

# DOS DOGMAS DEL CONSTITUCIONALISMO\*

## TWO DOGMAS OF CONSTITUCIONALISMz

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2019 | Fecha de aceptación: 28 de agosto de 2019

Guillaume TUSSEAU\*

### Resumen

El presente artículo tiende a entender cómo, con el empleo de un enfoque comparatista de los fenómenos jurídicos y, más particularmente, del constitucionalismo contemporáneo, la obra de Elisabeth Zoller permite comprender como aspectos culturales, a la vez contextualizados en su aparición y circulando en su evolución, lo que diversos constitucionalistas contemporáneos, tanto en Francia como en el extranjero, tienden a considerar como invariables necesarias de todo sistema jurídico y político.

**Palabras clave:** Constitucionalismo, supremacía constitucional, rigidez constitucional y garantía jurisdiccional.

### Abstract

The present paper tends to understand how, with the use of a comparative approach to legal phenomena and, more particularly, contemporary constitutionalism, Elisabeth Zoller's work allows us to understand cultural aspects, both contextualized in their appearance and circulating in their evolution, which various contemporary constitutionalists, both in France and abroad, tend to consider as necessary invariables of any legal and political system.

**Keywords:** Constitutionalism, constitutional supremacy, constitutional rigidity and jurisdictional guarantee.

\*Esta obra fue publicada en su idioma original, con el título *Deux dogmes du constitutionnalisme en: Pen- ser le droit à partir de l'individu*, 835-883 (Wanda Mastor ed., Dalloz, 2018). Traducido del francés al español por Jesús Francisco Castro Oliva y Erika Jasso Perches.

\*\*Profesor del Instituto de Estudios Políticos de París. Miembro del Instituto Universitario de Francia.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los medios de la supremacía constitucional. III. Las Constituciones como normas “esencialmente impugnadas”. IV. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

**1**. Bajo el título “*Two Dogmas of Empiricism*”, Willard Van Orman Quine publicó en enero de 1951 un texto que revolucionó la filosofía contemporánea<sup>1</sup>. Primeramente arruinó la oposición entre verdades analíticas -fundadas sobre el significado de los términos independientemente de los hechos- y verdades sintéticas -dependientes de los hechos-. Enseguida rechazaba el reduccionismo, según el cual el significado de los enunciados depende últimamente de los términos, remitiendo a la experiencia inmediata. Abrió así la vía a cuestionar la herencia del positivismo lógico que había constituido el paradigma dominante de la teoría de las ciencias en el siglo XX<sup>2</sup>. La ambición de la presente contribución, cuyo título puede igualmente parecer prestado de otra obra más antigua<sup>3</sup>, es por demás modesta. Esta busca entender cómo, con el empleo de un enfoque comparatista de los fenómenos jurídicos y más particularmente del constitucionalismo contemporáneo, la obra de Elisabeth Zoller permite comprender como aspectos culturales, a la vez contextualizados en su aparición y circulando en su evolución<sup>4</sup>, lo que diversos constitucionalistas contemporáneos, tanto en Francia como en el extranjero, tienden a considerar como invariables necesarias de todo sistema jurídico y político. Falta precisamente descentralizar sincrónica y diacrónicamente su opinión<sup>5</sup>, corriendo el riesgo, tanto en el plano

1 Willard Van Orman Quine, *Two Dogmas of Empiricism*, 60 *The Philosophical Review*, 20-43, (1951). Ver por ejemplo en Sahotra Sarkar, *Decline and Obsolescence of Logical Empiricism. Carnap vs. Quine and the Critics*, 415 (Editorial Garland, 1996); Paolo Parrini, *Deux dogmes de l'empirisme' cinquante ans après*, 216 *Diogenes*, 108-121 (2006).

2 Prolongando este esfuerzo e identificando un tercer dogma del empirismo en la distinción, al seno de todo conocimiento o de cualquier otra experiencia, entre el esquema conceptual y el contenido empírico, ver, Donald Davidson, *On the Very Idea of a Conceptual Scheme*, 47 *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 5-22, (1973-1974).

3 John James Park, *The Dogmas of the Constitution. Four Lectures, Being the First, Tenth, Eleventh, & Thirteenth, of a Course on the Theory & Practice of the Constitution, Delivered at King's College, London, in the Commencement Term of That Institution*, 150 (B. Fellowes, 1832).

4 Ver por ejemplo, en este sentido Elisabeth Zoller, *Migrations constitutionnelles d'hier et d'aujourd'hui*, 187, (Ed. Panthéon-Assas, 2017).

5 Ilustrando esta doble perspectiva, ver específicamente Elisabeth Zoller, *Introduction au droit public*, 241 (Dalloz, segunda ed., 2013); y, Elisabeth Zoller, *Histoire du gouvernement présidentiel aux Etats-Unis*, 345 (Dalloz, 2011).

teórico como en el plano práctico, de una esterilización de la imaginación y de la creatividad institucionales<sup>6</sup>.

2. Como el derecho público o el derecho constitucional, con los que tiene un vínculo, el constitucionalismo es susceptible de ser estudiado en un tiempo relativamente largo. Tal como es hoy concebido, es frecuentemente entendido como el medio de proclamar y de proteger los valores políticos fundamentales insertándolos en un documento específico, gozando de una protección particular. Esta concepción tiene su origen en las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII. Según este paradigma<sup>7</sup>, que conoce algunas de sus expresiones más remarcables en los escritos de Thomas Paine y de Emmanuel-Joseph Sieyès<sup>8</sup>, una constitución debe tener varias características. Según Paine cuya biografía se ilustra a sí misma, por sus combates contra la cultura jurídica y política de su tiempo y por sus compromisos en Inglaterra, Francia y América, la mutación y la circulación de las ideas constitucionales, por ejemplo,

“Una *constitución* no es solo un simple escrito, sino algo más. No tiene una existencia imaginaria sino una existencia real; y ahí donde no podemos producirla bajo una forma visible, no hay ninguna. Una constitución es algo anterior a un gobierno y un gobierno, no es más que la creación de una constitución. La constitución de un país no es más el acto de su gobierno, sino aquél de la Nación que constituye un gobierno. Es el cuerpo de los elementos a los que podemos informar y podemos citar artículo por artículo; que contiene los principios según los cuales el gobierno debe ser establecido, la manera en la que será organizado, los poderes que tendrá, la forma de las elecciones, la duración de los parlamentos, u

6 Ver específicamente Roberto Mangabeira Unger, *Legal Analysis as Institutional Imagination*, 59 *The Modern Law Review*, 1-23 (1996).

7 Ver por ejemplo Zoller, *Introduction au droit public*, *supra* nota 5, 137-139; Elisabeth Zoller, *Splendeurs et misères du constitutionnalisme: les enseignements de l'expérience américaine*, 1 *Revista de derecho público y de ciencia política en Francia y en el extranjero*, 157-184 (1994). Sobre otros paradigmas ver, por ejemplo, Charles McIlwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, 180 (Cornell University Press, 1947); Francis Wormuth, *The Origins of Modern Constitutionalism*, 243 (Harper & Row, x, 1949); Maurizio Fioravanti, *Costituzione*, 184 (Il Mulino, 1999); Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 447 (Taschenbuch Wissenschaft, Bd. 968, 1991); Dieter Grimm y Heinz Mohnhaupt, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart: zwei Studien*, 144 (Duncker & Humblot, 2e Aufl., 2002); Paul Bastid, *L'idée de constitution*, [1962-1963], 197 (Económica, colección Classiques, 1985).

8 Ver por ejemplo Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, 671+6, (Hachette, 1970), Pasquale Pasquino, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, 262 (Odile Jacob, 1998); Raymond Kubben, *L'Abbé de Sieyès. Champion of National Representation, Father of Constitutions*, en *Constitutions and the Classics: patterns of constitutional thought from Fortescue to Bentham*, 290-311 (Denis Galligan ed., Oxford University Press, 2014). DOI: 9780198714989.003.0013

otras asambleas de esa naturaleza, cualquier sea el nombre que podamos darles; los poderes que la parte ejecutiva del gobierno debe tener; en una palabra todo lo que tenga relación con la organización perfecta de un gobierno civil, y con los principios próximos según los que debe actuar y por los cuales está limitada. Una constitución es entonces, respecto de un gobierno, lo que las leyes establecen de ese gobierno en relación a un a corte de justicia. La corte de justicia no hace las leyes, ni puede alterarlas, actúa solamente conforme a las leyes establecidas y el gobierno está igualmente sometido a la constitución”<sup>9</sup>.

En esa época, esta era una nueva conceptualización, de la que emergió la idea según la cual una constitución no es la colección de una masa de recursos más o menos indeterminados contribuyendo a dar su estructura a una unidad política, sino un instrumento formal, expresión de un constructivismo político, que se estropea lógica y normativamente anterior y superior a las acciones de las instituciones que define, habilita y limita. Es la expresión del poder constituyente, al que todos los otros poderes constituidos -jefes de Estado, gobiernos, parlamentos, jueces, etc.- deben obediencia<sup>10</sup>.

3. Desde un punto de vista formal, la constitución cierra el orden jurídico, en la medida en que ella define las propiedades que deben presentar todos los otros elementos del sistema con el fin de pertenecerle. La constitución es además una norma superior, tanto desde un punto de vista activo,- como ella puede derogar las otras normas - como de un punto de vista pasivo, en cuanto ella puede resistir a la derogación por otras normas<sup>11</sup>. Desde un punto de vista substancial, una constitución es considerada como un documento en el que los valores, los compromisos, las aspiraciones colectivas y el proyecto que el pueblo soberano se da son consignados<sup>12</sup>. Así como lo enunció de manera canónica el

9 Thomas Paine, *Droits de l'homme*; en réponse à l'attaque de M. Burke, (trad. Francois Soules, F. Buisson, 1791), accesible en el siguiente enlace: [http://classiques.uqac.ca/classiques/paine\\_thomas/droits\\_de\\_lhomme/droits\\_de\\_lhomme.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/paine_thomas/droits_de_lhomme/droits_de_lhomme.html) (consultado el 29 diciembre 2017). Sobre su pensamiento constitucional, ver por ejemplo: Richard Whatmore, *Thomas Paine, en Constitutions and the Classics: patterns of constitutional thought from Fortescue to Bentham*, *supra* nota 8, 414-437.

10 Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?*, 188 (Flammarion, 2009); Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, 217 (PUF, 1996); Ruben Martínez Dalmau, *Teoría y práctica del poder constituyente*, 495 (Tirant lo Blanch, 2014); y, Francisco Balaguer Callejón *et al.*, *Le pouvoir constituant au XXIe siècle*, 234 (Instituto universitario de Varenne, 2017).

11 Ver por ejemplo Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 496 (Charles Eisenmann trad., Dalloz, 2e éd, 1962); Adolf Julius Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, en *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 1311-1361 (Hans Klecatsky *et al.*, Universitätsverlag Anton Pustet, 2 bd., 1968).

12 Sobre esta doble dimensión, jurídica y política de las constituciones ver igualmente Stéphane Rials, *Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République*, *Revue*

artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que ofrece a Elisabeth Zoller la matriz de la inteligencia del derecho constitucional contemporáneo<sup>13</sup>, “Toda Sociedad en la que la garantía de los derechos no es asegurada, ni la separación de poderes determinada, no es una Constitución.” Es a este título que las constituciones, particularmente dan seguimiento a un período de autoritarismo político o luego de que pretenden adherirse a una perspectiva de constitucionalismo transformista<sup>14</sup>, cubren frecuentemente una función consistente a expresar aspiraciones en busca de un cambio social a realizar por medio del derecho<sup>15</sup>. De manera llamativa, en la Constitución ecuatoriana se descubren por ejemplo las siguientes palabras:

“Preámbulo

Nosotros (nosotras y nosotros), pueblo soberano del Ecuador

RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por las mujeres y hombres de distintos pueblos,

CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,

INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,

APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad,

COMO HEREDEROS de luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y de colonialismo,

Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,

Decidimos construir

Una nueva forma de coexistencia ciudadana, en la diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar un buen vivir, el *sumak kawsay* ;

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y

En ejercicio de nuestra soberanía, en la ciudad de Alfaro, Montecristi, Provincia de Manabí nos damos la presente

du droit public et la science politique en France et a l'étranger, 587-606 (1984).

13 Ver específicamente Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, 629 (PUF, 1998).

14 Ver Karl Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, 14.1 *South African Journal on Human Rights*, 146-188 (1998); Justice Pius Langa, *Transformative Constitutionalism*, 17.3 *Stellenbosch Law Review*, 351-360 (2006); y, Oscar Vilhena Vieira *et al.*, *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, 667 (Pretoria University Law Press, 2013).

15 Ver por ejemplo Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 *University of Pennsylvania Law Review*, 2021-2053 (1996); Mark Victor Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 *Yale Law Journal*, 1255-1309 (1999); y, Albert Richard, *The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules*, 59 *McGill Law Journal*, 225-281 (2013).

## CONSTITUCIÓN DE LA RÉPUBLICA DEL ECUADOR.”

Sobre este fundamento, es propuesto, en el cuadro de lo que Boaventura de Sousa Santos presenta como una “epistemología del sur<sup>16</sup>”, un proyecto de reconstrucción política y social fundado sobre la reconciliación de los individuos, de comunidades y de su medio ambiente.

Un pluralismo cultural inclusivo y un modelo de desarrollo económico desahogado de los imperativos del capitalismo extractor, volcados frente al desarrollo público de “capacidades<sup>17</sup>”, deben permitir los unos a los otros, de continuar armoniosamente los múltiples proyectos de buena vida<sup>18</sup>. Wolfgang Hoffmann-Riem, antiguo miembro de la Corte Constitucional Federal Alemana, señala a este respecto que “una constitución es la biografía de una nación<sup>19</sup>”. Ella presenta una dimensión simbólica, expresa los valores, un *ethos*, los proyectos, y autocomprensiones, al grado que ciertos autores proponen a veces entenderla como “*emotio*”<sup>20</sup>. No es solo un medio de tomar acto de lo que es una sociedad política, sino es una forma de punto de partida colectivo para imaginar y esperar un futuro político. Aunque este ejemplo sería el signo de una “revolución” viendo el surgimiento de un “nuevo constitucionalismo”, permanece fiel a ciertos principios o dogmas que han conquistado el globo. Al menos de manera aparente, si no es en la realidad de la práctica política, Louis Henkin sintetiza en estos términos los elementos claves del constitucionalismo:

16 Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, 237 (Universidad Politécnica Salesiana, 2010); Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido. Los derechos de la pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, 398 (Akal/ Inter pares, 2019).

17 Amartya Sen, *Commodities and Capabilities*, 89 (Oxford University Press, 1999); Martha Craven Nussbaum, *Capabilités. Comment créer les conditions d'un monde plus juste?*, 300 (Solagne Chavel trad., Climats, 2012).

18 Sobre este texto ver Santiago Andrade *et al.*, *La nueva Constitución de Ecuador*, 452 (Corporación Editora Nacional, 2009); Ramiro Ávila Santamaría *et al.*, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 410 (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2008); Ana María López Freire, *La constitución ciudadana. Doce visiones sobre un documento revolucionario*, 279 (Taurus, 2009). Sobre el tipo de constitucionalismo que emerge, ver específicamente Alberto Acosta Espinosa, *El Buen Vivir. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos*, 190 (Icaria, 2013); Antoni Pigrau Solé, *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, 765 (Tirant lo Blanch, 2013); y, Silvia Bagni, *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, 156 (Filodiritto, 2013).

19 Wolfgang Hoffmann-Riem, *Wolfgang Hoffmann-Riem Justice, Bundesverfassungsgericht (Constitutional Court) Germany*, en 3.4 *International Journal of Constitutional Law*, 556-560, 558 (2005).

20 Gerardo Eto Cruz, *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, 299 (Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional del Perú, 2008).

