión del tribunal. Esto es porque, como he mencionado en la introducción, prefiero entender la supremacía judicial como la tesis que señala que no hay un problema constitucional resuelto hasta que un tribunal lo ha resuelto. Esta concepción se aplica tanto a opiniones teóricas como prácticas constitucionales.

¿Por qué se tiene a los tribunales en tan alta estima? Una explicación posible es que pudiera haber algún vínculo conceptual entre la decisión judicial y la interpretación,²⁹ en el sentido que la actividad judicial siempre involucre interpretación. Esto, sin embargo, es falso puesto que, así como existen maneras no-interpretativas de seguir una regla, también hay maneras no-interpretativas de decidir casos.³⁰ O quizás la pericia interpretativa de los tribunales se explica por su exposición diaria a la tarea de decidir casos.³¹ También podría ser porque la interpretación constitucional presupone la existencia y uso de razones de segundo orden y que los tribunales respetan de mayor manera dicho tipo de razones.³²

Todas estas hipótesis comparten una preocupación: los jueces no deberían imponer su propia moralidad política o sus propias concepciones filosóficas o puntos de vista morales. Las diferentes modalidades o métodos de interpretación existen precisamente para evitar que sean las preferencias personales las que dominen el razonamiento que guía a tomar una decisión, y los jueces están

28 Waldron 2006: 1354.

29 Dascal & Wróblewski 1988: 216; Marmor 2000: 83.

30 Endicott 1994: 454; Wittgenstein 2009: § 201.

31 Así lo sugieren Harel & Kahana 2010: 258 y Harel 2014: 157.

32 Así lo sugieren Schauer 1993: 32 and Bellamy 2010: 45.

bien educados para llevar a cabo dicha tarea de esa manera. Sin embargo, en aquellas decisiones relativas a fuentes de inferior jerarquía, donde los jueces están más constreñidos en su poder decisorio como consecuencia de la mayor determinación de las cláusulas de dichas fuentes, no son emitidas en el mismo tipo de contexto conversacional del que las normas constitucionales forman parte.³³ El contexto conversacional esencialmente débil de las constituciones implica que las aplicaciones de sus normas a casos concretos incluyen con mayor probabilidad un grupo de consideraciones que es más amplio que en el caso de la aplicación de la legislación ordinaria.³⁴ En consecuencia, la capacidad de los jueces y su autoridad para interpretar mengua en la medida en que polisemia de los términos con los que operan incrementa y su contexto conversacional se debilita.

Esto nos deja con el problema, distinto, de encontrar razones para elegir un método de interpretación u otro. ¿Por qué razón es mejor optar por alguno(s) de estos métodos? ¿Existe alguna jerarquía de argumentos? ¿Tiene, por ejemplo, el argumento doctrinal alguna primacía o cualidad especial sobre, por ejemplo, el argumento estructuralista?

Las razones para elegir cualquiera de estos métodos de interpretación constitucional tienen poco de «judicial en su naturaleza». No existe ninguna justificación de tal naturaleza que pueda ser dada para elegir un método originalista, o doctrinal, o pragmático, o teleológico, etc., porque no existe una regla universal pre-ordenando la manera en la que las constituciones han de ser interpretadas.³⁵ En palabras de Sunstein,

[e]ntre todas las alternativas razonables, ninguna aproximación a la interpretación constitucional es obligatoria. Cualquier aproximación debe ser defendida sobre bases normativas – no afirmada como parte de lo que la interpretación requiere por su naturaleza.³⁶

Se sigue de esto que la pretendida naturaleza judicial de los métodos de interpretación no es ya una razón para apoyar la posición final de los tribunales como intérpretes constitucionales. Esto nos lleva al siguiente problema: si la interpretación constitucional apela en último término a razones que no son necesariamente de un tipo judicial, y si la autoridad de los jueces se sostiene a través de su habilidad para emplear mecanismos de interpretación cuya selección depende de estándares políticos, morales o filosóficos, ¿por qué no pueden otros actores tener autoridad para interpretar la constitución con carácter final? Las posturas analizadas dejan sus razones para esto implícitas.

33 Marmor 2014: 149.

34 Marmor 2014: 149.

35 Kelsen 2009: 132.

36 Sunstein 2014: 1.

En consecuencia, muchas tesis de derecho constitucional no son acerca de lo que la constitución significa, sino acerca de las diversas opiniones que «[los tribunales] han dicho sobre la constitución».³⁷ En ese sentido, Hunter señala que «la interpretación del derecho es fundamental para el sistema democrático y para el *Rule of Law*...», que la «interpretación del derecho cae dentro de las funciones de la judicatura» y que «el rol primordial de la judicatura es interpretar el derecho por medio del uso de cuantas herramientas tenga disponible».³⁸ Bobbit directamente llama a los jueces «artistas de nuestro campo».³⁹ Tate & Torbjörn han concluido que, en países como Australia, Francia, Alemania, Malta y Rusia, los jueces se han arrojado prerrogativas que han estado típicamente reservadas a representantes electos.⁴⁰ En Italia, Ferrajoli ha señalado que las decisiones que determinan el significado de las leyes y de la constitución pertenecen a la esfera de la judicatura.⁴¹ Hirshl también afirma que un

discurso de los derechos de tipo adversarial como el americano se ha convertido en una forma dominante de discurso político en [Canadá, Nueva Zelanda, Sudáfrica e Israel] ... [el cual] ha sido reforzado por un respaldo casi inequívoco a la noción de constitucionalismo y de revisión judicial por parte de académicos, juristas, y activistas.⁴²

Constituciones como las vigentes en Chile y España, por ejemplo, conceden a sus tribunales constitucionales una serie de poderes para decidir qué es lo que significa la constitución con carácter supremo. De acuerdo con la constitución chilena y con la ley orgánica del tribunal constitucional español, los proyectos de ley sobre leyes orgánicas o interpretativas de la constitución han de ser remitidas al tribunal constitucional para su control.⁴³ Por su parte, el artículo 1 de la ley que regula el funcionamiento del tribunal constitucional español se refiere a este tribunal como el «intérprete supremo de la constitución». Adicionalmente, la literatura sobre revisión judicial y sobre constitucionalismo evidencia una tendencia hacia una judicialización de la política.⁴⁴

Esta imagen idealizada de la judicatura y el correspondiente descrédito de la imagen de otros foros de decisión es el resultado de una forma paradigmática de cómo los juristas entienden su disciplina.⁴⁵ Existe un relativo consenso en que los jueces deben encontrar maneras para constreñir y justificar su actividad

37 Barber & Fleming 2007: 4; Tocqueville 2003: 315.

38 Hunter 2005: 79.

39 Bobbit 1982: 94.

40 Tate & Torbjörn 1995.

41 Ferrajoli 2006: 96.

42 Hirschl 2004: 1.

43 Couso 2004: 72–3.

44 Véase, por ejemplo, Waldron 1999; Hodder-Williams 1996: 38–44; Macedo 1999: 6; Bellamy 2011; Bellamy & Parau 2013: 256; y Mac Amhlaigh 2016: 175.