“El constitucionalismo no está definido en ninguna parte de manera definitiva, pero tal como es este término comúnmente empleado, una constitución destinada a reflejar el constitucionalismo presentará ciertos elementos comunes, con algunas variaciones. Ella proclama la soberanía del pueblo y fundamenta su autoridad en la voluntad del pueblo. Ella fórmula un proyecto de gobierno representativo responsable frente al pueblo a través del sufragio universal y de elecciones periódicas. La autoridad gubernamental es únicamente ejercida de acuerdo con las prescripciones y limitaciones constitucionales. El gobierno existe por el pueblo, pero se encuentra limitado por una declaración de derechos individuales. Muchos sistemas constitucionales fraccionan la autoridad gubernamental en medio de la separación de poderes o de otros frenos y contrapesos. (Ciertos sistemas operan una división ‘vertical’ de poder gracias a las formas del federalismo). Cada vez más, las constituciones prevén el control de constitucionalidad por una jurisdicción u otras instituciones independientes que tienen el poder de controlar el respeto de las prescripciones constitucionales y de ofrecer los recursos contra su violación. El constitucionalismo implica igualmente que la constitución no puede ser suspendida, esquivada o desconocida por los órganos políticos, y que no pueda ser modificada sino a través de procedimientos apropiados a los cambios de carácter constitucional y que dan efecto a la voluntad del pueblo actuando de manera constitucional<sup>21</sup>.”

Es por eso que la constitución no es como cualquier otra ley. Así como invitaba John Marshall, “No debemos jamás olvidar que es una constitución lo que interpretamos”<sup>22</sup>. En razón de su importancia política desde el punto de vista del *self-governement*, las constituciones necesitan una protección particular. Dándose los medios de resistir al cambio y de prevalecer sobre las normas incompatibles, ellas aparecen, según una fórmula prestada al artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, que tienen “dado al constitucionalismo [su] forma [la] más perfecta<sup>23</sup>”, como la “ley suprema del país”<sup>24</sup>.

21 Louis Henkin, *Elements of Constitutionalism*, *International Commission of Jurists*, en 60 *The Review*, 11-22 (1998).

22 *McCulloch v. Maryland* 17 US 316, 407 (1819), traducción al francés en: Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, 1328, 136 (PUF, 2000); y, Elisabeth Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, 33 (Daloz, 2010).

23 Zoller, *Splendeurs et misères du constitutionnalisme: les enseignements de l'expérience américaine*, *supra* nota 7, 159. Ver igualmente: Elisabeth Zoller, *Le droit des Etats-Unis*, 14-17 (Que sais-je, 2001).

24 Esta “supremacía” no es toda vez exenta de ambigüedades, ver por ejemplo Carlos Santiago Nino, *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*, en

Sin embargo, los valores de los que es portador el constitucionalismo, y su proyecto mismo en términos de emancipación política, se encuentran a veces en tensión con los medios que han asegurado su éxito desde finales del siglo XVIII. También los esfuerzos desplegados por el constitucionalismo contemporáneo para hacer de las constituciones las normas propiamente dichas fundamentales (I) no deben conducir a eludir el carácter contingente, y a la vez discutible y frágil, de esta construcción política (II).

## II. LOS MEDIOS DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

4. Así como Elisabeth Zoller lo pone en evidencia, el constitucionalismo contemporáneo puede ser caracterizado a grandes rasgos por el desarrollo de un punto de vista normativo<sup>25</sup>. La constitución no es más entendida como una forma de designar la organización política, económica y social de una sociedad determinada, así como era concebida en la antigua Grecia, ni como un mecanismo de relojería, como lo era en el siglo XVIII. Ella es presentada como una norma que prescribe lo que los actores jurídicos deben hacer o no hacer. Más aún, “en sentido normativo, una constitución es la ley fundamental y suprema que se da un pueblo libre<sup>26</sup>.” Pero al igual que toda otra norma, una constitución no es automáticamente adoptada, respetada o efectiva. Solo un dispositivo institucional subsecuente puede garantizar el respeto. De ahí la necesidad de un sistema que permita asegurar que los poderes constituidos no puedan ignorar la voluntad del poder constituyente. Así como lo señala la destinataria del presente homenaje, quien estructura su teoría general de la constitución normativa distinguiendo la separación del poder constituyente y de los poderes constituidos, por una parte (A), y el control de constitucionalidad por otra (B)<sup>27</sup>, la supremacía de la constitución implica típicamente dos dispositivos muy ampliamente consagrados por las constituciones contemporáneas.

### 1. La rigidez constitucional

5. El primer factor de la supremacía constitucional tiende al establecimiento de un procedimiento legislativo que contenga al menos dos vías, una siendo más “simple” que la otra, sea cual sea el criterio utilizado. La vía más fácil conduce a la adopción de la legislación llamada “ordinaria”, comúnmente dejada a la

---

Bruce Ackerman *et al.*, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, 95-137 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991); y, Riccardo Guastini, *Invalidity, en 7 Ratio Juris*, 212-226 (1994).

25 Zoller, *supra* nota 13, donde la primera parte ofrece una “teoría general de la constitución normativa”.

26 *Id.*, 30.

27 *Id.*, 59 y 97.



intervención del parlamento. La vía más ardua es esa de la legislación, de la revisión o de las enmiendas constitucionales<sup>28</sup>. Hoy 96% de las constituciones del mundo disponen formalmente de un procedimiento de revisión constitucional<sup>29</sup>. El fundamento de tal distinción tiende a la voluntad de preservar la voluntad del poder constituyente<sup>30</sup>. También los actores establecidos por el poder constituyente originario, que es el autor inicial del orden constitucional, pueden alterar la constitución, pero únicamente en las condiciones predeterminadas, es decir, como poder constituyente derivado<sup>31</sup>. Según el grado de diferenciación que existe entre la habilitación del poder constituyente derivado y la del poder legislativo ordinario, la constitución puede ser considerada como presentando un grado más o menos importante de flexibilidad o de rigidez<sup>32</sup>. Diferentes índices de cifras han sido sugeridos a fin de medirlos más precisamente<sup>33</sup>, este dependiendo notablemente de consideraciones procedimentales (1) y substanciales (2).

#### A. Aspectos procesales

6. Desde un punto de vista procesal, no es excepcional para una enmienda constitucional de requerir o de permitir en primer lugar la intervención de actores específicos, que no estén implicados en la adopción de la legislación

28 Franck Moderne, *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, 106 (Daloz, 2006); Eduardo Roza Acuña, *I procedimenti di revisione costituzionale nel diritto comparato*, 23-24 (Edizioni scientifiche italiane, 1999); Association française des constitutionnalistes, *La révision de la constitution. Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992*, 319 (Económica-PUAM, 1993); Richard Albert *et al.*, *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, 416 (Oxford University Press, 2017).

29 Donald Lutz, *Principles of Constitutional Design*, 152 (Cambridge University Press, 2006).

30 Ver igualmente Rosalind Dixon, *Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective*, in *Comparative Constitutional Law*, 96-111 (Tom Ginsburg y Rosalind Dixon ed., Edward Elgar Publishing, 2011).

31 Ver Armand Le Pillouer, *Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé: à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle*, 25-26 *Revista de historia y de las facultades de derecho y de la ciencia jurídica*, 123-141 (2005-2006).

32 Sobre el origen de esta terminología, ver James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, 124-215 (Oxford University Press, 1901). Ver por ejemplo Alessandro Pace, *Constitutions rigides et constitutions souples*, *Liber amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systems juridiques*, 345-361 (Bruylant, 2005).

33 Astrid Lorenz, *How to Measure Constitutional Rigidity: Four Concepts and Two Alternatives*, 17 *Journal of Theoretical Politics*, 339-361 (2005); Donald Lutz, *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, en *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, 237-274 (Sanford Levinson ed., Princeton University Press, 1995); Lutz, *supra* nota 29, 145-182; Bjorn Erik Rasch y Roger Congleton, *Amendment Procedures and Constitutional Stability*, en *Democratic Constitutional Design and Public Policy. Analysis and Evidence* (Roger D. Congleton y Birgitta Swedenborg eds., The MIT Press, 2006).

ordinaria. Por ejemplo, en los Estados habiendo adoptado una forma federal<sup>34</sup>, los estados, provincias o condados son frecuentemente asociados a la adopción de una revisión constitucional. En los Estados Unidos, por ejemplo, el artículo V Constitucional enuncia que:

“El Congreso, cuando las dos terceras partes de las dos Cámaras lo estimen necesario, propondrá enmiendas a la presente Constitución o con la solicitud de las legislaturas de las dos terceras partes de los Estados, convocará una convención para proponer; en uno u otro caso, estas enmiendas serán válidas en todos los aspectos como parte integral de la presente Constitución, cuando hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados, o por las convenciones con las tres cuartas partes de entre ellas, según uno u otro modo de ratificación hayan sido propuestos por el Congreso, bajo reserva que ninguna enmienda que sea adoptada antes del año mil ochocientos ocho no puede de ninguna manera afectar la primera y la cuarta cláusula de la novena sección del artículo primero, y que ningún Estado sea sin su consentimiento, privado de la igualdad del sufragio en el Senado.”

De la misma forma, en México (art. 135 C), en Australia (art. 126 C) o en Suiza (art. 195 C), las entidades infra-nacionales intervienen necesariamente en la adopción de una revisión.

7. Por otro lado a veces es requerido que dos parlamentos sucesivos –y no dos cámaras del mismo parlamento- aprueben una revisión constitucional. Uno provoca el procedimiento, mientras que el otro lo adopta después de que una elección general ha tenido lugar. Este tipo de diseño tiene por objeto primeramente, sin pasar por un referéndum, de permitir al pueblo dar a conocer su propia posición a través de la mayoría que él designe en el seno de la nueva asamblea. Esto impide en segundo lugar una mayoría coyuntural de intentar enmendar la constitución a su propio provecho, en cuanto que sus miembros no están seguros de que sean reelegidos con miras de adoptar la revisión propuesta. En este sentido, de manera aún más drástica, el artículo 345 de la Constitución francesa del año III prohibía a los miembros de las cámaras que tenían iniciada una revisión constitucional, ser elegidos para la asamblea de revisión. En tercer

<sup>34</sup> Sobre la filosofía constitucional de este tipo de organización de poder, ver específicamente Elisabeth Zoller, *Aspects internationaux du droit constitutionnel: contribution à la théorie de la fédération d'Etats* (Brill, 2008), accesible en el siguiente enlace [http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/aspects-internationaux-du-droit-constitutionnel-contribution-a-la-theorie-de-la-federation-detats-volume-294-ej.9789041118561.039\\_166?s.num=0&s.q=zoller](http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/aspects-internationaux-du-droit-constitutionnel-contribution-a-la-theorie-de-la-federation-detats-volume-294-ej.9789041118561.039_166?s.num=0&s.q=zoller) (consultado el 29 de diciembre 2017). Específicamente en los Estados Unidos, ver: Zoller, *supra* nota 23, 36-69.

lugar, la necesidad de una elección implica cierto plazo, que favorece una reflexión pacífica respecto a la enmienda considerada. Tal es el ejemplo del procedimiento retenido en Estonia (art. 163.2 y 165 C), en Noruega (art. 112.1 C), en Suecia (15.1 C) o en Bélgica (art. 195 C).

8. Puede suceder igualmente que una asamblea específica debe ser convocada para redactar o adoptar la revisión. Según la Constitución francesa de 1791, tres legislaturas sucesivas debían proponer una revisión constitucional, la cual no podía ser adoptada si no por una cuarta, a la que 249 miembros suplementarios eran agregados (Título VII C). En Argentina, el artículo 30 C impone una mayoría reforzada de dos terceras partes del Congreso a fin de iniciar un proceso de revisión, el cambio no pudiendo ser adoptado más que por una asamblea *ad hoc*. En Colombia, se trata de una simple posibilidad, que debe ser elegida caso por caso (art. 376 C).

9. Diversos sistemas constitucionales se caracterizan por el hecho de que solicitan la intervención de un actor jurídico particular: el pueblo. Esto puede parecer relativamente natural cuando la constitución se presenta como la expresión de su voluntad soberana. Las disposiciones de la Ley fundamental húngara, según las cuáles “[n]ingún referéndum nacional puede llevarse a cabo concerniente a: a) toda decisión dirigida a la modificación de la Ley fundamental” (art. 8.3 LF), son a este respecto excepcionales. Inversamente un referéndum es frecuentemente requerido para la adopción de revisiones constitucionales, así como lo muestran por ejemplo Suiza (art. 140.1.a y 195 C), Japón (art. 96 C), Corea del Sur (art. 130.2 C), Bolivia (art. 411 C) o Irlanda (art. 46.2 y 47 C). En otros Estados la aprobación popular no es más que una de las áreas de posibilidades alternativas para la revisión constitucional. Tal es el caso de Francia (art. 89 C), Italia (art. 138 C), Benín (art. 155 C), Argelia (art. 174 a 178 C), Islandia (art. 113 C), Perú (art. 206 C), Colombia (art. 377 y 378 C), Suecia (art. 15.3 C) y España (167.3 C) para las revisiones parciales, mientras que el artículo 168.3 C impone un referéndum obligatorio para las revisiones totales o aquéllas que afectan ciertas disposiciones particulares.

10. En segundo lugar, sin imponer la intervención de actores específicos que no intervengan en el proceso legislativo ordinario, diversos dispositivos contribuyen a hacer la revisión constitucional más difícil que la adopción de una simple ley. A título de ejemplo, luego de que una ley pueda tradicionalmente ser adoptada por mayoría simple - es decir, la mayoría de los parlamentarios presentes - las revisiones constitucionales requieren a menudo de mayorías reforzadas. Estas pueden por ejemplo ser definidas como (a) 50% + 1 del número de parlamentarios elegidos (y no solamente presentes) o (b) una proporción superior a 50% +1, tal como las dos terceras, las tres quintas, etc., de los presentes o de los miembros de las asambleas. Entre las numerosas ilustraciones, encontramos Alemania, donde una mayoría de las dos terceras partes es requerida igual que en Bundestag que en

Bundesrat (art. 79.2 LF). En la primera asamblea, la mayoría es la de los miembros, mientras que en la segunda, se trata de la de los votantes. En la República Checa, las tres quintas partes de los diputados y las tres quintas partes de senadores deben consentir a la revisión (art. 39.4 C). Límites semejantes existen en Polonia (art. 235.4 C), Hungría (art. 5.2 LF), Perú (206 C), Noruega (art. 112 C), Corea del Sur (130.1 C) o en Japón (art. 96 C).

11. Otras modalidades, tales como lecturas parlamentarias adicionales, aprobaciones renovadas, fechas límites para exámenes especiales, o los plazos entre las lecturas consecutivas pueden ser impuestas por la adopción de una revisión constitucional. Por ejemplo, en Letonia, el artículo 76 C impone a la vez una mayoría reforzada y diversas lecturas sucesivas: “[l]a *Saeima* puede enmendar la Constitución después de una sesión en la que están presentes al menos dos terceras partes de sus miembros. Las enmiendas son adoptadas en tres lecturas, por una mayoría de dos terceras partes de voces de los diputados presentes.” Incluso en Italia, los votos y deliberaciones sucesivas para la mayoría reforzada deben ser separados por un período específico, con el objeto de garantizar una decisión más consciente. Según el artículo 138 C, “[l]as leyes de revisión de la Constitución y las otras leyes constitucionales son adoptadas por cada cámara a través de dos deliberaciones sucesivas con un intervalo de al menos tres meses y son aprobadas en la segunda vuelta del escrutinio, por la mayoría absoluta de los miembros de cada cámara.” Disposiciones semejantes existen en Noruega (art. 112 C), Colombia (375 C), Lituania (art. 148 C), Polonia (art. 235 C) y Australia (art. 128 C). Estas etapas suplementarias contribuyen a la rigidez constitucional, en lo que hacen la adopción de una revisión más compleja y que consume más tiempo, con miras a mejorar la calidad de la deliberación y la estabilidad del orden político en su conjunto.

De manera indisoluble, y sin ser exclusivas unas de las otras, estas especificidades y rigideces propias de los actores habilitados y de los procesos por seguir, son impuestos por la voluntad de preservar ciertos elementos de fondo requeridos por el poder constituyente originario. Por lo tanto no es sorprendente que la rigidez constitucional pueda igualmente comprender una dimensión sustancial.