45 Waldron 1999.

interpretativa sin transgredir los límites de la separación de poderes.⁴⁶ La legitimidad, parece ser, no es realmente un problema para los jueces, quienes han de mostrar fidelidad a la constitución por medio de la aplicación de métodos que les permitan encontrar o descubrir un significado constitucional en lugar de criticar la estructura institucional en la que se ven inmersos. Rubinfeld resume esta postura tradicional de la siguiente manera: «no hay que preocuparse por la legitimidad; dejemos eso a los políticos y a los teóricos de la política. Todo lo que un juez constitucional necesita saber es cómo interpretar el derecho».⁴⁷

3 TESIS EXPLÍCITAS

En la primera sección se criticó una identificación problemática entre interpretación constitucional e interpretación judicial. Sin embargo, la posición privilegiada de los jueces en materia de interpretación constitucional también genera dudas relativas a la legitimidad de su autoridad desde un punto de vista político. En lo que sigue, discutiré dos posturas que argumentan explícitamente y ofrecen razones en favor de adoptar la perspectiva de los jueces y de un rol privilegiado de los jueces en la tarea de la interpretación constitucional. La primera tesis ofrece una justificación instrumental y la segunda una justificación normativa.

El mejor ejemplo de un autor que defiende una tesis instrumental es Ronald Dworkin. Él explícitamente considera argumentos democráticos y mayoritarios en contra de la supremacía de los tribunales. A continuación y de modo más extenso, analizo la tesis normativa de Harel por ser la suya probablemente la perspectiva más novedosa en defensa de los privilegios interpretativos de los jueces. Refuto ambos argumentos y cierro con algunas conclusiones.⁴⁸

3.1 Una justificación instrumental: Dworkin

Dworkin señala que los jueces deben elaborar una teoría del derecho que les permita identificar reglas, principios y políticas públicas, y aplicarlas de forma que dichos estándares muestren la mejor versión de la práctica jurídica de una comunidad. Las prácticas jurídicas son «empresas en cadena», donde la interpretación forma parte de una historia institucional de «innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas».⁴⁹

46 Hodder-Williams 1996: 124.

47 Rubinfeld 1998: 205.

48 Estas dos tesis no agotan el rango posible de defensas instrumentales y/o normativas. Otros autores como Bickel, Tribe, Rawls, Raz, Eisgruber, Habermas, Alexy, etc. podrían haber sido incluidos aquí. Sin embargo, éstos merecen análisis separados, y enfocarme en Dworkin y Harel me permite un mejor manejo del argumento.

49 Dworkin 1982: 193; Fish 1982: 202.

¿Por qué los *jueces*? ¿Qué es lo que hace que los tribunales sean *foros de principios*?⁵⁰ En consecuencia, ¿qué les convierte en el foro ideal de la interpretación del derecho? ¿No pueden acaso instituciones no-judiciales cumplir con los requisitos, por ejemplo, del principio de integridad, e interpretar la constitución sobre la base de principios? Una forma de aproximarse a estas preguntas es por medio del examen de lo que Dworkin denomina la *premisa mayoritaria* (PM), así como del rechazo de la misma por medio de un contraste con su propia tesis; la llamada *concepción constitucional de la democracia* (CCD).

Con esto no estoy sugiriendo que la única forma en que Dworkin aboga por los tribunales es por medio del rechazo a la PM, o que esta es la más justificación más destacada que él tiene a su disposición. Lo que quiero hacer es, más bien, aislar la discusión que Dworkin mantiene contra la PM para describir el tipo de razonamiento que usan los juristas cuando debaten acerca de qué instituciones son adecuadas para respetar límites constitucionales. La tendencia es al rechazo a las instituciones mayoritarias en tanto se asume que los tribunales y sus jueces tienden con más fuerza a producir mejores resultados. Este tipo de razones (*outcome-based*) no estarían disponibles para instituciones mayoritarias con la misma fuerza que lo están para la judicatura. La distinción Dworkiniana entre la PM y la CCD está permeada por estas suposiciones.

Dworkin describe la PM como sigue:

[La PM] es una tesis acerca de los resultados justos de un proceso político: insiste en que los procedimientos políticos deberían diseñarse de manera que, al menos en materias importantes, la decisión a la que se llegue sea la decisión que una mayoría de ciudadanos favorece. La premisa supone ... que es siempre injusto cuando a una mayoría no se le permite salirse con la suya, de modo que incluso cuando existen suficientes razones que impiden justificar esto, la injusticia permanece.⁵¹

Contra esto, Dworkin defiende una tesis instrumentalists – la CCD. Esta tesis considera que la meta que define a la democracia es una diferente: que las decisiones colectivas sean hechas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas, traten a todos los miembros de la comunidad como individuos con igual consideración y respeto.⁵²

En ese sentido, la democracia es gobierno sujeto a condición de igualdad de estatus y consideración para todos los ciudadanos, de modo que cuando las instituciones mayoritarias respeten dichas limitaciones, los individuos tendrán buenas razones para aceptar y seguir dichos veredictos. Sin embargo, instrumentalmente, cuando estas instituciones son fallidas, o cuando las condiciones de democracia – en el sentido de Dworkin – no se cumplen, «no puede haber

50 Dworkin 1981.

51 Dworkin 1996: 16–7.

52 Dworkin 1996: 17.

objeción alguna, en el nombre de la democracia, a otros procedimientos que las protejan y las respeten de mejor manera».⁵³

Sin embargo, Dworkin no es completamente justo en su descripción de la PM y su contraste con la CCD. Ambas son definidas de manera muy estrecha. La PM deja fuera posturas que no sólo rechacen controles contramayoritarios, sino que igualmente respeten el constitucionalismo. Esto es, que situar a las mayorías en la cúspide del sistema jurídico y político no implica menoscabar o no hacer propio el constitucionalismo. Sin embargo, es esto lo que la PM implica cuando Dworkin dice que ésta supone que es *siempre* injusto cuando a una mayoría no se le permite salirse con la suya, incluso en la presencia de razones que pesen en su contra. Esta descripción es engañosa en tanto sugiere que las teorías democráticas mayoritaristas *deben* sostener que cualquier desvío de la voluntad popular es injusto o que supone un costo moral de algún tipo.⁵⁴ De hecho, Dworkin no cita a ningún autor que defienda esta versión populista de la PM.