### B. Aspectos sustanciales

12. Conectando con las consideraciones procesales y sustanciales, en la medida que la rigidez constitucional es un concepto que admite diferentes grados, es posible para el poder constituyente imaginar procesos alternativos de revisión constitucional, como pasa por ejemplo en Francia, Italia, Islandia, Colombia o en Perú, e incluso procedimientos de enmienda que se encuentran en una “escala de rigidez”. La constitución hace entonces prueba de una rigidez gradual, en función de la importancia otorgada a una u otra de sus disposiciones. Una

distinción esencial a este respecto opone la revisión total y la revisión parcial. Ya que la primera implica cuestiones jurídicas y políticas de gran importancia, debe ser creada más difícil que la segunda. Esta distinción existe por ejemplo en Suiza, Austria (art. 44 C), España, Nicaragua (art. 191 a 195 C), Ecuador (art. 441 a 444 C) y Bolivia (art. 411 C).

Otras constituciones no oponen necesariamente una revisión total y revisión parcial, pero establecen al menos diversos procesos de revisión en función de la importancia de la norma afectada. Tal es por ejemplo el caso de África del Sur (art. 74 C), Canadá (art. 38, 41, 43 y 44 LC de 1982), Ghana (art. 290 y 291), India (art. 368.2 C), Lituania (art. 148 C), Estonia (art. 162 C) o Bulgaria (art. 158 C). El ejemplo español amerita llamar la atención<sup>35</sup>. El proceso aplicable a una revisión total de la Constitución (voto por una mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada asambleas, disolución del parlamento, votación por el nuevo parlamento con la mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada asamblea, ratificación por referéndum) prevista por el artículo 168 C debe igualmente seguirse cuando la revisión “afecta el título preliminar, el capítulo segundo, sección primera, del título primero o el título II” de la Constitución. Estos elementos definen la estructura fundamental de la entidad política española tal como ella se pensó a partir de la transición democrática: [e]stado de derecho social y democrático, soberanía nacional, monarquía parlamentaria, unidad nacional y Estado de las autonomías, lenguas, banderas, etc., y proclaman los derechos fundamentales. Estas disposiciones son más rígidas que las otras. Tales procedimientos asimétricos de revisión constitucional, en función de la parte del texto fundamental que está en juego, muestran la protección particular que ameritan ciertos elementos a los ojos del poder constituyente originario.

13. Estos dispositivos permiten sin embargo una revisión de la integralidad del texto principal. Inversamente, ciertos constituyentes consideran que “enmendar” debe ser entendido como significado de “corregir o “rectificar” puntualmente, en una medida intrínsecamente limitada. Les parece entonces conceptualmente imposible de cambiar totalmente, de trastornar o de librarse en su conjunto de la constitución y del proyecto político que ella manifiesta<sup>36</sup>. Es la razón por la cual es posible considerar que existen límites inherentes a todo poder de revisión. Algunos dispositivos expresan principios superiores que no pueden ser afectados por el ejercicio del poder constituyente derivado. Tal razonamiento presupone que la constitución, comprendida como un todo, presenta una unidad orgánica y expresa una visión de conjunto, que será amenazada si algunas de sus disposiciones

<sup>35</sup> Ver por ejemplo: Pedro de Vega, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, 309 (Tecnos, 2007).

<sup>36</sup> Eugenio Ripepe y Roberto Romboli, Cambiare costituzione o modificare la costituzione, 118 (Giappichelli, 1995).

fueran modificadas<sup>37</sup>. Es por lo que esos elementos son absolutamente rígidos y son colocados fuera del alcance del mismo poder constituyente.

Por consecuencia, algunos Estados prevén explícitamente que ciertas disposiciones no pueden ser enmendadas. En Alemania, el artículo 79.3 LF enuncia que “[t]oda modificación de la presente Ley fundamental que afectará a la organización de la Federación en Länder, al principio de la participación de los Länder en la legislación o en los principios enunciados en los artículos 1 y 20, está prohibida”. En Italia y Francia la forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una revisión constitucional (respectivamente art. 139 C y art. 89 al 5 C). En la República Checa “[l]a revisión de caracteres esenciales del Estado de derecho democrático es inadmisibles” (art. 9.2C) Sin esperar la riqueza de la lista que presenta el artículo 288 C portugués, El artículo 178 de la Constitución argelina prevé que:

“Toda revisión constitucional no puede afectar:

1. El carácter republicano del Estado;
2. El orden democrático, basado en el multipartidismo;
3. Al Islam, en tanto que es religión de Estado;
4. Al Árabe, como lengua nacional y oficial;
5. A las libertades fundamentales, a los derechos del hombre y del ciudadano;
6. A la integridad y unidad del territorio nacional;
7. Al emblema nacional y al himno nacional como símbolos de la Revolución y de la República.”

Esos caracteres que representan la razón de ser de la constitución, son entonces inmunes contra todo cambio, y contra toda acción intempestiva del poder constituyente derivado. La concretización práctica del dogma de la rigidez constitucional encuentra aquí su ilustración más radical. Aún en el cotidiano, es decir sin abordar la cuestión del control de la supra-constitucionalidad de las revisiones constitucionales por el juez constitucional<sup>38</sup>, que el poder legislativo ordinario no pueda usurpar la función de este. Vuelve al control de la constitucionalidad su acción de asegurarla.

37 Ver: Armand Le Pillouer, *De la révision à l'abrogation de la Constitution: les termes du débat*, en 3 Jus politicum. Revista de derecho político (2009).

38 Ver por ejemplo art. 135.1.c y 141.2 C moldavo; art. 241.1 C colombiano; art. 443 C ecuatoriano; art. 148.1 C turco. A este respecto, ver: Sabrina Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, 208 (Bononia University Press, 2011); Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, 344 (Oxford University Press, 2017).

## 2. El control de constitucionalidad.

14. Según Charles Eisenmann.

“Quien dice ‘control jurisdiccional’ dice ‘control jurídico’, es decir control de regularidad jurídica, dicho de otro modo: de la regularidad o de la irregularidad a la vista de las reglas del derecho, que el agente controlado, autor del ‘producto controlado’, debe respetar en su acción. El control es entonces la confrontación del objeto (en el sentido más amplio de esta palabra) con el modelo que esas reglas diseñan y constituyen.

... suponemos que este control resulta en una decisión que – al mínimo – pronuncia que hay una regularidad, es decir conforme a las reglas, o al contrario irregularidad, es decir desacuerdo, divergencia; entonces y solo entonces hay un poder de control, poder jurídico. Cuáles son las consecuencias del juicio de control, es una cuestión secundaria, susceptible, lo sabemos, de reglas o soluciones diferentes. Pero cualquiera que sea la solución, estaremos obligados a decir que hubo una operación de control y juicio (en el sentido de la lógica) de control, es decir de conformidad o no conformidad a las normas modelos.<sup>39</sup>”

Abandonando progresivamente las otras técnicas de verificación de conformidad de las acciones de los poderes constituidos a la voluntad del poder constituyente, una argumentación que conduce a establecer la absoluta necesidad de un control jurisdiccional (1) ha permitido la universalización de ese dispositivo (2), contribuyendo a la consolidación de un segundo dogma del constitucionalismo.

### A. *La necesidad de la justicia constitucional*

15. La existencia de un procedimiento que asegure la conformidad de la acción de los poderes constituidos, encarnada a título esencial por la legislación, a la voluntad del poder constituyente, es la segunda característica institucional mayor del constitucionalismo contemporáneo<sup>40</sup>. Sieyès se mostró uno de los más explícitos a este respecto después de que propuso establecer un jurado constitucional. Según él,

39 Charles Eisenmann, *Le contrôle juridictionnel des lois en France*, en *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, 668, 525-541 (Panthéon-Assas, 2002).

40 Para una presentación general ver por ejemplo: Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, 258 (Giappichelli, 2007); Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, 305 (Giappichelli, 2015); y, Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, 1107, 1121 (Dykinson, tercera ed., 2009).

“Una constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada; si es un cuerpo de leyes, nos preguntamos dónde estará el guardián, dónde será la magistratura de ese código. Hay que poder responder. Un olvido de este género sería inconcebible tanto como ridículo en el orden civil; porqué lo sufriría usted en el orden político? Las leyes cualesquiera que ellas sean, suponen la posibilidad de su infracción con una necesidad real de observarlas. Me es entonces permitido de preguntarle: A quién tiene usted nombrado para recibir la queja contra las infracciones a la constitución?”<sup>41</sup>

En la sentencia *Marbury v. Madison*, el juez jefe de la Suprema Corte de los Estados Unidos, John Marshall, afirmó en el mismo sentido la necesidad de una garantía jurisdiccional de las constituciones. Si ninguna institución no puede hacer entonces que las otras respeten la constitución, esta parece inútil. Según él,

“O la constitución es un derecho superior, supremo, inalterable por medios ordinarios, o ella está en el mismo plano que la ley ordinaria y, como otras leyes, es modificable según la voluntad de la legislatura. (...) Es cierto que los que elaboran las constituciones escritas las conciben como debiendo formar el derecho fundamental y supremo de la nación, y que, por consecuencia, el principio de un gobierno tal, es que un acto legislativo contrario a la constitución es nulo.

Este principio es consubstancial a toda constitución escrita y debe, por consecuencia, ser considerado por esta Corte como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. (...) Es por excelencia el dominio y el deber del poder judicial decir lo que es el derecho. Los que aplican la regla a los casos particulares deben por necesidad explicar e interpretar esta regla. Cuando dos leyes están en conflicto, el juez debe decidir cuál de las dos se aplica.

En estas condiciones, si una ley es opuesta a la constitución, si la ley y la constitución se aplican ambas a un caso particular, de tal manera que el juez debe decidir del caso conforme a la ley y separar la constitución, o bien decidir del caso conforme a la constitución y separar la ley, el juez debe decidir cuál de estas dos reglas en conflicto gobierna el caso. Ahí está la esencia misma del deber judicial.

<sup>41</sup> Discurso de 18 thermidor año III, Réimpression de l'ancien Moniteur, Heinrich Plön, 442 (1862).



Si entonces los jueces deben tomar en cuenta la constitución, y si la constitución es superior a la ley ordinaria, es la constitución, y no la ley ordinaria, que rige al caso al cual ambas se aplican<sup>42</sup>.”

16. Tal razonamiento, que aparece canónico en el pensamiento jurídico contemporáneo, presidió la puesta en marcha del control de constitucionalidad de numerosos Estados, tales como Argentina<sup>43</sup>, Noruega<sup>44</sup>, Grecia<sup>45</sup>, Rumania<sup>46</sup> o Israel<sup>47</sup>. El control de constitucionalidad, que es hoy establecido en más de 75% de los Estados<sup>48</sup>, aparece como el refinamiento último del constitucionalismo liberal-democrático. Así como lo analiza Martín Shapiro,

“La mayoría de las naciones del mundo que no disponen de una jurisdicción constitucional eficaz no son democracias. [...] Esos hechos revelan la evidencia. El gobierno constitucional es un gobierno limitado. [...] Las jurisdicciones constitucionales coronadas de éxito cumplen esencialmente dos tipos de misiones bastante diferentes. Una consiste a arbitrar los conflictos de competencia entre las partes del gobierno dentro de los sistemas constitucionales que dividen el poder entre ellos. La otra consiste en apoyar los ‘derechos’ contra posibles violaciones en razón de la acción y a veces de la inacción del gobierno.<sup>49</sup>”

Según lo cual se ha convertido en una justificación dominante, luego de que las autoridades políticas elegidas democráticamente pueden abusar de su poder y ser guiadas por la pasión, la irracionalidad o los prejuicios, los jueces encarnan otro tipo de legitimidad. Parecen dotados de aptitudes y de competencias técnicas particulares, y notablemente

42 *Marbury v. Madison* 5 US 137 (1803), traducción al francés en: Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 102-103 y, un poco modificado en Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 11-12. Sobre esta sentencia ver por ejemplo: Elisabeth Zoller, *Marbury v. Madison: 1803-2003. Un dialogue franco-américain / A French-American Dialogue* (Daloz, 2003).

43 *Eduardo Sojo v. Cámara de Diputados de la Nación*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 32-120 (1887).

44 Corte suprema, 1<sup>er</sup> novembre 1866 (UfL. VI, 165).

45 *Aréopage*, décision 23/1897.

46 Corte de Casación, sentencia n° 261, 26 de marzo de 1912.

47 Corte suprema, *United Misrahi Bank Ltd. v. Migdal Village* (CA 6821/93, 49-4 PD 221 (1995)).

48 Francisco Ramos Romeu, *The Establishment of Constitutional Courts: A Study of 128 Democratic Constitutions*, en 2.1 *Review of Law & Economics*, 103-135 (2006); Adam M. Schor, *Mapping Comparative Judicial Review*, en 7 *Washington University Global Legal Studies Law Review*, 273 (2008).

49 Martin Shapiro y Alec Stone Sweet, *Law, Politics and Judicialization*, 161 (Oxford University Press, 2002).

tener adquirida la facultad de comportarse de manera neutra e imparcial. Su cultura deliberativa les permite hacer frente a los difíciles dilemas morales a los que las sociedades contemporáneas son confrontadas, por ejemplo en materia de bioética, de pena de muerte, de unión de parejas del mismo sexo, de eutanasia, etc., de manera despegada y neutra, luego que una actitud tal no es accesible a las partes políticas interesadas. Estas “cuestiones de principio”, por tomar prestada una fórmula a una de las propuestas más remarcables de esta tesis, no pueden ser dejadas a su capricho<sup>50</sup>. Según Ronald Dworkin , “[t]enemos una institución (la Suprema Corte) que retira ciertos asuntos del campo de relaciones de fuerzas políticas, para llevarlas delante de una tribuna donde estos casos son juzgados bajo principios. Esta institución se compromete a que los conflictos más profundos y los más fundamentales entre el individuo y la sociedad sean un día, finalmente, temas de justicia. No se trata de religión ni de entusiasmo político profético. Se trata de derecho<sup>51</sup>.” Esto hace de los jueces los garantes del buen funcionamiento del sistema político, igualmente que los protectores de los derechos de los individuos y de los grupos. También muy pocos Estados, tales como Reino Unido, Nueva Zelanda o el Vaticano, no disponen de ningún sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de su legislación ordinaria.

#### B. *El crecimiento de la justicia constitucional*

17. La universalización de la justicia constitucional, que implica la extensión del paradigma del constitucionalismo normativo, va a la par con una diversificación creciente.

Tradicionalmente, dos principales “modelos” de justicia constitucional son identificados<sup>52</sup>. En el modelo americano, el control (1) es descentralizado, porque compete a toda jurisdicción de ejercerlo; (2) es concreto, porque el juez rinde su decisión al sujeto del cuál el artículo III.2 de la Constitución de los Estados Unidos define como un “*case or controversy*” ; (3) es activado por vía de excepción, es decir a partir de un litigio substancial en el que la conformidad a la constitución de una norma es puesta en cuestión, y (4) desemboca en un fallo vale *inter partes*,

50 Ronald Dworkin, A Bill of Rights for Britain. Why British Liberty Needs Protection, 35-36 (Chatto & Windus, 1990); y, Ronald Dworkin, Une question de principe (Aurélie Guillain trad., Presses universitaires de France, 1996).