Más aún, el contraste sugerido por Dworkin es también falso. No hay razón para pensar que uno debe elegir entre una concepción de la democracia puramente estadística como la implícita en la PM, o una comunal o sustantiva, como la CCD.⁵⁵ La forma en que Dworkin plantea la discusión es, creo, sintomática de una tendencia en teoría constitucional que muestra una desconfianza hacia instituciones mayoritarias sobre la base de los resultados que podrían producir y de cómo dichos resultados podrían poner en riesgo los pre-compromisos constitucionales,⁵⁶ a pesar de que las razones instrumentalistas puedan también operar en dicha dirección. Este tipo de razones son sólo una parte de la totalidad de justificaciones disponibles para las instituciones y sus principios, y no establecen ventajas decisivas en favor de ninguna de ellas.⁵⁷

Alguien podría objetar que Dworkin alega que «la democracia no insiste en que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco insiste en que no la tengan».⁵⁸ Su perspectiva, por tanto, parece compatible con formas institucionales que no den la palabra final a instituciones no-judiciales. Sin embargo, esta interpretación se encuentra reñida con la defensa insistente que Dworkin hace del tribunal como el foro de los principios y de las mayorías como el foro de las políticas públicas y de los objetivos colectivos, no sólo en el sentido de que los jueces no deban generar políticas públicas, sino también en el sentido de que

53 Dworkin 1996: 17.

54 El término 'comunal' es de Bassham, 2014: 1267.

55 Bassham 2014: 1267.

56 Por ejemplo, Hamilton 1948; Garzón Valdes 1993; Jones 1994; Dworkin 1996; Bellamy 2010: 109-124 (sin hacer propios estos puntos de vista); Ferrajoli 2008.

57 Waldron 2006: 1372, 1379-86; 2015: 444; Bellamy 2010: 43, 180-1; Mac Amhlaigh 2016: 180.

58 Dworkin 1996: 7.

las mayorías no están en posición de razonar en términos de principios.⁵⁹ No es tampoco compatible con el sentido estático que le da al principio de integridad en la legislación,⁶⁰ ni con su descripción del tribunal como la capital del imperio del derecho, de los jueces como sus príncipes,⁶¹ ni finalmente con la ausencia total en su obra de un desarrollo de otras formas institucionales compatibles con su *moral reading* que no impliquen darle poderes interpretativos especiales a la judicatura.

En consecuencia, la pregunta que surge por sí sola es: ¿es posible que las condiciones requeridas por la CCD sean cumplidas por algún diseño institucional que no incluya a la supremacía judicial como parte de dicho esquema? Si lo que importa es que estas condiciones se cumplan, y los tribunales sean instrumentales para lograr dichos fines – esto es, que sus privilegios interpretativos se justifiquen en tanto garanticen las condiciones constitucionales de la democracia – entonces, se sigue que hay espacio conceptual para arreglos institucionales sin supremacía judicial en tanto estos respeten las condiciones constitucionales. En consecuencia, la respuesta de Dworkin a la pregunta de por qué debemos desconfiar de las capacidades de instituciones mayoritarias de asegurar las condiciones constitucionales de la democracia, es incompleta. Al concebir la PM de una forma demasiado estrecha, Dworkin ha ignorado un grupo de razones que podrían justificar instituciones y procedimientos mayoritarios.⁶² Esto le lleva a omitir teorías plausibles que pongan el control de constitucionalidad en las manos de las mayorías al tiempo que se respete el constitucionalismo, sin descansar en una judicatura herculeana.

Por tanto, para determinar quién ha de imponer significado en una constitución se vuelve necesario recurrir a consideraciones normativas. Esto es, consideraciones que no enfatizan los resultados por sobre razones de tipo procedimental.⁶³ Como he indicado en la introducción, es por esto que, a continuación, me centro en la tesis normativa propuesta por Harel.

3.2 Una justificación normativa: Harel

Alon Harel ha elaborado una defensa de tipo normativo de un rol privilegiado de la judicatura en la interpretación constitucional.⁶⁴ En su propuesta, «la revisión judicial está diseñada para proveer a los individuos con un derecho a una audiencia o para elevar una queja».

59 Dworkin 1978: 82; 1981: 517–18.

60 Waldron 2003: 373.

61 Dworkin 1990: 407.

62 Dworkin 1996: 34.

63 Waldron 2015: 444.

64 Harel 2014: 191, 199.

«Más concretamente», señala:

La revisión judicial es indispensable porque concede a los individuos oportunidades para impugnar decisiones que vulneren (o que puedan haber vulnerado) sus derechos, para entablar una deliberación razonada respecto de dichas decisiones, y para beneficiarse de una reconsideración de las mismas a la luz de dicha deliberación.

La justificación de la revisión judicial está basada en

aspectos procedimentales que representan características esenciales de las instituciones judiciales per se ...[,] en el deber fundamental del Estado de consultar a sus ciudadanos sobre cuestiones de derechos, y consultar a aquellos que se quejan (justificada o injustificadamente) de que sus derechos han sido vulnerados.⁶⁵

Esta postura se desmarca de estrategias instrumentales debido a que, para Harel, el derecho a una audiencia es un elemento constitutivo del proceso de decisión judicial, en el sentido que el proceso es, en realidad, una manifestación de dicho derecho. La relación entre las dos categorías es necesaria, no contingente o instrumental.