51 Dworkin, Une question de principe, *Id.*, 96.

52 Louis Favoreu, *Constitutional Review in Europe*, en Constitutionalism and Rights. The Influence of the United States Constitution Abroad, 38-62 (Louis Henkin y Albert Rosenthal eds., Columbia University Press, 1990); Dominique Rousseau, La justice constitutionnelle en Europe, 160. (Montchrestien, 3ed, 1998). Ver igualmente de manera más matizada, Zoller, *supra* nota 13, 97-275.

es decir únicamente para el caso y los justiciables implicados. Al contrario, en el modelo europeo, el control de constitucionalidad (1) es centralizado, ya que una jurisdicción única y especializada, un tribunal o una corte constitucional, es competente para asegurar la aplicación de la constitución; (2) es abstracto, porque el litigio se concentra inmediatamente sobre la constitucionalidad de una norma considerada en ella misma independientemente de cualquier otra cuestión, y notablemente de su aplicación a una situación particular; (3) es activado por la vía de la acción, es decir directamente e independientemente de cualquier otra cuestión jurídica, y (4) termina en un juicio que vale *erga omnes* y no solo para los actores que han tomado la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, esta dicotomía no cuenta el carácter polimorfo de la justicia constitucional tal como es practicada actualmente<sup>53</sup>. Diferentes tipos de órganos jurisdiccionales pueden ejercer el control de constitucionalidad: jueces ordinarios (por ejemplo en Canadá, Argentina, India, Japón, etc.), jurisdicciones constitucionales *ad hoc* (por ejemplo Italia, Alemania, República Checa, Armenia, Mongolia, Marruecos, etc.), formaciones específicas de jurisdicciones ordinarias supremas (por ejemplo Ruanda, Uganda, Estonia, Venezuela, Costa Rica, etc.), jurisdicciones ordinarias y jurisdicciones *ad hoc* simultáneamente (por ejemplo Portugal, Ecuador, Colombia, Perú, Rusia, etc.). También modelos “mixtos” o “híbridos”, además que modelos “integrales” o “paralelos” de justicia constitucional, aparecieron<sup>54</sup>. Las jurisdicciones constitucionales disponen de competencias cualitativamente cada vez más variadas y cuantitativamente más numerosas<sup>55</sup>, que son tanto los medios de participar en el trato de cuestiones políticas y sociales mayores. Así como lo indica Olivier Jouanjan en una tentativa de definición de un ideal-tipo de justicia constitucional,

“Definiré entonces la función de justicia constitucional como la función que, en el Estado moderno, consiste en la protección del orden constitucional en sus elementos constitutivos, en la medida donde esta

53 Ver por ejemplo Gagik Harutyunyan y Arne Mavčič, *Constitutional Review and Its Development in the Modern World (A Comparative Constitutional Analysis)* 445, (Ljubljana, Yerevan, 1999); Luca Mezzetti L, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, 815 (prefacio De Vergottini, Padova, Cedam, 2009); Luca Mezzetti, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, 567 (Padova, Cedam, 2012); Guillaume Tusseau, *Para acabar con los modelos de jurisdicción constitucional: Un ensayo de crítica*, 171 (Porrúa, segunda ed., 2011); Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, *supra* nota 40.

54 Ver por ejemplo: Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo, en Proceso y constitución*, 29-52 (2009).

55 Serena Baldin, *Le «altre» funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all’Est europeo*, 154 (Edizioni Università di Trieste, 2000); José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 71-100 (Tecnos, segunda ed., 2007); André Ramos Tavares, *Teoria da justiça constitucional*, 185-215 (Sarva, 2005).

función es ejercida en la forma jurisdiccional. [...] Problematizaremos esta función como sigue: se trata de proteger, por la organización de una función del Estado, las bases mismas, las fundaciones del Estado, la organización de las funciones del Estado. El Estado protege sus propios supuestos. En los términos que impone el Estado constitucional moderno, se trata de que un poder o los poderes constitutivos protejan la obra del poder constituyente y, más allá, el poder constituyente mismo<sup>56</sup>.”

Identifica así seis aspectos en los que la justicia constitucional tiene por misión asegurar la protección: (1) la separación horizontal de los poderes (litigio entre órganos); (2) la separación vertical de los poderes (litigio entre Estado central y Estados federados); (3) la protección de la constitución contra sus enemigos (acusación de autoridades políticas, control de partidos políticos); (4) la sinceridad de la representación (control de elecciones políticas); (5) el control de validez de las normas supremas; (6) la protección de los derechos fundamentales<sup>57</sup>.

18. En su variedad orgánica, las diversas jurisdicciones constitucionales, suman numerosos medios para que los litigios sean planteados (recursos directos, recursos por vía de excepción, cuestiones prejudiciales, control *a priori*, control *a posteriori*, etc.), y abren su sala de justicia a actores cada vez más variados (órganos legislativos y ejecutivos, minorías parlamentarias, entidades locales, organizaciones profesionales, partidos políticos, *ombudsman*, litigantes ordinarios, etc.) al grado de admitir a veces una verdadera *actio popularis* (por ejemplo en Venezuela, Colombia, Nicaragua, Salvador, Panamá o en Bolivia) y posibilidades de auto-referencia (por ejemplo en Benin, Serbia o en Croacia). Diversas vías de derecho originales, y propias de la garantía de la constitución, son abiertas a los justiciables ordinarios con el fin de proteger sus derechos fundamentales (por ejemplo *Verfassungsbeschwerde* en Alemania, *recurso de derecho público* en Suiza, *amparo* en México, en España o en Perú, *tutela* en Colombia, *habeas corpus*, *habeas data* y muchos otros en Argentina, Paraguay, Perú o en Brasil)<sup>58</sup>.

56 Olivier Jouanjan, *Aperçu d'une histoire des fonctions de la justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933)*, en *La notion de justice constitutionnelle*, 13-48, 16, (Cristina García Grewe et al., Dalloz, 2005). Ver también Olivier Jouanjan, *Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale?*, 73-90, en *43 Droits* (2006).

57 Jouanjan, *Aperçu d'une histoire des fonctions de la justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933)*, *supra* nota 56, 15-16; y, Olivier Jouanjan, *Quelques réflexions sur la notion et les formes de la justice constitutionnelle en Europe*, accesible en <http://sites.google.com/site/olivierjouanjan/textes-2/inedits>, 9-10 (consultado el 29 diciembre 2017)..

58 Allan Brewer-Carías, *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos. Garantías judiciales de los derechos humanos en el derecho constitucional comparado latinoamericano*, 300 (Instituto interamericano de derechos humanos, 2005); Allan Brewer-Carías, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, 432 (Cambridge University Press, 2009); y, Héctor Fix-Zamu-

19. Las decisiones de los jueces constitucionales no se limitan a establecer simple y mecánicamente la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma o de la conducta que es disputada ante ellos. Estas pueden consistir en abrogaciones parciales, en decisiones en las que el efecto en el tiempo (*ex tunc*, *ex nunc*, o *pro futuro*) es cuidadosamente modulado (por ejemplo en Austria, Polonia, Portugal, Canadá, España, Francia, etc.), en decisiones imponiendo una interpretación armoniosa o neutralizante de ciertos textos, en extensiones o en restricciones del campo de aplicación de ciertas normas, en imposición de mandamientos judiciales a veces acompañados de plazos más o menos coercitivos (por ejemplo en África del Sur, Canadá<sup>59</sup> o en Ecuador<sup>60</sup>, etc. Por consecuencia, los jueces constitucionales ya no pueden ser presentados como simples “legisladores negativos”, así como Kelsen lo imaginaba<sup>61</sup>. Estos juegan un rol mucho más activo en la determinación de normas jurídicas aplicables *hic et nunc* en una sociedad política determinada<sup>62</sup>.

A título de ejemplo, no es raro que sean confrontados a cuestiones concernientes a la existencia misma de la unidad política en la cual estos operan. La Corte constitucional sudafricana ha contribuido al establecimiento del nuevo orden democrático asegurándose que la constitución respete el conjunto de valores fundamentales, yendo hasta solicitar al “soberano” de revisar su copia<sup>63</sup>. En Canadá, el fracaso del segundo referéndum de Quebec sobre la soberanía condujo al gobierno federal a solicitar a la Corte suprema de pronunciarse sobre la posibilidad y las modalidades de una eventual secesión. Los jueces

dio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en el mundo*, 1264 (Porrúa, 2006).

59 Ver por ejemplo Kent Roach y Geoff Budlender, *Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: When is It Appropriate, Just and Equitable?*, en 122 *South African Law Journal*, 325-351 (2005).

60 Ver por ejemplo: Guillaume Tusseau, *Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. Jurisprudence étrangère: A propos de la juridiction de l'exécution constitutionnelle (Cour constitutionnelle de l'Equateur, 1er octobre 2014, sent. n° 146-14-SEP-CC et 27 avril 2016, sent. n° 021-16-SIS-CC) et Droit constitutionnel et externalisation de l'accueil des migrants (Haute Cour d'Australie, 3 février 2016, Plaintiff M68-2015 v. Minister for Immigration and Border Protection [2016] HCA 1)*, en *Revista francesa de derecho administrative*, 188-198 (2017).

61 Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, en *Revista de derecho público y de ciencia política en Francia y en el extranjero*, 197-257 (1928).

62 Guillaume Tusseau, *Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles*, en *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, 169-196 (Geneviève Grandjean y Jonathan Wildemeersch eds., Bruylant, 2016); Guillaume Tusseau, *Remarques sur l'arsenal' des juges constitutionnels. A propos de l'arme ultime de la substitution aux autorités politiques*, en *La ciencia del derecho constitucional comparado. Libro homenaje a Lucio Pegoraro*, 1615-1648 (Giorgia Pavani et al., Tirant lo Blanch, Vol. 2, 2017).

63 Ver sucesivamente *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, CCT 23/96; *Certification of the Amended text of the Final Constitution*, 37/96.

constitucionales estaban entonces llamados nada menos que a pronunciarse sobre una posible división del mismo Canadá<sup>64</sup>. La abundante jurisprudencia constitucional que resultó del conflicto entre España y Cataluña se inscribe en una problemática semejante<sup>65</sup>.

Este importante crecimiento de la actividad de los jueces constitucionales a nivel mundial, tal como lo implica su función de *Hüter der Verfassung*, conduce a una transformación profunda de las modalidades del ejercicio de la actividad política. Según Torbjorn Vallinder, esta “judicialización” posee una doble dimensión: “(1) la expansión del campo de intervención de los tribunales o de los jueces en perjuicio de las autoridades políticas y/o de las administraciones, es decir la transferencia de los poderes de decisión de la legislatura, del gabinete o de la función pública a los tribunales [y] (2) la difusión de los métodos de toma de decisiones jurisdiccionales fuera del campo judicial propiamente dicho<sup>66</sup>.”

20. Tales son los orígenes, la trayectoria, los éxitos y las consecuencias del constitucionalismo moderno, que se traduce por la extensión del principio mismo del establecimiento de constituciones rígidas, garantizadas por las jurisdicciones constitucionales, después de una variedad difícilmente imaginable de técnicas de ingeniería institucional para concretizarlo en función de las circunstancias locales. Múltiples “olas” pueden ser identificadas dentro de este proceso, que coinciden más o menos con las olas de democratización puestas en evidencia por Samuel Huntington<sup>67</sup>. Como lo subraya Francis Fukuyama<sup>68</sup>, sería posible sentirse tentado por el diagnóstico de una forma del fin de la historia constitucional. Lo imaginario se encuentra saturado al grado que si rigidez constitucional o control de constitucionalidad están ausentes, es la consecuencia de malas prácticas, si no realmente una forma de “error categorial<sup>69</sup>” respecto al concepto dominante de constitución. Pese a que este paradigma de la organización de sociedades

64 Corte suprema de Canada, *Remisión relativa a la secesión de Québec* [1998] 2 RCS 217. Sobre esta decisión, ver específicamente Yves Marie Morissette, *Le Renvoi sur la sécession du Québec. Bilan provisoire et perspectives*, 134, (Varia, colección Histoire et Société, 2001).

65 Ver por ejemplo SSTC 31/2010; 42/2014; 259/2015; 114/2017; 124/2017.

66 Torbjörn Vallinder, *When the Courts Go Marching In*, en *The Global Expansion of Judicial Power*, 13-26 (Neal Tate y Torbjorn Vallinder eds., New York University Press, 1995). Ver igualmente Shapiro y Stone Sweet, *supra* nota 49; Ran Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, en *75 Fordham Law Review*, 721-754 (2006); Luis Vigo, *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*, 300 (Porrúa, 2013); Alexandra Huneus *et al.*, *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, 287 (Cambridge University Press, 2010); Bjorn Dressel, *The Judicialization of Politics in Asia*, 240 (Routledge, 2012).

67 Samuel Phillips Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, 366 (University of Oklahoma Press, 1991).

68 Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, 418 (Penguin Books, 1992).

69 Gilbert Ryle, *La notion d'esprit. Pour une critique des concepts mentaux*, 476 (Suzanne Stern-Gillet trad., Payot & Rivages, 2005).

políticas, parece establecido de manera particularmente sólida, y toma la forma de un horizonte necesario de realizaciones de opciones políticas fundamentales, es decir de dogmas, no falta plantear algunos cuestionamientos.

### III. LAS CONSTITUCIONES COMO NORMAS “ESENCIALMENTE IMPUGNADAS<sup>70</sup>”

21. Los dos principales dispositivos institucionales que han contribuido al éxito del constitucionalismo contemporáneo parecen hoy elementos imprescindibles de toda constitución propiamente dicha, al grado de presentarse como verdaderos criterios de identificación conceptual de esta última noción, toda pretendida “constitución” que no los exhibiera presentándose irremediabilmente como sospecha en un plano teórico, y de antemano condenada en su emprendimiento de encuadramiento del poder político y de protección de los derechos fundamentales en un plano práctico. Sin embargo, entendidos de esta manera, esos dos elementos pudieran tener por consecuencia petrificar el debate político y limitar la libertad política, a pesar de que estos últimos sean el fundamento de la axiología del constitucionalismo. Así como lo hace ver por ejemplo Elisabeth Zoller concluyendo un estudio sobre los “esplendores y miserias” de esta corriente, “La segunda enseñanza de la experiencia americana es que el constitucionalismo, al menos en su forma más completa que implica un control jurisdiccional de constitucionalidad, tiene sus límites<sup>71</sup>” Es por esta razón, que en c ontr a d e la calidad del dogma que han poco a poco conquistado, rigidez constitucional (A) y control jurisdiccional de constitucionalidad (B) ameritan el uno y el otro ser debatidos.

#### 1. *El cuestionamiento de la rigidez constitucional.*

22. En razón de las características formales y substanciales que presenta una constitución, sería recomendable inspirarse en lo que Montesquieu hacía escribir a Usbek en una carta a Rhédi:

“Es cierto que, por un rareza que viene más bien de la naturaleza que del espíritu de los hombres, algunas veces es necesario cambiar ciertas leyes. Pero el caso es raro, y, cuando ocurra, hay que tocarlo con mano temblorosa: debemos observar tanta solemnidad y llevar tantas precauciones que el

<sup>70</sup> Walter Bryce Gallie, *Essentially Contested Concepts*, en 56 Proceedings of the Aristotelian Society, 167-198 (1955-1956).

<sup>71</sup> Zoller, *Splendeurs et misères du constitutionnalisme: les enseignements de l’expérience américaine*, *supra* nota 7, 84.

pueblo concluye naturalmente que las leyes son santas, pues se requiere tanta formalidad para abrogarlas<sup>72</sup>.”

Un proceso rígido, garantiza tendencialmente que aquéllos que se emprenden, cuando la necesidad se hace sentir, de modificar le *Grundnorm* no lo hacen sino al término de una reflexión detallada, durante un proceso tranquilo e imparcial donde cada actor, desprendiéndose de sus prejuicios, goza de una percepción clara y completa de la situación y de sus decisiones. Según la descripción del constitucionalismo americano que ofrece Bruce Ackerman, la rigidez constitucional permite la protección de la voluntad del pueblo, tal como se expresa en el documento constitucional adoptado en ocasiones raras y majestuosas que conducen a una movilización excepcional del conjunto de ciudadanos, frente a la voluntad de los representantes del pueblo, tal como se expresa en el proceso político ordinario<sup>73</sup>. En este sentido, así como Carlo Fusaro y Dawn Oliver lo explican:

“Los objetivos de la rigidez constitucional parecen evidentes: (a) realizar el cambio posible solamente si está fundado sobre un consenso más amplio que la mayoría simple; (b) involucrar una multiplicidad de actores que pudieran ejercer cierto número de frenos y contrapesos recíprocos; (c) asegurar un nivel de transparencia más elevado y proporcionar la ocasión de reflexionar de manera más profunda; (d) favorecer la conservación y la estabilidad, consideradas como valores en sí mismas<sup>74</sup>.”

La elección en favor de la rigidez constitucional se justifica entonces por una cierta percepción del equilibrio que conviene alcanzar entre estabilidad y escalabilidad del sistema institucional<sup>75</sup>. Por ello, a pesar de las justificaciones de la consubstancialidad de la rigidez y del constitucionalismo, argumentos relativamente fuertes pueden serles opuestos, partiendo de premisas que mantienen los valores fundamentales del proyecto constitucional mismo. Estos conducen a una visión más

72 Montesquieu, *Lettres persanes*, lettre LXXIX.

73 Bruce Ackerman, *We the People. 1, Foundations*, 369 (The Belknap Press of Harvard University Press, 1991).

74 Dawn Oliver y Carlo Fusaro, *Towards a Theory of Constitutional Change*, en *How Constitutions Change: A Comparative Study*, 426 (Dawn Oliver y Carlo Fusaro eds., Oxford, 2011). Ver igualmente Sanford Levinson, *Introduction: Imperfection and Amendability*, en Levinson, *supra* nota 33, 3-11; Lutz, *supra* nota 29, 150-151, 153-154.

75 Miguel Carbonell, *Sobre la reforma constitucional y sus funciones*, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 472, 371-395 (Miguel Carbonell ed., Porrúa, cuarta ed., 2008); Adhémar Esmein, *Elementos de derecho constitucional francés y comparado*, 579 (Ed. Panthéon-Assas, 2001).



moderada, y menos entusiasta, de la rigidez constitucional. Esta puede verse cuestionada sea desde un punto de vista teórico, relativamente desligado de todo orden jurídico positivo (1), sea desde un punto de vista empírico, atento a las consecuencias prácticas que ello pueda presentar (2).

#### A. *Las críticas teóricas*

23. En primer lugar, la idea según la cual las minorías se encuentran protegidas por las constituciones rígidas, notablemente en lo que exigen de las mayorías en la toma de decisiones reforzadas, es dudosa. Las solas minorías que se encuentran así preservadas son ante todo amplias fracciones de instituciones políticas o amplias fracciones del pueblo, a las que se acuerda un poder de veto. Pequeñas minorías, que tienen supuestamente la necesidad más grande de protección, pueden difícilmente ser presentadas como las beneficiarias del dispositivo. Además, no pueden tenerlo por adquirido que los miembros del parlamento, con una mayoría calificada que es con frecuencia solicitada, representan muy exactamente y muy fielmente las minorías sociales, étnicas, religiosas, etc., las más amenazadas. Por último, el concepto mismo de minoría numérica no es totalmente pertinente. A título de ejemplo, las mujeres constituyen una mayoría numérica, pero una minoría en términos de influencia real sobre el proceso político de numerosos Estados. Al contrario, los grupos de interés ricos y poderosos pueden no ser más que una reducida minoría numérica, cuya influencia cualitativa sobre el proceso político es muy superior a lo que un análisis puramente cuantitativo sugeriría<sup>76</sup>.

Por tal motivo, Anthony J. McGann impugna la idea que la exigencia de mayorías reforzadas protege las minorías, tomando en cuenta la dimensión temporal de la decisión política<sup>77</sup>. Una regla tal expresa un prejuicio en favor del *statu quo* y hace pesar la carga de la prueba sobre aquéllos que promueven una evolución. La vía así introducida en el proceso de decisión puede conducir a preservar tendencialmente la situación de fuerzas anteriormente hegemónicas, aunque estas no sean más una mayoría en la actualidad, pero nada más que una minoría de bloqueo gozando del derecho de veto otorgado a unas minorías concentradas y unificadas. Pasar de una exigencia de mayoría simple a una exigencia de mayoría reforzada limita la posibilidad para las minorías de defender sus intereses haciendo modificar las políticas que perjudican a sus causas. Tanto que una minoría no sabe cual será su situación en el futuro, imponer una mayoría

<sup>76</sup> Ver por ejemplo Victor Ferreres-Comella, A Defense of Constitutional Rigidity, en *Analyses and Right*, 57 (2000).

<sup>77</sup> Anthony McGann, *The Tyranny of the Supermajority: How Majority Rule Protects Minorities*, en *16 Journal of Theoretical Politics*, 53-77 (2004).

reforzada más que una mayoría simple tiende a limitar su capacidad a iniciar cambios políticos. Al contrario, una regla de mayoría simple implica que el grupo perdedor en el instante  $t$  se beneficia de una probabilidad tan fuerte como posible de poner en marcha una coalición en el instante  $t+1$  con el fin de proceder a cambios.

Porque puede reforzar la esperanza política de realizar sus objetivos, esta última regla favorece la participación política y la inclusión dentro del sistema. De manera general, la rigidez constitucional descansa sobre una verdadera falacia de mayorías reforzadas. Es frecuentemente sostenido que imponer una exigencia superior a la mayoría simple aumenta el carácter democrático de la decisión ya que es necesario que más de la mitad de la población considerada lo apruebe. Pero como Jeremy Bentham<sup>78</sup> y más tarde, Hans Kelsen lo demostraron, no es el caso. La autonomía individual, que es un valor fundador del constitucionalismo contemporáneo, conduce a preferir la mayoría simple a la mayoría reforzada. En un procedimiento donde una mayoría de las dos terceras partes o de las tres quintas partes es requerida e impuesta, los adversarios de la medida lo llevan si estos representan más de un tercio o de dos quintas partes. En este caso, la elección de una minoría lo lleva, lo que contradice la idea democrática consistente en maximizar la libertad. El número más grande se ve gobernado por la decisión de una minoría<sup>79</sup>. Así como Jeremy Waldron lo aclaró desde el punto de vista de la filosofía política, no hay que descartar apresuradamente la decisión de la mayoría simple como ejemplo de la técnica que asegura una igual consideración y un igual respeto para cada parte integrante, compatible con el más grande respeto por las preferencias de cualquier otro<sup>80</sup>. Al obstruirlo, la rigidez constitucional choca con los valores fundamentales.

24. En segundo lugar, la justificación democrática de la rigidez no es plenamente convincente. Según Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, “[u]n procedimiento de enmienda [...] permite a los redactores de la constitución compartir una parte de su autoridad con las generaciones siguientes. En razón de esta relación con el poder inicial, el poder de enmienda puede llevar su atención en cuestiones fundamentales de democracia y de soberanía<sup>81</sup>.” Las autoridades que están a cargo de las decisiones políticas ordinarias son en general los representantes del

78 Jeremy Bentham, A sus conciudadanos de Francia en las cámaras de pares y los senados, 66 (Lefebvre trad., H. Bossange, 183); Jeremy Bentham, Anti-Senatica. An Attack on the U. S. Senate, Sent by Jeremy Bentham to Andrew Jackson, President of the United States, 209-267, (Smith College Studies in History, Vol. 11.4, 1926).

79 Hans Kelsen, La démocratie, sa nature, sa valeur, 98 (Charles Eisenmann trad., prés. Troper M., 1988)

80 Jeremy Waldron, Law and Disagreement, 332 (Oxford University Press, 1999).

81 Cass R. Sunstein y Stephen T. Holmes, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe, en Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, *supra* nota 33, 276.

pueblo. Expresan su voluntad actual. ¿Porqué deberían ellos estar relacionados con lo que las generaciones anteriores de autoridades políticas o las generaciones anteriores del pueblo decidieron?, ¿Qué calidad tienen los representantes pasados o de hoy para vincular a las generaciones futuras? y ¿No hay aquí un proceso opresivo?

El problema clásico de la “mano muerta del pasado” (*dead hand of the past*) vinculando la voluntad política actual del pueblo está en el corazón de la elección de dotarse de una constitución rígida. La pretensión de establecer un orden jurídico y político estable limita la expresión y la implementación de la voluntad del soberano actual, porque ella limita, la forma según la cual este se expresa y la substancia de lo que puede legítimamente desear. Ninguna respuesta plenamente satisfactoria fue llevada con el fin de reconciliar este hecho con la idea democrática, que permanece como elemento importante del ideal del constitucionalismo<sup>82</sup>.

Tal era la razón por la cual Jeremy Bentham, a pesar de que él sea reconocido como un importante teórico del Estado constitucional contemporáneo<sup>83</sup>, era hostil a la rigidez constitucional. Según él, promover cada día la más grande felicidad del más grande número supone que las autoridades legislativas permanecen “omnicompetentes” y sean autorizadas a modificar las normas constitucionales según el procedimiento legislativo ordinario<sup>84</sup>. Afirmado desde la época de la Revolución francesa, donde Bentham se muestra severo respecto del procedimiento de revisión de los decretos constitucionales designado por el Título VII de la Constitución de 1791<sup>85</sup>, este principio es uno de los elementos esenciales de su *Código constitucional*, publicado en 1830<sup>86</sup>. Al encuentro de todo mecanismo destinado a endurecer la constitución, él se cuestiona: “¿Cuál es el origen de esta prontitud inquieta a establecer leyes fundamentales? Es la vieja ilusión de ser más sabio que la posteridad, más sabio que aquéllos que tendrán más experiencia; las viejas ganas de reinar en la posteridad, la vieja receta de permita a los muertos concatenar a los vivos<sup>87</sup>.” Viendo aquí una ilustración de la

82 Ver también Juan Carlos Bayón, *Derechos, democracia y constitución*, en 1 Discusiones, 65-94, (2000).

83 Benigno Pendás García, *Jeremy Bentham. Política y derecho en los orígenes del Estado constitucional*, 357 (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988); Guillaume Tusseau, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel. Une approche de l'utilitarisme juridique*, 320 (L'Harmattan, 2001).

84 Jeremy Bentham, *Necessity of an Omnipotent Legislature*, en *Rights, Representation, and Reform: Nonsense upon Stilts and Other Writings on the French Revolution*, 263-288 (Philip Schofield et al. eds., Oxford University Press, 2002).

85 *Id.*, 263-288.

86 Jeremy Bentham, *Constitutional Code for the Use of all Nations and all Governments Professing Liberal Opinions*, 41 (F. Rosen y J.H. Burns eds., Oxford, Clarendon Press, Vol 1, 1991).

87 Jeremy Bentham, *Observations on the Draughts of Declarations of Rights*, en *supra*

“falacia de la sabiduría de los ancestros<sup>88</sup>.” Continúa afirmando que “la doctrina de las leyes fundamentales irrevocables, el artificio de las mayorías reforzadas, y la división de las asambleas es entonces confiar a una minoría el poder de una mayoría, provenientes todos de la misma debilidad y de la misma pasión descarriada<sup>89</sup>.” De esto resulta que en el plano institucional, Bentham defendió sin discontinuar la instauración de asambleas parlamentarias omnipotentes. Liberada notablemente de todo dispositivo de separación de poderes<sup>90</sup> o de bicameralismo<sup>91</sup>, estas no deben ser más obstaculizadas por una constitución dicha “rígida” o un sistema de control de constitucionalidad. Este estima suficiente de instaurar una forma de constitucionalismo popular asegurando no que el poder de los dirigentes sea limitado, sino que sea *controlado* eficazmente por los que expresan la más grande felicidad del más grande número<sup>92</sup>.

25. Al mismo tiempo, una posición parecida era defendida por uno de los Padres fundadores americanos, el tercer Presidente de los Estados Unidos, Thomas Jefferson. Si no fue entendido sobre este punto, él ha promovido firmemente una constitución flexible, a manera de garantizar que la norma fundamental fuese siempre el objeto de una aprobación mayoritaria por parte de aquéllos que se encuentran sometidos a ella. A partir de un estudio de tablas demográficas de la época, le parecía que, del hecho de muertes y nacimientos, el contrato social por el cual una mayoría de la población delegaba su poder a los representantes no podía ser considerado como válido más allá de una generación. Por tal motivo, cada 19 o 20 años, una convención constitucional debería sistemáticamente reunirse, con el propósito de verificar que la mayoría consiente siempre a la organización política existente. Así como pudo escribirlo a James Madison,

“La cuestión de saber si una generación de hombres tiene el derecho de vincular a otra, parece nunca haber sido estudiada de nuestro lado del Océano o del otro. Por lo tanto, se trata de una cuestión en las que las consecuencias son tales que ella amerita no solamente una respuesta,

---

nota 84, 183.

88 Jeremy Bentham, *Fragment sur le gouvernement et Manuel de sophismes politiques*, 213-219, (J.P. Cléro trad., Bruylant, 1996).

89 Bentham, *supra* nota 87, 186.

90 Ver específicamente Jeremy Bentham, *Division of Power*, *en supra* nota 84, 405-418.

91 Ver específicamente Bentham, *A ses concitoyens de France...*, *en supra* nota 84; y, *Anti-Senatica...*, *supra* nota 78.

92 Ver por ejemplo Bentham, *supra* nota 90, 405-418. Ver recientemente Paola Rudan, *L'inventore della costituzione. Jeremy Bentham e il governo della società*, 251 (Il Mulino, 2013). Para una exposición detallada de los dispositivos institucionales propuestos – revocabilidad de los elegidos, exámenes profesionales de los agentes públicos, registro y supervisión de su actividad, etc. –, ver por ejemplo Rosen Frederick, *Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code*, 255 (Oxford, Clarendon Press, 1983); y, Tusseau, *supra* nota 83, 227-272.

pero si de ser ubicada entre los principios fundamentales de cada gobierno. [...]. Partiendo de ese fundamento que supongo evidente, 'que la tierra pertenece en usufructo a los vivientes' que los muertos no tienen ni poder ni derechos sobre ella. [...] A partir de este fundamento, puede ser comprobado que ninguna sociedad puede establecer una constitución perpetua, ni tampoco una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación presente. [Los vivos] pueden entonces gestionarla [...] a su antojo, durante su usufructo. También son amos de sus propias personas, y pueden por consecuencia gobernarlas a su antojo. [...] La constitución y las leyes de sus predecesores expiraron, en su curso natural, con aquéllos cuya voluntad les ha dado vida. [...] Cada constitución, entonces, y cada ley expiran naturalmente al término de 19 años. Si esta se aplica más tiempo, es un acto de fuerza y no de derecho<sup>93</sup>."

Es exactamente lo que el artículo 28 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano preveía, enunciando que "[u]n pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras."

26. Tal análisis fue recientemente ampliado por un filósofo como Richard Bellamy, que se hizo abogado de un "constitucionalismo político"<sup>94</sup>. A sus ojos, la rigidez constitucional limita la capacidad de una sociedad a deliberar. Una posible respuesta, que contribuyó a justificar el control de constitucionalidad<sup>95</sup>, consistiría a afirmar, como Dieter Grimm o Cass Sunstein, que es necesario en el plano práctico tanto que en el plano lógico para evitar discutir con permanencia de las fundaciones del sistema político, ya que los elementos que figuran en una constitución no son *el objeto* pero *la condición* del debate político<sup>96</sup>. Para Bellamy, al contrario, el argumento según el cual, al menos, el marco formal de la deliberación y los derechos a participar deben ser rígidos, no convence. En efecto, ese cuadro y esos mismos derechos son el objeto del debate político<sup>97</sup>.

93 Thomas Jefferson, Carta a James Madison, 6 de septiembre de 1789, accesible en el siguiente enlace <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-12-02-0248> (consulté le 29 décembre 2017). V. également Jefferson T., Lettre à Samuel Kercheval, 12 juin 1816, accessible en el siguiente enlace <http://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-samuel-kercheval/> (consultado le 29 décembre 2017). Thomas Paine defendía una idea comparable, ver Mario Feit, *For the Living: Thomas Paine's Generational Democracy*, en 48.1 *Polity*, 55-81 (2017).

94 Richard Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, 270 (Cambridge University Press, 2007); y, McGann, *supra* nota 77.

95 Ver específicamente John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 268 (Harvard University Press, 1980).

96 Ver respectivamente Grimm, *supra* nota 7, 968, 447, 427; Cass R. Sunstein, *Constitutionalism and Secession*, en 58 *University of Chicago Law Review*, 633-670 (1991).

97 Bellamy, *supra* nota 94, 178.

Este último debe ser también lo más abierto posible, y asegurar la construcción de una cultura pública de definición colectiva del orden social justo.

Esos elementos no pueden ser considerados como pre -condiciones a políticas del debate político, sino al contrario como objetos centrales del mismo. De este hecho, la constitucionalización tiene todo de una falacia destinada a asegurar la sustracción a la deliberación de cuestiones tan esenciales como los derechos fundamentales o la limitación del poder político. Y ello aunque su contenido es el objeto de los desacuerdos más esenciales de toda colectividad, esta exclusión peligra de ser arbitraria y de favorecer una forma específica de dominación política preestablecida<sup>98</sup>. Según esta línea de análisis, la práctica actual del constitucionalismo, y el dogma de la rigidez constitucional sobre el cuál descansa, testifican un desdén de principio por la energía política del pueblo<sup>99</sup>. Las dificultades prácticas se agregan a estas observaciones teóricas.