Para Harel también es importante notar la relación entre su propia idea de los derechos y el valor de su garantía. Según él una sociedad en la que los legisladores protejan derechos, pero en la cual no se encuentren obligados a hacerlo, es una que es inferior moralmente a otra en la que dicho deber existe. Esto porque en una sociedad del segundo tipo, «los individuos no viven a merced de los legisladores; sus derechos no dependen de los juicios o inclinaciones de los legisladores respecto del bien común».⁶⁶

Esto merece algunos comentarios. El primero cuestiona la extensión de los efectos del derecho a una audiencia: ¿están capacitados los tribunales para deliberar sobre cuestiones relativas a derechos? Harel respondería con seguridad en la afirmativa. Pero la pregunta puede replantearse: ¿están capacitados los jueces para deliberar acerca de cuestiones de derechos en casos concretos y en nombre de toda la sociedad? En la terminología de este artículo: ¿sirve esta justificación de la revisión judicial también para la supremacía judicial?

Este replanteamiento es importante, porque hay una diferencia entre, por una parte, resolver quejas individuales y escuchar a aquellos afectados en casos individuales, y revisar la constitucionalidad de las normas emitidas por otras ramas del Estado con efectos *erga omnes*, por otra. Harel no considera esta diferencia. Su defensa del derecho a una audiencia es efectiva en tanto argumento en favor de la revisión judicial, pero es insuficiente para justificar la supremacía judicial. El hecho de que las decisiones judiciales son individualizadas representa tanto un valor como una limitación para el proceso judicial. Un valor en el sentido de que provee a los individuos con un foro donde estos pueden defen-

65 Harel 2014: 192.

66 Harel 2014: 148.

der sus propias concepciones de lo que los derechos constitucionales significan y de cómo debieran ser aplicados. Una limitación en el sentido de que el razonamiento judicial tiene lugar en un contexto limitado, que incluye segmentos no representativos de la población, y que está constreñido por el tipo de razonamiento de segundo orden que los jueces emplean para justificar sus decisiones. Esto les impide debatir con plena libertad los asuntos morales y políticos que suelen ser sometidos a decisión en procedimientos constitucionales.⁶⁷

Si bien Harel insiste en que él defiende un modelo limitado de revisión judicial,⁶⁸ él señala que ciertas consideraciones de predictibilidad, coordinación, certeza, etc., dan «razones independientes para conceder una aplicación normativa más extensiva a las decisiones judiciales».⁶⁹ El derecho a la audiencia, por tanto, no sólo justifica la reconsideración de una decisión a través de un procedimiento individualizado, sino que también justifica los efectos de dicha decisión a otras áreas y foros.⁷⁰ Esto es coincidente con la forma en que he descrito la supremacía judicial.

Las razones que Harel da para defender su postura se alejan, sin embargo, del sendero normativo que él alega seguir. Si nuestro conocimiento empírico mostrase que los tribunales siempre resuelven disputas basados en principios, aplicando sólo el derecho vigente, y guiados estrictamente por consideraciones relativas a los derechos, la confianza de Harel en la capacidad de los mismos de generar predictibilidad, certeza, etc., estaría sin duda justificada. Los tribunales serían especiales en ese mundo ideal. La realidad, sin embargo, es diferente y más complicada. Cuestiones de orden político y personal juegan también un rol en el proceso de decisión judicial, especialmente en el nivel constitucional. Es conocido que los tribunales deciden en algunas ocasiones basados en principios, otras veces de modo actitudinal, y algunas veces políticamente.⁷¹ Si, de hecho, damos valor a los tribunales porque aseguran estos valores que Harel enfatiza, entonces hemos de mirar, por decirlo así, «fuera del derecho».

En segundo lugar, y en el contexto de una discusión sobre los beneficios de garantizar y positivizar directivas constitucionales,⁷² Harel se vale de la teoría republicana para alegar que el rol especial dado a los tribunales es necesario porque es una manera de prevenir que los individuos vivan a merced de los legisladores.⁷³ En terminología republicana, que sean dominados. Esto ocurre

67 Waldron 2007; 2009; 2011.

68 Harel 2014: 193.

69 Harel 2014: 215.

70 Harel 2014: 216.

71 Segal & Spaeth 2002; Goldsworthy 2011.

72 Harel 2014: 151-152.

73 Harel 2014: 151. Para una descripción de la noción de libertad como no-dominación, véase Skinner 1998: 27; 2002: 247; 2008: x; Larmore 2001; Lovett 2010: 119; y Pettit 2015: 50

no sólo ... como resultado de posibles decisiones opresivas adoptadas por las mayorías, sino porque incluso cuando las mayorías protegen derechos de manera vigorosa, la decisión de hacer es discrecional. Está basada en los juicios o preferencias de los legisladores y, en consecuencia, no reconoce la naturaleza vinculante de los deberes del Estado que se derivan de los derechos».74

Sin embargo, Harel equipara discreción y arbitrariedad. Esto es un error, pues la primera no implica la segunda. De hecho, la distinción entre ambos conceptos se encuentra en el centro de la concepción de libertad que Harel dice compartir. Es posible delegar poderes discrecionales a autoridades públicas, pero esto no implica que la libertad como no-dominación se reduzca por ese sólo hecho.75

La plausibilidad de la idea republicana de libertad depende en gran medida de la distinción entre arbitrariedad y discrecionalidad.76 Todas las decisiones son discrecionales y reflejan una opción entre varias opciones diversas. Pero esto no hace que tales decisiones sean necesariamente arbitrarias. En términos procedimentales, una decisión es arbitraria «en tanto no está constreñida de manera efectiva por reglas, procedimientos o fines que sean del conocimiento de todas las personas o grupos afectadas».77 Sustantivamente, el poder arbitrario es equivalente a una «interferencia que no es controlada por el destinatario».78 Si, como Harel defiende de modo enfático, el rol privilegiado de los tribunales como intérpretes depende de su obligación de dar razones en el contexto de una audiencia deliberativa, entonces él no está negando que los tribunales actúen con discreción. Lo que realmente Harel valora es que los tribunales no son arbitrarios, esto es, que deciden como foros deliberativos donde los problemas son escuchados y donde las decisiones son justificadas. Pero Harel no considera que los legisladores también ofrecen razones para sus decisiones, que también están limitados por reglas procedimentales, y que están aún más controlados que los jueces mismos pues se encuentran sometidos a evaluación electoral. Como los tribunales, tienen discreción, pero no son arbitrarios. La segundo es conducente a dominación *per se*, lo primero no.

Existe una razón adicional para rechazar el argumento de Harel que se relaciona con su uso de la teoría de la libertad republicana. Harel alega que los procedimientos democráticos son, con frecuencia, perjudiciales para la libertad porque la disposición de los legisladores de defender derechos no se deriva del deber del Estado de protegerlos. Esto, sin embargo, no es coherente con lo que él mismo llama la «hipótesis de la limitación», esto es, que los legisladores se encu-

74 Harel 2014: 152.

75 Lovett 2014: 11-2.

76 Larmore 2001: 239; Lovett 2014: 11-2.

77 Lovett 2014: 11.

78 Pettit 2012: 58.

entran moral y políticamente limitados en su poder de decisión.⁷⁹ En términos republicanos, la hipótesis de la limitación supone una extracción o reducción de poder democrático para decidir de determinadas maneras sobre ciertos asuntos. Si las mayorías vulneran los límites impuestos sobre ellas, desaparecen las razones que justifican sus decisiones y devienen, por esta razón, arbitrarias. Esto no significa, sin embargo, que dentro de las posibilidades interpretativas dadas por la moral, la política, y el derecho, no exista discreción. El primer caso es perjudicial para la libertad entendida como no-dominación. El segundo, no.

Finalmente, si bien la idea de que aquellas sociedades vinculadas por directivas constitucionales garantizadas son superiores a aquellas en que dicha garantía no existe es atractiva en la teoría, en la práctica se enfrenta a dificultades empíricas. El hecho de que una constitución mencione derechos fundamentales no es realmente una garantía de su respeto.⁸⁰ Desafortunadamente, el papel constitucional «aguanta todo», y esto ha de generar escepticismo acerca de la tesis en virtud de la cual garantizar derechos constituye una prueba de superioridad en términos de libertad republicana cuando se comparan estas cartas con constituciones donde dichas garantías escritas no existen. Más aún, Harel no entra en discusión con quienes han puesto en duda el valor de vivir en «una cultura de derechos».⁸¹ Por ejemplo, Hirschl ha argumentado lo contrario.⁸² Hirschl ha señalado que los procesos de constitucionalización que han incluido la incorporación, creación y garantía de cartas de derechos han facilitado y promovido una visión negativa o no-intervencionista de los derechos y de su protección a través de la revisión judicial «a expensas de una concepción más ‘positiva’ y colectivista de los derechos».⁸³ Uno aún podría alegar que todavía en estos casos la libertad de los sujetos ha sido reconocida y protegida, pero dicho argumento tendría que limitarse a la libertad como ausencia de interferencia. Ésta, sin embargo, no es la libertad por la que aboga Harel.

4 CONCLUSIÓN

He arrojado luces sobre un problema que surge en un punto donde la teoría del derecho se solapa con la teoría política: la interpretación constitucional. Aquellas tesis que aquí denomino «implícitas» generalmente omiten la cuestión de la naturaleza de los métodos de interpretación constitucional. Con ello también omiten de maneta tácita otras formas de determinar el significado consti-

⁷⁹ Harel 2014: 169.

⁸⁰ Loewenstein 2000: 151-56.

⁸¹ Harel 2007: 49.

⁸² Hirschl 2004: 16.

⁸³ Hirschl 2004: 102.

tucional y, por tanto, no consideran otros foros donde la constitución pueda ser interpretada con autoridad final. Si las interpretaciones de la constitución se limitan a arquetipos o mecanismos «judiciales», se sigue que es la judicatura la encargada de tener la palabra final en la interpretación de la constitución. He criticado esta aproximación al problema poniendo en entredicho la premisa que señala que la interpretación de la constitución es exclusivamente una actividad judicial.

Hoy por hoy se requiere un diálogo activo entre la teoría del derecho y la teoría política. En ese sentido, es importante tener presente los diversos problemas que surgen de la relación entre legitimidad, participación e inclusión política. En el caso de la interpretación constitucional, dicho diálogo se ha visto opacado por una limitación en el rango de argumentos disponibles a perspectivas judiciales y a justificaciones instrumentales. En palabras de Bellamy, «el rol constitucional de la política en democracia ha sido en gran medida ignorado o desestimado en la literatura jurídica reciente. El énfasis está siempre en constreñir o regular el poder político».⁸⁴ La deliberación y la calidad de los debates constitucionales en otros foros puede que no haya recibido mucha atención doctrinal comparados con su contraparte judicial, pero esta tendencia ha de ser revertida, no aumentada negando a estos foros la capacidad de debatir cuestiones constitucionales sobre la base de principios.

A su vez, las tesis «explícitas» que he considerado aquí se «quedan cortas» en la justificación de sus propios argumentos. Por medio de una crítica a algunos aspectos de la obra de Dworkin, he cuestionado los beneficios que él ve en darles privilegios interpretativos a los jueces. Otro tipo de razones se vuelven necesarias para justificar prácticas políticas, pues las perspectivas instrumentales siempre tendrán que enfrentar las consecuencias de sus propios argumentos. Defender la judicatura o cualquier otra institución sobre la base de los resultados que éstas producen es una estrategia que pierde su atractivo cuando se confrontan esos resultados con «malas» decisiones adoptadas por los mismos agentes. Por esto es que se vuelve necesario dar razones normativas y/procedimentales para que nos encontremos frente a una tesis completa de la legitimidad de cualquier institución.

Es por estas razones que he considerado la defensa que Harel hace de las competencias interpretativas de la judicatura. Esta estrategia, si bien correctamente orientada, falla debido a que las premisas teóricas que subyacen a su argumento no son suficientes para justificar la supremacía judicial. Más aún, he mostrado que Harel malinterpreta la libertad republicana al utilizar dicho concepto para determinar los roles que les corresponde a la judicatura y a las instituciones mayoritarias. En conclusión, ninguna de las teorías aquí consideradas justifica un rol decisivo de los tribunales en la interpretación de la constitución.