### B. *Las críticas empíricas*

27. La rigidez puede ser comprendida como un mecanismo destinado a evitar un riesgo político. O en primer lugar, procesos muy rígidos pueden resultar disfuncionales si ellos conducen a un estancamiento o hacen obstáculo a una voluntad política muy fuerte. En lugar de proteger los fundamentos de la sociedad política, pueden al contrario conducir a su destrucción y entonces contribuir a hacer llegar el riesgo contra el cual estos pretendían protegerse<sup>100</sup>.

La historia constitucional francesa es en ciertos aspectos emblemática por los cambios constitucionales que, hasta fecha reciente, no habían sido realizados según las disposiciones de las constituciones, particularmente por factor de la rigidez, pero en detrimento de ellas, y el precio de la abolición total de la constitución misma. Tal fue por ejemplo el caso en 1792, 1795, 1799, 1814, 1815, 1830, 1848 o 1851. Particularmente en 1851, Louis-Napoléon Bonaparte intentó modificar la Constitución de la segunda República. Según el texto de 1848, el Presidente de la República no podía ser reelegido inmediatamente (art. 45 C). Él quiso incluso cambiar esta disposición y alcanzó una decisión mayoritaria de la Asamblea nacional para este propósito. Pero esta no pudo alcanzar la mayoría reforzada de tres cuartas partes exigida por el artículo 111 C. Con el fin de permanecer en funciones, el Presidente recurrió a un golpe de Estado, masivamente aprobado por el pueblo. Según una forma de efecto perverso<sup>101</sup>, el dispositivo de protección de la constitución condujo a su abolición total.

98 *Id.*, 145-175.

99 Richard Parker, *Here the People Rule. A Constitutional Populist Manifesto*, 66, 76, 98, 105, 107 (Harvard University Press, 1994).

100 Sobre esta dificultad, ver específicamente, Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, 200 (Cambridge University Press, 2013).

101 Ver por ejemplo André Gosselin, *La Logique des effets pervers*, 250 (PUF, 1998).

28. En segundo lugar, desde el punto de vista de la ingeniería institucional, conviene cuidarse de sobreestimar los efectos prácticos de la rigidez constitucional *jurídica*. El efecto de diversas disposiciones constitucionales que pueden ser propuestos al seno de un procedimiento de revisión constitucional como los factores de disminución o crecimiento de la reflexión, depende ampliamente de factores exógenos, es decir de circunstancias factuales contingentes, tales como la cultura política, las circunstancias sociales e históricas de la sociedad, las mayorías políticas coyunturales, los movimientos de opinión pública, etc.<sup>102</sup>

Por ejemplo, hasta una fecha relativamente reciente, la exigencia de mayorías reforzadas no tuvo mucho efecto práctico en Austria, ya que la formación de *Grosse Koalitionen* conducía sistemáticamente a la presencia de mayorías suficientes para adoptar enmiendas constitucionales. Actualmente en Hungría, la mayoría de las dos terceras partes de los miembros del Parlamento exigido por el artículo S para modificar la Ley fundamental es lograda por una sola y única coalición política, que puede entonces fácilmente modificarla. Al contrario, la Constitución española no contiene ninguna “cláusula de eternidad”, de tal manera que si el procedimiento previsto a los artículos 166 al 169 C es seguido, todo puede en principio ser modificado. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, esta constitución parece de una rigidez extrema. Porque esta norma fue decisiva con el fin de asegurar la transición de un régimen autoritario a una democracia constitucional moderna, modificarla es a veces considerada por la clase política como un verdadero tabú. Más prosaicamente, las mayorías que son necesarias para seguir el proceso de revisión son tales que ellas excluyen de antemano ciertas iniciativas minoritarias.

También, “la rigidez de una constitución no es solamente función de procedimientos establecidos, sino de un contexto mucho más amplio (externo, interno, ligado a un sistema político y a la cultura - política, constitucional, general - de la sociedad). Esto explica por qué las mismas restricciones procesales podrían dar un a constitución rígida aquí y (relativamente) flexible allá”<sup>103</sup>. Igualmente, según Gabriel L. Negretto, “[e]l procedimiento de enmienda más rígido puede ser flexible en un sistema de partido dominante, como en la hegemonía del Partido Revolucionario Institucional (PRI) en México. En cambio, un procedimiento de enmienda flexible puede volverse rígido en la práctica si la fragmentación del sistema de partidos se vuelve muy elevada, como fue el caso de Ecuador desde

102 Ver Kenneth Wheare, *Modern Constitutions*, 14-31, (Oxford University Press, segunda ed., 1966).

103 Oliver y Fusaro, *supra* nota 74, 411. Ver igualmente Ferreres-Comella, *supra* nota 76, 48-49.

1979<sup>104</sup>". También los efectos empíricos de los dispositivos encargados del dogma de la rigidez constitucional deben ser cuidadosamente analizados.

29. La idea según la cual los valores del constitucionalismo implican necesariamente una forma u otra de rigidez aparece, por lo tanto, mucho menos segura que su estatus de evidencia en la cultura jurídica contemporánea podría sugerir. Al contrario, precisamente para permanecer fiel a las ambiciones del constitucionalismo, ciertos espacios de discusión permanecen y parecen deber permanecer. Esto es en tanto más cierto que contra el segundo dogma del constitucionalismo, el debate sobre los valores fundamentales no debe ser considerado como el privilegio solo de los jueces.

## 2. *El cuestionamiento de la supremacía jurisdiccional*

30. Así como Marshall, Sieyès y Kelsen lo han expresado perfectamente, las constituciones, entendidas como normas, no se pueden aplicar a sí mismas<sup>105</sup>. Es por esto que, en favor de una banalización que les asimila a los otros componentes del orden jurídico, las constituciones concebidas como *leyes* supremas de un país necesitan la intervención de una jurisdicción constitucional. Pero la robustez de este dogma es puesta en peligro del hecho de la relativa indeterminación de la consistencia de la norma fundamental que los jueces tienen por vocación de implementar (1), así como la cierta legitimidad de otras instituciones que pudieran tener que intervenir de manera concurrente (2).

### A. *La indeterminación del sentido constitucional*

31. La función consistente en aplicar y preservar la constitución a fin de garantizar la supremacía no es perfectamente determinada. Riccardo Guastini subraya a este respecto que:

“Debemos muy cuidadosamente distinguir entre los enunciados normativos - las ‘disposiciones’, como decimos en ocasiones - y las normas, en el sentido de la significación porque, entre las dos cosas no existe correspondencia biunívoca. Ciertos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas separadamente. Algunos enunciados normativos ( todos los enunciados normativos, puede ser) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o contienen

104 Gabriel Leonardo Negretto, *Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America*, en 46 *Law & Society Review*, 760 (2012).

105 Ver a la inversa, la perspectiva descrita por Michael Kammen, *A Machine That Would Go of Itself. The Constitution in American Culture*, 550 (St. Martin's Press, 1994).



conjuntamente una pluralidad de normas<sup>106</sup>.”

La naturaleza de la operación intelectual por la cual los significados son atribuidos a los textos no es siempre bien comprendida. Según ciertas exposiciones, que solicitan al “mito fundamental” puesto en evidencia por Jerome Frank<sup>107</sup>, el derecho está marcado de certeza, de tal modo que todas sus disposiciones poseen un sentido claro y evidente. Tal es por ejemplo la visión expresada por el juez Owen Roberts de la Corte suprema de los Estados Unidos. Según él,

“No debe haber malentendidos en lo que es rol de la Corte [...]. A veces decimos que la Corte se arroga el poder de anular o controlar la acción de los representantes del pueblo. Es un error. La Constitución es la ley suprema del país que fue ordenada y establecida por el pueblo; [t]oda la legislación debe ser conforme a los principios que ella contiene. Luego de que una ley del Congreso es atacada ante las jurisdicciones porque no es conforme al mandato dado por el pueblo en la Constitución, la rama judicial del gobierno no tiene más que un solo deber; poner el artículo constitucional invocado a lado de la ley impugnada y decidir si esta se ajusta a esta. Todo lo que el juez hace entonces y puede hacer, es presentar su juicio reflexionado en la cuestión. El único poder del que él dispone, si es que podemos llamar esto un poder, es el poder de juzgar. Esta Corte no aprueba ni desaprueba las políticas legislativas. Su delicada y difícil misión es verificar y decir si las leyes son conformes o contrarias a las disposiciones de la Constitución; y, una vez que ella ha hecho esto, su tarea está terminada<sup>108</sup>. ”

Así como ha puesto en evidencia una abundante literatura, tal posición es insostenible<sup>109</sup>. No existe ninguna posibilidad para un actor jurídico de conocer la sola, única y verdadera significación de una disposición. Interpretar un texto, es decir, definir su significado, no es un acto de conocimiento, sino un acto de

106 Riccardo Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle* 197, (Veronique Champeil-Desplats trad., Dalloz, 2010).

107 Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 368 (Stevens & Sons Limited, sexta ed., 1949).

108 *United States v. Butler*, 297 US 1, 62-63 (1936), traducción al francés en: Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 209.

109 Para una refutación más detallada, ver por ejemplo Guillaume Tusseau, *Le pouvoir des juges constitutionnels*, en *Traité international de droit constitutionnel*, 169-206 (Dominique Chagnollaud y Michel Troper eds., Dalloz, Vol. 3, 2012); Guillaume Tusseau, *Le gouvernement (contraint) des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison*, en *55 Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, 41-83, (2012).

voluntad. Sigue que definir el significado de un texto jurídico no es otro que decidir el significado que este tiene. En razón de las propiedades del lenguaje humano, diversos significados son siempre posibles de manera que él que es retenido expresa una elección., i. e. el ejercicio de un poder<sup>110</sup>. Tales son los elementos fundamentales de lo que es conocido bajo el nombre de teoría “realista<sup>111</sup>” de la interpretación. Desarrollados notablemente en Estados Unidos, esto ha contribuido a aminorar el rol de los legisladores, en beneficio de los jueces. Ciertos autores han pretendido también radicalmente que “[e]l derecho del Estado o de todo grupo humano organizado se compone de reglas que los tribunales, es decir los órganos jurisdiccionales de este grupo, ponen para la determinación de derechos y deberes<sup>112</sup>.” La posición institucional del órgano que, inicialmente, ha emitido la declaración jurídica, es relativamente débil: “Después de todo, el legislador no emite más que palabras, y él compete a los tribunales decir lo que significan [...]. En verdad, todo el derecho es hecho por los jueces<sup>113</sup>.”

32. Concerniente a las normas constitucionales, así como lo declaró un *Chief Justice*, la consecuencia que sigue es que “[v]ivimos bajo el imperio de una constitución, pero la constitución, es lo que los jueces dicen que es<sup>114</sup>.” Tal conclusión es más evidente si es permisible al juez constitucional, así como la Corte suprema de los Estados Unidos lo ilustra, de remodelar las exigencias del interés a actuar<sup>115</sup> para calibrar la manera en la que se asegura la supremacía constitucional, y elegir discrecionalmente, entre la masa de recursos que son presentados, los litigios sobre los cuales se pronuncia<sup>116</sup>. Es por eso que innumerables e interminables debates se llevan a temas de diversos tipos o métodos de interpretación del texto constitucional. Por ejemplo, ciertos pueden insistir en la interpretación del texto constitucional por referencia exclusiva al sentido que sus términos tenían

110 Ver específicamente Michel Troper, *Une théorie réaliste de l'interprétation*, en *Traité international de droit constitutionnel*, *supra* nota 109.

111 Ver Elisabeth Zoller, *Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des Etats-Unis*, en *22 Cahiers du Conseil constitutionnel* (2007), accesible en el enlace <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-realisme-dans-la-jurisprudence-constitutionnelle-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.50710.html> (consultado el 29 diciembre 2017).

112 John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 84, (MacMillan, segunda ed., 1938)

113 *Id.*, 124-125.

114 Charles Evans Hughes, *Speech Before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907*, en *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes Governor of New York (1906-1908)*, 139 (The Knickerbocker Press, 1908).

115 Ver Elisabeth Zoller, *Comment une question politique peut-elle devenir une question judiciaire aux Etats-Unis ? Le verrou de l'intérêt pour agir*, en *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, 1138-1156, (Daloz, 2009).

116 Elisabeth Zoller, *Etats-Unis: le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour suprême*, 84 *Pouvoirs*, 163-175 (1988); Elisabeth Zoller, *Avantages et inconvénients du système américain du writ of certiorari*, en *Revue universelle des droits de l'homme*, 278-281 (2002).

al momento donde la constitución fue establecida. Otros pueden subrayar la importancia de las intenciones de los autores del texto. Otros pueden aún intentar subrayar la necesidad de comprender el texto a la luz del estado presente de la sociedad. Según una metáfora canadiense, el texto constitucional es así concebido como un “árbol viviente”<sup>117</sup>. Otros pueden insistir en la necesidad de dar un efecto útil al texto, de tal suerte que tomen en cuenta el efecto práctico o la función del texto más que sus términos precisos etc. Según las tradiciones nacionales, ciertas jurisdicciones constitucionales, tales como la Corte suprema de Canadá o la Corte Constitucional de África del Sur son más sensibles a las pruebas empíricas en la argumentación constitucional, mientras que otras, tales como la Corte suprema de India en un largo tiempo sirvió de ejemplo, tienden a limitar su razonamiento a la confrontación más técnica de los textos unos con otros. Otros aun, como la Corte constitucional federal alemana no dudan en acomodar la controversia constitucional en el contexto de nociones dogmáticas tales como la soberanía, el Estado de derecho, la democracia o la dignidad humana, etc.<sup>118</sup>.

En función del método de interpretación retenido, el significado dado al texto constitucional y la decisión que se sigue sobre la compatibilidad de un texto o de un comportamiento con las normas constitucionales divergen. Pero no existe una metodología permitiendo resolver esas contradicciones, es decir de imponer una metodología más que otra. Es por eso que no es excepcional para los jueces constitucionales cambiar de opinión, y operar cambios de jurisprudencia<sup>119</sup>. Como ejemplo, en Estados Unidos, luego que la criminalización de las relaciones homosexuales fue juzgada perfectamente constitucional en 1986<sup>120</sup>, no fue el caso algunos años después, cuando el derecho constitucional (no escrito)<sup>121</sup> a la *privacy* fue extendido a estos comportamientos<sup>122</sup>. La interpretación constitucional no es entonces una actividad científica, sino una actividad práctica, que implica las preferencias,

117 *Henrietta Muir Edwards and others v. The Attorney General of Canada* [1929] UKPC 86, [1930] AC 124, PC.

118 Ver específicamente Andras Jakab, *Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective*, en 14.8 *German Law Journal*, 1215-1278 (2013); Andras Jakab et al., *Comparative Constitutional Reasoning*, 854 (Cambridge University Press, 2017).

119 Elisabeth Zoller, *Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, en 20 *Cahiers du Conseil constitutionnel* (2006), accesible en el siguiente enlace <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-revirements-de-jurisprudence-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.50632.html> (consultado el 18 de diciembre 2017).

120 *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

121 Ver por ejemplo Elisabeth Zoller, *La question des règles non-écrites aux Etats-Unis*, en *Les règles et principes non écrits en droit public*, 143-151 (Pierre Avril y Michel Verpeaux eds., Panthéon-Assas, 2000).

122 *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), traducción al francés en: Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 809.

las actitudes, los prejuicios, las aptitudes, la sensibilidad, etc., de los individuos llamados a juzgar.