84 Bellamy 2010: 158.

El argumento presentado aquí ha sido en gran medida uno de carácter negativo. Esto abre la puerta a la pregunta de qué alternativas hay a la supremacía judicial. La literatura muestra alternativas que, si bien no se centran de modo estricto en el problema de la interpretación, sí sugieren que la participación popular puede jugar un rol dispositivo en cuestiones constitucionales. Diversas propuestas y combinaciones de las mismas sugieren que hay espacio para el involucramiento de los ciudadanos en la política constitucional sobre la base de principios de un modo coherente con el rechazo a la supremacía judicial. Considérese, por ejemplo, el *Deliberation Day* de Ackerman & Fishkin,⁸⁵ los consejos ciudadanos, la reconsideración pública de decisiones judiciales o, como lo llama Donnelly, el «veto popular»,⁸⁶ jurados constitucionales,⁸⁷ iniciativas legislativas populares, consejos consultivos ciudadanos,⁸⁸ encuestas deliberativas,⁸⁹ y *mini-públicos* en general.⁹⁰ Si bien no todos estos mecanismos están diseñados teniendo en mente el problema de la interpretación constitucional, los ejemplos muestran que los ciudadanos pueden participar en política y tomar decisiones por sí mismos. También, existen ejemplos de mecanismos institucionales que son, *prima facie*, compatibles con una visión no supremacista de los tribunales. Considérese, por ejemplo, la *notwithstanding clause* de la constitución canadiense, o la declaración de incompatibilidad incorporada al derecho del Reino Unido por medio de la *Human Rights Act* de 1998. Ambos instrumentos transfieren poder político desde sus tribunales a otros agentes en materias constitucionales. Sin embargo, la idoneidad de los mismos no ha de tomarse por sentado, pues merecen un análisis que desborda los objetivos de este ensayo.

Por ahora, es suficiente señalar que, sin perjuicio de la forma que adopten o de los detalles de su diseño, cualquier alternativa que favorezca interpretaciones populares de la constitución debería responder al menos los siguientes siete tipos de preguntas. Estas preguntas abren el camino para futuras investigaciones en teoría del derecho y teoría política.

Primero, estas tesis requieren la elaboración de argumentos de principio en favor de una democracia más directa que la requerida por las teorías y los sistemas jurídicos donde la supremacía judicial es la norma.

Segundo, los constitucionalistas populares deberían ofrecer justificaciones de si y por qué es importante considerar cuestiones empíricas, tales como cuál

85 Ackerman and Fishkin 2004.

86 Donnelly 2012: 159.

87 Gosh 2010.

88 Brugué, Font & Gomá 2001.

89 Fishkin 1997.

90 Chambers 2003; Delli Carpini, Lomax Cook & Jakobs 2004; Schkade, Sunstein & Hastie 2010; Fung 2003.

foro es el más idóneo para la protección de derechos, libertades, etc. No es obvio que sean instituciones no-judiciales las que producirán mejores resultados de manera más consistente en el tiempo, incluso si se aceptan los argumentos ofrecidos en este trabajo.

Tercero, los constitucionalistas populares deberían reflexionar sobre las relaciones entre la ciudadanía y las instituciones representativas, los dos «lugares» donde es más probable que algo así como un constitucionalismo popular se implemente – cuál de las dos dimensiones del *demos* tiene más legitimidad y/o ha de ser preferida o confiada con la palabra final en la interpretación de la constitución.

Cuarto, en lo relativo a las relaciones entre legitimidad política y moral o la justicia, quienes sostengan versiones más populares del constitucionalismo han de ofrecer respuestas a la pregunta de cuál de estas categorías tiene un mayor peso y, por tanto, habría de ser preferida en casos de conflictos entre ellas.

Quinto, la opinión respecto a que no se presta suficiente atención a los métodos de interpretación no-judiciales invita a reflexionar sobre otro tipo de mecanismos. Futuras investigaciones sobre el constitucionalismo popular deberían desarrollar mecanismos apropiados para dotar de significado a la constitución.

Sexto, la elaboración de dichos métodos generaría preguntas adicionales acerca de la distribución del trabajo entre los teóricos de la política y teóricos del derecho. Generaría probablemente discusiones acerca de cuál es el dominio de la filosofía del derecho. Por ejemplo, ¿deberían los juristas preocuparse acerca de métodos populares de interpretación constitucional? O, ¿deberían los teóricos políticos preocuparse de la teoría del derecho al nivel de la interpretación? Probablemente, estos son falsos dilemas, pero deberían tomarse en serio de todos modos.

Séptimo, una vez que las preguntas anteriores hayan sido respondidas, se deberían materializar propuestas institucionales concretas. Estas cuestiones abrirán, por tanto, la puerta a consideraciones más positivas.

—**Agradecimientos.**— Este artículo se ha beneficiado de los comentarios hechos por dos árbitros de esta revista. Agradezco los comentarios a versiones previas de este manuscrito hechos por Adrian Blau (King's College London), Richard Brunaugh (Western University Canada), Tania Bush Venthur (Universidad de Concepción, Chile), Koldo Casla Salazar (King's College London), Nicole Darat (Universidad Adolfo Ibáñez, Chile), Robin Douglass (King's College London), Alon Harel (Hebrew University of Jerusalem), John Magyar (Cambridge University), Johan Olsthoorn (KU Leuven) Sebastian Reyes (Uppsala), y Lorenzo Zucca (King's College London). Me gustaría extender también mis agradecimientos a los participantes de la Venice Academy of Human Rights (2014), donde presenté una versión previa del artículo. En particular, agradezco los comentarios hechos por Jeremy Waldron (NYU), y Knut Traisbach (EIUC – Venice Academy of Human Rights). Adicionalmente, agradezco a los participantes de la conferencia Católica Legal Research en Lisboa, en particular al profesor y juez Gonçalo Almeida Ribeiro. Finalmente, este trabajo fue presentado en el Cambridge Legal Theory Workshop (2016). Agrade-

zco, por tanto, a sus organizadores y participantes. Esta investigación ha sido financiada por CONICYT a través del programa de Becas Chile, parte del programa de formación de Capital Humano Avanzado.