33. Una concepción más refinada del realismo jurídico emergió en Francia siguiendo el trabajo de Michel Troper<sup>123</sup>. Según esta concepción, es necesario prestar atención al hecho de que los jueces no son los únicos actores cuya actividad no se limita, si esta es analizada desde un punto de vista realista, a recepcionar pasivamente un dado preexistente. Todos los actores jurídicos toman decisiones y, concerniente al derecho constitucional, dan a sus declaraciones el significado de normas constitucionales. El hecho que más actores tengan, simultáneamente, la facultad de interpretar un *stock* terminado de enunciados, impone soltar la atención solo de jueces, que un efecto de óptica desafortunado podría hacer parecer como los únicos detentores del poder de producir el derecho constitucional, y de interesarse en su entorno institucional. Ya que el juez no es el solo intérprete del texto constitucional, él debe necesariamente mostrarse atento a las interpretaciones del mismo texto que son dadas por otros actores. “El juez constitucional aparece así como un elemento de un sistema que contiene otras autoridades con las cuáles él tiene relaciones de fuerza o de cooperación, de donde resulta una interpretación de la constitución. La interpretación es una recreación, pero es el producto del sistema de relaciones entre los poderes públicos. [...] todas las autoridades encargadas de aplicar la constitución, la interpretan y la recrean de concierto.<sup>124</sup>”

Por lo tanto, en Estados Unidos, donde las relaciones de fuerza interinstitucional presiden la construcción y el funcionamiento del sistema<sup>125</sup>, es posible que el Congreso adopte una ley que considere perfectamente compatible con la Constitución. Cuando este texto es presentado al Presidente, en virtud del artículo I (7)(2)C, este puede considerar que tal o cual de sus disposiciones es inconstitucional, y oponer su veto al texto en su conjunto. El Congreso puede entonces estimar que la interpretación de la Constitución dada por el jefe del Ejecutivo es errónea, y persistir en superar el veto presidencial (art. I (7)C). Cuando la ley sea aplicada a situaciones concretas muchos años más tarde, es posible que los justiciables, el *Solicitor General*, las jurisdicciones y notablemente la Corte suprema considerarán que este no es constitucional. Quien más es, ya que la interpretación constitucional es una cuestión de elección y no una operación

123 Ver específicamente Troper, *supra* nota 110, 69-84.

124 Michel Troper, Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, en *Traité international de droit constitutionnel*, *supra* nota 109, 313. Ver igualmente Michel Troper, *L'interprétation constitutionnelle*, en *L'interprétation constitutionnelle*, 13-25 (Ferdinand Mélin-Soucramanien ed., Dalloz, 2005); y Tusseau, Le gouvernement (contraint) des juges..., *supra* nota 109.

125 Zoller, Splendeurs et misères du constitutionnalisme: les enseignements de l'expérience américaine, *supra* nota 7, 157-184.

intelectual automática, es posible, que todos los miembros de esta jurisdicción no tengan la misma opinión en este aspecto. Algunos de entre ellos manifestará entonces una opinión disidente<sup>126</sup>.

En consecuencia, la idea que la constitución es dada una vez por todas en un texto más o menos rígido confiado al cuidado de una categoría única de actores debe ser abandonada. Una constitución, entendida como una norma, depende de las interacciones estratégicas entre los posibles intérpretes del texto constitucional, cada uno tomando en cuenta las decisiones de los demás, sus posibles reacciones a las suyas, que son también dependientes de la percepción que los otros actores tienen del paisaje institucional.

## B. La co-construcción del sentido constitucional

34. No es raro, para las normas que organizan el sistema de control de constitucionalidad, definir la autoridad de las jurisdicciones constitucionales y el alcance de sus decisiones. Estas indican frecuentemente que sus decisiones son finales, vinculan todas las otras autoridades y no son susceptibles de ningún recurso. Un ejemplo muy claro es ofrecido por el artículo 153 de la Constitución turca, que enuncia que “[l]os fallos de la Corte constitucional son sin apelación. [...] Los fallos de la Corte constitucional son inmediatamente publicados en el Diario Oficial y vinculan los órganos del legislativo, del ejecutivo y del judicial así como a las autoridades administrativas y las personas físicas y morales”. El artículo 95.1 de la Constitución de Andorra prevé igualmente que “El Tribunal constitucional es el intérprete supremo de la Constitución; Sesiona como órgano jurisdiccional y sus decisiones se imponen a los poderes públicos y a las personas privadas”, mientras que el artículo 31.1 de la Ley federal de la Corte constitucional alemana declara que “[l]as decisiones de la Corte constitucional federal vinculan los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como todos los tribunales y las autoridades públicas.” Disposiciones semejantes existen en los numerosos Estados, tales como Portugal (art. 2 LOFPTC), Kirguistán (art. 97C; art. 14 LCC), Camerún (art. 15.3 LCC), Francia (art. 62 al 3C), Croacia (art. 31 LCC), Ecuador (art. 436 y 440 C), Colombia (art. 243 C), Perú (1 disposición final LOTC; art. 82 CPC) o España (art. 164.1 C).

35. Parece ser que en general la mayoría de las decisiones de las jurisdicciones son respetadas y aplicadas<sup>127</sup>. Cuando una disposición es anulada, esta no es

126 Ver Elisabeth Zoller, *La pratique des opinions dissidentes aux Etats-Unis*, en *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*. La République, 609-622 (pref. de Michel Ameller, Montchrestien, 2001).

127 Ver por ejemplo Valentin Zoltán Puskás y Károly Benke, *Enforcement of the Constitutional Court Decisions*, in *General Report of the XVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Relations of the Constitutional Court with Other State*

adoptada de nuevo, cuando una nueva norma debe ser adoptada con el fin de remediar a una inconstitucionalidad por omisión, ella lo es, etc., de modo que la constitución logra imponer su supremacía a las acciones de los poderes constituidos. Es por eso que numerosos autores tienden a percibir la relación que se anuda entre jueces constitucionales e instituciones políticas como un “diálogo”<sup>128</sup>, entendido como “una sucesión de comunicaciones implícitas o explícitas entre dos o más actores, caracterizada s por la ausencia de un actor dominante - o al menos puesta entre paréntesis esa dominación -, con la intención compartida de mejorar la práctica de la interpretación, de la revisión, de la redacción o de la modificación de las constituciones”<sup>129</sup>.

En este marco, las decisiones de jueces son recibidas por otros actores – instituciones políticas, jueces internacionales o supranacionales, jueces ordinarios, etc. – que les responden con nuevas decisiones que toman en cuenta las primeras. A través de estas interacciones, decisiones tendencialmente convergentes conducen, de manera exponencial, a un equilibrio consistente en una comprensión compartida de la constitución<sup>130</sup>. La metáfora del diálogo presenta un importante poder explicativo. Sin embargo, uno de los límites de esta presentación tiende a su carácter a veces excesivamente optimista o irénico<sup>131</sup>. Si una actitud general de *comitas gentium* no pueda ser excluida en la

---

Authorities, 38-50, accessible en la dirección <http://www.venice.coe.int/files/Bulletin/Spec-Bull-Relations-with-other-State-Powers-e.pdf> (consultada el 29 diciembre 2017), así como los informes nacionales de esta conferencia.

128 Louis Fisher, *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*, 306 (Princeton University Press, 1988); Peter Hogg y Allison Bushell Thornton, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter Of Rights Isn't a Bad Thing After All)*, en 35 *Osgoode Hall Law Journal*, 75-124; Christopher Manfredi y James Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, en 37 *Osgoode Hall Law Journal*, 513-527 (1999); Peter Hogg y Allison Bushell Thornton, *Reply to 'Six Degrees of Dialogue'*, en 37 *Osgoode Hall Law Journal*, 529-536 (1999); Peter Hogg et al., *Charter Dialogue Revisited – Or 'Much Ado About Metaphors'*, en 45 *Osgoode Hall Law Journal*, 1-65 (2007); Christine Bateup, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, en 71 *Brooklyn Law Review*, 1109-1180 (2006); Lisa A. Kloppenberg, *Telling a Constitutional Story: Examples of Constitutional Dialogue Teaching Constitutional Law*, en 49 *St. Louis University Law Journal*, 685-690 (2004); Anne Meuwese y Mar-nix Snel, *'Constitutional Dialogue': An Overview*, en 9.2 *Utrecht Law Review*, 123-140 (2013); Asociación de letrados del Tribunal constitucional, Tribunal constitucional y diálogo entre tribunales (Tribunal constitucional, 2013)

129 Meuwese y Snel, *supra* nota 128.

130 Maartje De Visser, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, 334-346, (Hart, 2014).

131 Ver por ejemplo Guillaume Tusseau, *Chronique de jurisprudence droit administratif et droit constitutionnel. Jurisprudence étrangère : Le constitutionnalisme européen aux prises avec la « désobéissance institutionnelle » des juges nationaux (Tribunal constitucional polonés, Decisión SK 45/09 del 16 noviembre 2011 ; Corte constitucional tcheca, Decisión Pl. ÚS 5/12 del 31 enero 2012, Pensiones eslovacas)*, en *Revista francesa de derecho administrativo*, 149-157 (2013); Guillaume Tusseau, *'Irregulare aliquod et (tantum non) monstro simile'* : remarques sur les heurs et malheurs des dialogues juridictionnels transconstitu-

práctica cotidiana de los jueces y de otros actores, así visualizados como socios de una empresa colectiva de la aplicación de la constitución<sup>132</sup>, sin embargo ella no permite ofrecer una descripción, y aún menos una explicación, general de otro tipo de interacciones.

36. Desde un punto de vista realista, diversas jurisdicciones constitucionales han hecho frente a resistencias más o menos importantes a la aplicación de sus decisiones o al menos, a estrategias de “evasión constitucional”<sup>133</sup> que han pretendido resistir al “gobierno de los jueces”.

Concerniente por ejemplo el control de las elecciones, múltiples manifestaciones han tenido lugar en Benín contra diversas decisiones de la Corte constitucional<sup>134</sup>. En Israel, los religiosos ortodoxos critican regularmente el activismo de la Corte suprema<sup>135</sup>. Es así que en 1999, entre 250000 y 400000 personas participaron en una importante manifestación, Rabbi Ovadia Yosef, líder espiritual del partido Shas, considerando que “los jueces de la Corte suprema son malévolos, indóciles y rebeldes [...] son desprovistos de inteligencia e imprudentes [...]. Violan el Shabbat [...] y son la causa de todos los males del mundo [...]. Un niño de siete años conoce mejor la Torah que ellos<sup>136</sup>.” Igualmente en Alemania, donde la Corte constitucional goza de un inmenso respeto, su prohibición de crucifijos en las escuelas<sup>137</sup> ha conducido a fuertes críticas. Según un especialista, “[h]a sido la reacción más negativa a una decisión jurisdiccional en la historia de la República federal, y el solo ejemplo de desconfianza clara y abierta frente a una decisión de la Corte constitucional<sup>138</sup>.” Numerosos ejemplos de desobediencia de

---

*tionnels* », en Reunión franco-japonesa en torno a las transferencia de conceptos jurídicos, 97-140 (Pierre Brunet et al., Mare & Martin, 2014); Horatia Muir Watt y Guillaume Tusseau, *Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale*, en Tratados entre las relaciones de órdenes jurídicos, 169-219 (B. Bonnet dir., LGDJ, 2016).

132 Ver por ejemplo Robert Katzmann, *Judges and Legislators. Towards Institutional Co-* munity, 200 (Bookings Institution, 1988).

133 Manuel Fernando Quinche Ramírez, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, 258 (Editorial Universidad del Rosario, segunda ed., 2009).

134 Conceptia D. Ouinsou, *Le contrôle de constitutionnalité au Bénin*, 3-4, accesible en el enlace siguiente [http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/communic/controle\\_const.pdf](http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/communic/controle_const.pdf), (consultado el 29 diciembre 2017).

135 Citado en Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, 71 (Harvard University Press, 2007). Ver igualmente Menachem Mautner, *Law and the Culture of Israel*, 154-155, 160-161 (Oxford University Press, 2011); y, Ran Hirschl, *Constitutional Theocracy*, 71-72 (Harvard University Press, 2010).

136 Citado en *Id.*

137 BVerfGE 93, 1 (1995).

138 Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 483 (Duke University Press, segunda ed., 1997). Ver igualmente, de manera más general, Peter E. Quint, *Civil Disobedience and the German Courts. The Pershing Missile Protests in Comparative Perspective*, 227-250 (Routledge-Cavendish, 2008).

la parte de las autoridades políticas pueden ser mencionados, por ejemplo en Bielorusia, Maldivia o en Austria, donde Jörg Haider negó apearse a la decisión constitucional imponiendo el bilingüismo de paneles de señalización<sup>139</sup>.

Sin rechazar abiertamente implementar una decisión jurisdiccional, las instituciones políticas tardan a veces en dar seguimiento, o no las aplican más que parcialmente<sup>140</sup>. En los Estados Unidos, los principios constitucionales aplicables a la interrupción voluntaria de embarazo que fueron determinados por la sentencia *Roe v. Wade*<sup>141</sup> han sido ignorados o privados de efecto práctico, por ejemplo por limitaciones de financiamientos de establecimientos donde era posible abortar<sup>142</sup>. Anteriormente, en los años 1820 y 1830, El Presidente Andrew Jackson sostuvo la política en el Estado de Georgia contra las tribus cherokees. Una ley estatal prohibiendo a los no-indios vivir en los territorios indios fue invalidada por la Corte suprema<sup>143</sup>. Pero Jackson rechazó obedecerla y declaró con cierto desprecio: “ John Marshall rindió su decisión, es ahora de aplicarla él<sup>144</sup>.” En Rusia, el Tatarstan ignoró totalmente la prohibición de organizar un referéndum que había pronunciado la Corte constitucional, y continuó su acción en vista de la proclamación de su independencia<sup>145</sup>.

37. Más allá de las hipótesis en las que la desobediencia aparece como un defecto de funcionamiento del sistema institucional, de modo que esta contradiga las ambiciones del constitucionalismo poniendo en cuestión la autoridad de las jurisdicciones constitucionales, otros casos ameritan ser analizados de una forma diferente. En este sentido, pueden ser entendidos no como tantas infidelidades al proyecto del constitucionalismo, sino al contrario como una forma de compromiso frente a las ambiciones de ese movimiento en términos de limitación del poder y de protección de derechos fundamentales. En

139 Ver Clemens Jabloner, *Am Rande des Rechtsstaates*, en *Zeitschrift für Verwaltung*, 426 (2006)

140 Georg Vanberg, *Legislative-Judicial Relations. A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, en 45 *American Journal of Political Science*, 347 (2001). Observando muchos estudios empíricos, ver Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, 146-150 (The University of Chicago Press, 1980); Bradley C. Canon y Charles A. Johnson, *Judicial Policies. Implementation and Impact*, 19-20, 62-91 (Congressional Quarterly Press, segunda ed., 1999).

141 410 US 113 (1973), trad. al francés en: Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 745; y en Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 429.

142 Ver por ejemplo en este tema Canon y Johnson, *supra* nota 40, 3-16; David M. O'Brien, *Storm Center. The Supreme Court in American Politics*, 17 (W.W. Norton & Company, novena ed., 2011).

143 *Worcester v. Georgia* 31 US 515 (1832).

144 Citado en Mark Victor Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, 14 (Princeton University Press, 2000).

145 See Alexei Trochev, *Implementing Russian Constitutional Court Decisions*, en 11 *East European Constitutional Review*, 95-103 (2002).



la medida en que, según el esquema de la teoría de los diálogos constitucionales, todos los actores participan en el proceso de interpretación y de aplicación de la constitución, es perfectamente posible y legítimo para ellos considerar que al igual que los actores jurisdiccionales, ellos son habilitados, en el marco de sus atribuciones, al dar su propia interpretación de la constitución sin ser vinculados por otros. Tal fue la postura declarada por James Madison. En 1799, mientras criticaba los *Alien and Sedition Acts*, escribía:

“Nos oponemos a que la autoridad judicial debe ser considerada como la única exponente de la Constitución, como último recurso; [...] si la decisión de jueces es elevada por encima de las partes soberanas a la Constitución, las decisiones de otros departamentos [...] deben igualmente gozar de una autoridad y ser igualmente tan definitivas como las decisiones de ese departamento [judicial]. [...] El derecho último de las partes de la Constitución, de juzgar si el pacto fue peligrosamente violado, debe ex tenderse a las violaciones cometidas por una autoridad delegada, lo mismo que por cualquier otra; por el poder judicial, tanto como el ejecutivo o la legislatura.

Tan cierto que el departamento judicial puede, en todas las cuestiones que le son sometidas según las formas previstas por la Constitución, decidir en último recurso, ese carácter definitivo no se impone que a consideración de otros departamentos de gobierno, y no frente a los derechos de las partes del pacto constitucional, donde el poder judicial tanto como los otros departamentos obtienen sus poderes. En cualquier otra hipótesis, la delegación del poder judicial suplantaría la autoridad delegataria; y la colaboración de este departamento con los otros en el ejercicio de poderes usurpados podría revertirse para siempre, y más allá del alcance posible de todo remedio legítimo, la Constitución misma que todos han instituido para preservar<sup>146</sup>.”