Bibliografía

- Bruce ACKERMAN & James FISHKIN, 2004: *Deliberation Day*. New Haven & London: Yale University Press. DOI: 10.1111/1467-9760.00146.
- Robert ALEXY, 2005: Balancing, constitutional review, and representation. *I-Con. International Journal of Constitutional Law* (2005) 3 (4). 572–581.
- Fernando ATRIA, 1999: Legal Reasoning and Legal Theory Revisited. *Law and Philosophy* (1999) 18 (5). 537–577.
- Joel BAKAN, 1989: Constitutional Arguments: Interpretation and Legitimacy in Canadian Constitutional Thought. *Osgoode Hall Law* (1989) 27(1). 123–193.
- Jack BALKIN, 2001: Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics. *Yale Law School Faculty Scholarship Series* (2001) 251. 101–152. DOI: 10.2307/797581.
- S. A. BARBER, & J. E FLEMING, 2007: *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*. Oxford: Oxford University Press.
- Randy BARNETT, 2011: Interpretation and Construction. *Harvard Journal of Law and Public Policy* (2011) 34. 65–72.
- Gregory BASSHAM, 2014: Freedom's Politics: A Review Essay of Ronald Dworkin's *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. *Notre Dame Law Review* (2014) 72(4). 1235–1276.
- Richard BELLAMY, 2010: *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Traducción de Jorge Urdánaz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- Richard BELLAMY, 2011: Political Constitutionalism and the Human Rights Act. *I-Con. International Journal of Constitutional Law* (2011). 86–111. DOI: 10.1093/icon/mor024.
- Richard BELLAMY & Cristina PARAU, 2013: Introduction: Democracy, Courts and the Dilemmas of Representation. *Representation* (2013) 49(3). 255–266.
- Raoul BERGER, 1977: *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Cambridge and London: Harvard University Press.
- Mitchell BERMAN, 2009: Originalism is Bunk. *New York University Law Review* (2009) 84(1). 1–96. DOI: 10.2139/ssrn.1078933.
- Alexander BICKEL, 1986: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. New Haven and London: Yale University Press.
- Phillip BOBBIT, 1982: *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. Oxford University Press.
- Curtis BRADLEY & Neil SIEGEL, 2014: Constructed Constraint and the Constitutional Text. *Duke Law Journal* (2014) 64. 1–69. DOI: 10.2139/ssrn.2392101.
- Quim BRUGUÉ, Joan FONT & Ricard GOMÀ, 2001: Consejos Consultivos en Barcelona: Un balance. *Ciudadanos y decisiones políticas*. Ed. Joan Font. Barcelona: Ariel. 111–24.
- Tomás BUSTAMANTE BOHÓRQUEZ, 2006: La interpretación constitucional. *Universitas studentes* (2006) 3. 123–156.
- Simone CHAMBERS, 2003: Deliberative Democratic Theory. *Annual Review of Political Science* (2003) 6. 307–326.
- Thomas COLBY & Peter SMITH, 2009: Living Originalism. *Duke Law Journal* (2009) 59. 239–307.
- Pamela CONTRERAS, 2005: Interpretación constitucional: un régimen especial. *Revista Derecho y humanidades* (2005) 11. 311–321.
- Javier COUSO, 2004: Judicial Review in Chile. *Democratization and the Judiciary*. Eds. Siri Gloppen, Roberto Gargarella & Erin Skaar. Portland: Frank Cass. 70–91.
- Robert DAHL, 1967: *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*. Chicago: Rand McNally & Company.
- Marcelo DASCAL & Jerzy WRÓBLEWSKI, 1988: Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law. *Law and Philosophy* (1988) 7. 203–224. DOI: 10.1007/BF00144156.
- Michael X. DELLI CARPINI, Fay LOMAX COOK & Lawrence JAKOBS, 2004: Public Deliberations, Discursive Participation and Citizen Engagement: A Review of the Empirical Literature. *Annual Review of Political Science* (2004) 7(1). 315–344.
- Ronald DWORKIN, 1982: Law as Interpretation. *Critical Inquiry* (1982) 9(1). 179–200.
- Ronald DWORKIN, 1996: *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Ronald DWORKIN, 2009: *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel.
- Christopher EISGRUBER, 2001: *Constitutional Self-Government*. Cambridge (Mass.) & London: Harvard University Press.

- Timothy ENDICOTT, 1994: Putting Interpretation in its Place. *Law and Philosophy* (1994) 13. 451–479.
- Richard FALLON Jr., 1987: A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review* (1987) 100(6). 1189–1286.
- Richard FALLON, 2015: The Meaning of Legal “Meaning” and Its Implications for Theories of Legal Interpretation. *The University of Chicago Law Review* (215) 82. 1235–1308.
- Luigi FERRAJOLI, 2006: *Garantismo*. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Trotta.
- Luigi FERRAJOLI, 2008: *Democracia y garantismo*. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta.
- James FISHKIN, 1997: *The Voice of the People. Public Opinion and Democracy*. New Haven: Yale University Press.
- Archon FUNG, 2003: Survey Article: Recipes for Public Spheres: Eight Institutional Design Choices and Their Consequences. *The Journal of Political Philosophy* (2003) 11(3). 338–367. DOI: 10.1111/1467-9760.00181.
- Victor GARCÍA TOMA, 2005: El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas). *Anuario de derecho penal*. Ed. José Hurtado Pozo. 173–210.
- Ernesto GARZÓN VALDES, 1993: *Consenso, racionalidad y legitimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Jeffrey GOLDSWORTHY, 2003: Raz on Constitutional Interpretation. *Law and Philosophy* (2003) 22. 167–193.
- Jeffrey GOLDSWORTHY, 2011: The Limits of Judicial Fidelity to Law: The Coxford Lectures. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (2011) 24(1). 305–325.
- Riccardo GUASTINI, 2015: A Realistic View on Law and Legal Cognition. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (2015) 27. 45–54. <https://revus.revues.org/3304/>. DOI: 10.4000/revus.3304.
- Jürgen HABERMAS, 1998: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.
- Alon HAREL, 2014: *Why Law Matters*. Oxford: Oxford University Press. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199643271.001.0001.
- Alon HAREL & Tsvi KAHANA, 2010: The Easy Core Case for Judicial Review. *Journal of Legal Analysis* (2010). 227–256. DOI: 10.1093/jla/2.1.227.
- Ran HIRSCHL, 2004: *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Richard HODDER-WILLIAMS, 1996: *Judges and Politics in the Contemporary Age*. London: Bowerdean.
- Tina HUNTER, 2005: Interpretive Theories: Dworkin, Sunstein, and Ely. *Bond Law Review* (2005) 17(2). 78–101.
- András JAKAB, 2013: Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective. *German Law Journal* (2013) 8. 1215–1278. DOI: 10.2139/ssrn.1956657.
- H. JEFFERSON POWELL, 2008: *Constitutional Conscience: The Moral Dimension of Judicial Decision*. Chicago: University of Chicago Press.
- Peter JONES, 1994: *Rights*. London: Palgrave Macmillan. DOI: 10.1007/978-1-349-23671-8
- Hans Kelsen, 2009: *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Moisés Nilve. Buenos Aires: Eudeba.
- Larry KRAMER, 2011: *Constitucionalismo popular y revisión judicial*. Traducción de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons.
- Edouard LAMBERT, 2009: *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. Traducción de Félix de la Fuente. Madrid: Tecnos.
- Grant LAMOND, 2014: Precedent and Analogy in Legal Reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Ed. Edward Zalta. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>.
- Anna LAW, 2010: *The Immigration Battle in American Courts*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/CBO9780511750991
- Frank LOVET, 2010: *A General Theory of Domination and Justice*. Oxford: Oxford University Press. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199579419.001.0001.
- Cormac MAC AMHLAIGH, 2016: Putting political constitutionalism in its place. *I-Con. International Journal of Constitutional Law* (2016) 14(1). 175–197.
- Andrei MARMOR, 1992: *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Andrei MARMOR, 2000: *Interpretación y teoría del derecho*. Traducción de Marcelo Mendoza Hurtado. Barcelona: Gedisa.
- Andrei MARMOR, 2014: *The Language of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Stephen MACEDO, 1999: Introduction. *Deliberative Politics. Essays on Democracy and Disagreement*. Ed. Stephen Macedo. New York & Oxford: Oxford University Press. 3–14.

- Nicholas PAPASPYROU, 2008: *From the Commitment to Legitimacy to the Pursuit of Justice: An Essay on the Normative Structure of Constitutional Interpretation*. Retrieved from SSRN. DOI : 10.2139/ssrn.1111781. DOI: 10.2139/ssrn.1111781.
- Philip PETTIT, 2012: *On the People's Terms: a Republican Theory and Model of Democracy*. Cambridge University Press.
- Philip PETTIT, 2015: The republican law of peoples: A restatement. *Domination and global political justice: Conceptual, historical, and institutional perspectives*. Eds. Barbara Buckinx, Jonathan Trejo-Mathys and Timothy Waligore. New York: Routledge. 37-70.
- Richard POSNER, 2005: *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge and London: Harvard University Press.
- Robert POST, 1990: Theories of Constitutional Interpretation. *Faculty Scholarship Series* (1990) 209. 13-41.
- Roscoe POUND, 1907: Spurious Interpretation. *Columbia Law Review* (1907) 7(6). 379-386.
- John RAWLS, 2013: *Liberalismo Político*. Traducción de Antoni Domènech. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Joseph RAZ, 2013: *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Traducción de Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido. Madrid: Marcial Pons.
- Jed RUBENFELD, 1998: Legitimacy and Interpretation. *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Ed. Larry Alexander. Cambridge: Cambridge University Press. 194-234.
- Antonin SCALIA, 2015: *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores.
- Frederick SCHAUER, 1993: The Occasions of Constitutional Interpretation. *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*. Boulder: Westview Press. 29-45.
- Frederick SCHAUER, 2004: Judicial Supremacy and the Modest Constitution. *California Law Review* (2004) 92(4). 1045-1068.
- Jeffrey SEGAL & Harold SPAETH, 2002: *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/CBO9780511615696
- Walter SINNOT-ARMSTRONG & Susan BRISON, 1993: A Philosophical Introduction to Constitutional Interpretation. *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*. Eds. Walter Sinnott-Armstrong & Susan Boulder Brison. Westview. 1-25.
- Lawrence SOLUM, 2010: The Unity of Interpretation. *Boston University Law Review* (2010) 90. 551-578.
- Alec STONE SWEET, 2000: *Governing with Judges*. Oxford: Oxford University Press. DOI: 10.1093/0198297718.001.0001.
- Cass SUNSTEIN (29 August 2014): *There Is Nothing that Interpretation Just Is*. Available at SSRN. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2489088/>.
- Neal TATE & Vallinder TORBJÖRN, 1995: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University Press.
- Lawrence TRIBE, 1988: *American Constitutional Law*. 2nd ed. Mineola, New York: The Foundation Press.
- Michel TROPER, 2006: Constitutional Interpretation. *Israel Law Review* (2006) 39(2). 35-50. DOI: 10.1017/S0021223700013005.
- Jeremy WALDRON, 1999: *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/CBO9780511621987.
- Jeremy WALDRON, 2003: Legislating with Integrity. *Fordham Law Review* (2003) 72(9). 373-394.
- Jeremy WALDRON, 2006: The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal* (2006) 115. 1346-1406. DOI : 10.2307/20455656.
- Jeremy WALDRON, 2007: Lucky in Your Judge. *Theoretical Inquiries in Law* (2007). 185-216.
- Jeremy WALDRON, 2009: Judges as Moral Reasoners. *I-Con. International Journal of Constitutional Law* (2009) 7(1). 2-24.
- Jeremy WALDRON, 2011: Do Judges Reason Morally? *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. Ed. Grant Huscroft. Cambridge: Cambridge University Press. 38-64.
- Jeremy WALDRON, 2015: Judicial Review of Legislation. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. Ed. Andrei Marmor. New York: Routledge. 434-48.
- Keith WHITTINGTON, 2004: The New Originalism. *Georgetown Journal of Law & Public Policy* (2004) 2. 599-613.
- Keith WHITTINGTON, 2007: *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton: Princeton University Press.
- Keith WHITTINGTON, 2010: Is Originalism too Conservative? *Harvard Journal Review of Law and Public Policy* (2010) 34(1). 29-41.
- Keith WHITTINGTON, 2011: On Pluralism within Originalism. *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*. Eds. G. Huscroft & B. W. Miller. Cambridge: Cambridge University Press. 70-86.
- Keith WHITTINGTON, 2013: Originalism: A Critical Introduction. *Fordham Law Review* (2013). 375-406.
- Ludwig WITTGENSTEIN, 2017: *Investigaciones filosóficas*. Traducción de Jesús Padilla Gálvez. Madrid: Trotta.