38. Dos enseñanzas principales resultan de este texto<sup>147</sup>. La primera trata de la separación horizontal de poderes. Ella conduce a la teoría del “departamentalismo<sup>148</sup>”, según la cual cada uno de los tres ámbitos de poder identificados por la Constitución de Estados Unidos tiene la facultad de interpretar la constitución en el marco de su acción. No existe ninguna jerarquía entre

<sup>146</sup> Reporte de 1799, accesible en la siguiente dirección: [http://www.constitution.org/rf/vr\\_1799.htm](http://www.constitution.org/rf/vr_1799.htm) (consultado el 29 diciembre 2017).

<sup>147</sup> Sobre otros aspectos de este texto ver por ejemplo: Zoller, *supra* nota 34.

<sup>148</sup> Ver por ejemplo sobre este tema Quentin Epron, Comment comprendre le départementalisme américain ?, próxima publicación.

ellas, sino una situación de igualdad y de coordinación. Después de su elección como Presidente, Thomas Jefferson explicó así a Abigail Adams, la esposa de su predecesor:

“Usted parece pensar que corresponde a los jueces decidir de la validez de la ley sobre la sedición. Pero nada en la constitución les da un derecho de decidir por el Ejecutivo, no más que ella da al Ejecutivo de decidir por ellos [...]. Los jueces, creyendo una ley inconstitucional, tenían el derecho de adoptar una sentencia [...] porque ese poder fue puesto en sus manos por la Constitución. Pero el Ejecutivo, creyendo la ley constitucional, debía dispensar de su ejecución, porque ese poder le fue confiado por la Constitución [...]. La opinión que da a los jueces el derecho de decidir cuáles leyes son constitucionales y cuales no lo son, no solamente por ellos mismos en su propia esfera de acción, pero igualmente por la Legislatura y por el Ejecutivo, en su esfera, haría del Judicial una rama despótica<sup>149</sup>.”

Es por eso que Jefferson usaba su derecho de gracia para hacer obstáculo a la aplicación de la *Anti Seditio Act* de 1798 que le parecía contradecir la Primera Enmienda, pese a que había sido juzgado constitucional por la Corte suprema. Una posición parecida fue adoptada por el presidente Andrew Jackson<sup>150</sup> y Abraham Lincoln.

39. La segunda enseñanza del texto de Madison versa sobre la separación vertical de poderes. Una controversia constitucional considerable se ha establecido en los Estados Unidos a cerca de quien de la Unión o los Estados, estaban en derecho de interpretar la Constitución<sup>151</sup>. Dos concepciones antagonistas se confrontaron. Según John Marshall, el pueblo de Estados Unidos en su conjunto adoptó la Constitución. El instituyó una institución nacional, la Corte suprema, que es responsable en última instancia para determinar la interpretación de una norma federal que debe ser aplicada de manera uniforme. Según la posición opuesta, en la que el defensor más emblemático fue el Vice-Presidente John C. Calhoun, la Constitución no fue adoptada por un pueblo unitario, si no por

149 Jefferson to Mrs. John Adams, Sept. 11, 1804, accesible en el siguiente enlace <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/99-01-02-0348> (consultado el 29 diciembre 2017).

150 Ver específicamente « Veto Message, July 10, 1832 », accesible en el siguiente enlace <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=67043> (consultado el 29 diciembre 2017).

151 Jean Philippe Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme. John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, 294 (PUF, 2004); William Freehling, *Prelude to Civil War*, 395 (Harper & Row, 1966); Frederick D. Drake y Lynn R. Nelson, *States' Rights and American Federalism. A Documentary History*, 232 (Greenwood Press, 1999); Keith E. Whittington, *Constitutional Construction. Divided Powers and Constitutional Meaning*, 72-112 (Harvard University Press, 1999).

los Estados. Es entonces a ellos que corresponde la interpretación final de la Constitución. Comprendida como un pacto, corresponde a cada una de sus partes de determinar el significado, de manera que un Estado pueda oponerse a las autoridades federales si estima que la política que estas llevan es inconstitucional. Esta tesis es periódicamente invocada. A mediados del siglo XX, por ejemplo<sup>152</sup>, en Virginia se promulgó una ley interponiéndose contra la desegregación ordenada por la Corte suprema<sup>153</sup>. Mientras que Calhoun imaginaba la posibilidad para los Estados de proceder a la “anulación”<sup>154</sup> de leyes federales, es decir a su invalidación, Madison limitaba su análisis a un derecho de “interposición”<sup>155</sup>, es decir una forma de protesta solemne frente a la acción federal. En los dos casos, una forma de control de constitucionalidad de la acción de entidades federales por entidades federadas era teóricamente justificada, y susceptible de concurrir la interpretación jurisdiccional de la norma suprema.

40. El departamentalismo y la doctrina de la nulificación/interposición ofrecen una teoría que no es incompatible con el constitucionalismo, en la medida donde él hace a cada institución responsable de la implementación continua de las normas fundamentales. Ellas explican, pese a la fascinación contemporánea para las jurisdicciones que tienden, en una forma de “panjudicialismo epistémico”<sup>156</sup>, hacer perder de vista este fenómeno, que la interpretación constitucional y el control constitucional por las autoridades no jurisdiccionales no son de menor importancia<sup>157</sup>. Cuando las disposiciones específicas tienden a establecer la supremacía de las jurisdicciones constitucionales, conviene remarcar según a las enseñanzas del realismo jurídico, que estas mismas disposiciones suponen una interpretación por los actores jurídicos. Por ejemplo entre muchos otros, en España el artículo 5.1 de la Ley orgánica sobre el poder judicial n°6/1985 establece de manera extremadamente clara que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos

152 Louis Michael Seidman, *Our Unsettled Constitution. A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*, 114 (Yale University Press, 2001).

153 *Brown v. Board of Education* 347 US 483 (1954), traducción al francés en: Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 601; y Elisabeth Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, p. 285.

154 Ver específicamente John Post Calhoun, *A Disquisition on Government and Selections from the Discourse*, 104 (Editorial Artes Liberales, 1953).

155 Ver Gaillard Hunt, *The Writings of James Madison*, 326-331 (The Knickerbocker Press, Vol. VI, 1906).

156 Guillaume Tusseau, *Enfrentar el panjudicialismo epistémico: la escotomización de formas políticas de control de constitucionalidad*, en 18 Parlamento y constitución. Anuario. Año 2016 (2017, próxima publicación).

157 Guillaume Tusseau, *Un oublié du constitutionnalisme contemporain: le contrôle politique de constitutionnalité*, en *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, 711-750 (Imprimeries universitaires de Bordeaux, Vol. 2, 2013).

y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos ” Pero este texto no es suficiente para evitar divergencias a veces rudas entre el Tribunal constitucional y el Tribunal supremo, el segundo negando considerarse unido por las decisiones del primero pese al artículo 5.1<sup>158</sup>. Esta es prueba que toda institución conserva necesariamente una facultad autónoma de interpretación y aplicación de la constitución.

De manera aún más clara, ciertos Estados admiten, adecuan y alientan una semejante aplicación policéntrica de la constitución<sup>159</sup>. A manera de ejemplo, en Argentina. A partir de 1893, la Corte suprema ha juzgado ella misma en el caso *Cullen v. Llerena* que “Es una regla fundamental de nuestro derecho público que cada uno de los tres poderes supremos que forman el gobierno de la nación aplica e interpreta el mismo la Constitución después que él ejerce las facultades que ella misma le confiere respectivamente<sup>160</sup>.” El artículo 130 C ecuatoriano de 1998 habilitaba al Congreso a “Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria. ” Mas tarde el artículo 284 enunciaba que “En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarla de un modo generalmente obligatorio ”. Actualmente, en Bolivia, el artículo 4.III de la Ley del Tribunal constitucional plurinacional hace netamente de la interpretación constitucional una responsabilidad compartida: “El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la [Constitución Política del Estado](#) es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular. ” Una

158 Manuel Aragón Reyes, *Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo*, en 8 Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional, 31-39 (2007); Rosaria Serra Cristóbal, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, 215 (Tecnos, 1999); Francisco Fernández Segado, *La guerra de los Tribunales en España*, en 19.3 Contribuciones, 71-130, (2002); Leslie Turano, *Spain: Quis Custodiet Ipsos Custodes?: The Struggle for Jurisdiction Between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo*, en 4 International Journal of Constitutional Law, 151-162, (2006); Pedro Cruz Villalón, *Conflict Between Tribunal constitucional and Tribunal Supremo. A National Experience*, en *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, 111, 116 (Ingolf Pernice et al., Baden-Baden, 2006); Vicente Gileno Sendra, *De nuevo el conflicto entre el Tribunal supremo y el Tribunal constitucional*, en 7 La ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 1363-1365 (2001).

159 Ver al respecto Nestor Pedro Sagüés, *El Congreso como intérprete de la Constitución*, en *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, 301-310 (Antonio María Hernández y Diego Valadés coords., UNAM, 2003); Nestor Pedro Sagüés, *El congreso versus el tribunal constitucional. La interpretación final de la constitución*, accesible en el siguiente enlace <http://www.idpc.es/archivo/1212589263a1NPS.pdf> (consultado el 29 diciembre 2017).

160 Cesar Landa Arroyo, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, 54 (Porrúa, 2006); Osvaldo A. Gozaíni, *Teoría de la sentencia constitucional*, 218-219, (Porrúa, 2015).

posición parecida fue declarada por el Tribunal constitucional peruano<sup>161</sup>. En Portugal, el Tribunal constitucional no tiene monopolio en materia de aplicación de la Constitución. Las jurisdicciones ordinarias son igualmente competentes, igual que el Presidente de la República (art. 120, 134.d, 138 y 195.2 C) y el parlamento (art. 162, a C)<sup>162</sup>.

41. Ciertos sistemas constitucionales declaran una tendencia de fondo al establecimiento de “formas atenuadas de control de constitucionalidad”<sup>163</sup> que sin ceder nada en cuanto a las finalidades de un gobierno constitucional, niegan dar la última palabra a las jurisdicciones, y luchan en incumplimiento el dogma de la supremacía jurisdiccional. Es así que se multiplican los dispositivos, que al igual que *Human Rights Act 1998* en el Reino Unido, imponen a las autoridades políticas tomar en cuenta los derechos fundamentales en el transcurso del proceso de decisión política<sup>164</sup> o que, al igual que la “*clause nonobstant*” canadiense (art. 33 LC de 1982), permiten sobrellevar las decisiones jurisdiccionales. De manera específica, en la línea de autores que promueven el “constitucionalismo político” más que el “constitucionalismo jurídico”, estos renuevan considerablemente la importancia de la intervención de los parlamentos en la implementación de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales<sup>165</sup>. Se hace así evidente que la supremacía jurisdiccional no es la única – ni puede ser necesariamente la mejor<sup>166</sup> – forma de hacer honor a las ambiciones del constitucionalismo.

<sup>161</sup> TC 0030-2005-PI/TC.

<sup>162</sup> Jorge Miranda, *El Tribunal constitucional portugués y el estatuto de sus jueces*, en Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro homenaje a Jorge Carpizo, 821 (Héctor Fix-Zamudio y Cesar Iván Astudillo coords., IJ-UNAM, 2012).

<sup>163</sup> Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, en 49 *The American Journal of Comparative Law*, 707-760 (2001); Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, 262 (Cambridge University Press, 2013); Mark V. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, 272 (Princeton University Press, 2008).

<sup>164</sup> Ver por ejemplo el Bill of Rights Act 1990 néo-zélandais y el Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 australiano.

<sup>165</sup> Katja S Ziegler *et al.*, *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, 275 (Hart, 2007); Murray Hunt *et al.*, *Parliaments and Human Rights* (Hart Publishing, 2015); Guillaume Tusseau, *Parlement et droits fondamentaux*, en *Traité d'études parlementaires* (Eric Thiers y Olivier Rozenberg eds., Larcier, próxima publicación).

<sup>166</sup> Sobre la necesidad de estudios de casos empíricos en la materia, ver Guillaume Tusseau, *A Plea for a Hint of Empiricism in Constitutional Theory: A Comment on Cesare Pinelli's 'Constitutional Reasoning and Political Deliberation'*, en 14.8 *German Law Journal. Review of Developments in German, European and International Jurisprudence*, Special Issue: Constitutional Reasoning, 1183-1194 (2013); y, Guillaume Tusseau, *Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence*, próxima publicación.

42. Si la existencia de formas de control de constitucionalidad por las autoridades políticas no puede ser excluida<sup>167</sup>, el debate debe entonces tratar sobre la medida precisa de las aptitudes respectivas de las diferentes instituciones<sup>168</sup>. En este título, los escritos de autores que hacen elogios de las jurisdicciones constitucionales, notablemente comparándolas con la pésima calidad prestada a las autoridades políticas, conducen a una fuerte dosis de idealización. De tales sesgos se conduce a “falacias de asimetría<sup>169</sup>”, que consisten en presentar uno de los objetos comparados de la manera más favorable posible, mientras que el otro es presentado en su mejor día. O no existe ninguna razón *a priori* de considerar que la hipótesis de los mejores jueces que deliberan en el seno de las mejores jurisdicciones constitucionales sea muy diferente de aquella de las mejores legislaturas obrando en el seno de las mejores asambleas.

El ejemplo estadounidense demuestra la porosidad de las esferas jurídica y política<sup>170</sup>. Presentar la primera como el espacio de los principios, de los derechos y de los valores fundamentales, de la objetividad y de la razón, mientras que la segunda sería el espacio de los intereses y de las preocupaciones puramente materiales, resulta engañoso. No hay ninguna duda que existen excelentes jueces y lamentables miembros del gobierno o de las asambleas legislativas. Por el contrario es muy cierto, como lo demuestran estudios del funcionamiento de las jurisdicciones realizadas “desde el interior”, los parlamentos están lejos de tener el monopolio de las intrigas, de los tratados o del clientelismo<sup>171</sup>.

167 Guillaume Tusseau, *El control político de constitucionalidad en Francia*, en *El control político en el Derecho comparado*, 31-50 (José Luis Prado Maillard et al. Coords., Mario Garza Castillo trad., Comares, 2010); Tusseau, *supra* nota 157; y, Tusseau, *supra* nota 156.

168 Tusseau, *A Plea for a Hint of Empiricism...*, *supra* nota 166; Tusseau, *Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire...*, *supra* nota 166; y, Tusseau, *supra* nota 165.

169 Juan Carlos Bayón Mohíno, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en *Constitución y derechos fundamentales*, 67-138 (Jerónimo Betegón Carrillo et al., Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004); Neil Komesar, *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, 287 (University of Chicago Press, 1994); Adrian Vermeule, *Judging Under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, 9-10, 16-17, 40-59 (Harvard University Press, 2006).

170 Ver por ejemplo Guillaume Tusseau, *Façonner le ‘gardien de la conscience. Les Présidents des Etats-Unis et les juges de la Cour suprême*, en *150 Pouvoirs. Revue française d’études constitutionnelles et politiques*, 53-68 (2014).

171 Ver Del Dickson, *The Supreme Court in Conference, 1940-1985. The Private Discussions Behind Nearly 300 Supreme Court Decisions*, 1006 (Oxford University Press, 2001); Bob Woodward y Scott Armstrong, *The Brethren. Inside the Supreme Court*, [1979], 567 (Sydney, Simon & Schuster Paperbacks, 2005); Phillip Cooper, *Battles on the Bench. Conflict Inside the Supreme Court*, 224 (University Press of Kansas, 1995); Edward Lazarus, *Closed Chambers. The First Eyewitness Account of the Epic Struggles Inside the Supreme Court*, 576 (Times Books, 1998); Gustavo Zagrebelsky, *Cinquante ans d’activité de la Cour constitutionnelle italienne*, en *Revista de derecho público y de ciencia política en Francia y en el extranjero*, 131-144 (2007); Dominuque Schnapper, *Una socióloga en el Consejo constitucional*, 273-309, (Gallimard, 2010).

43. Los jueces constitucionales y el personal político pertenecen frecuentemente a la misma coalición social, económica e intelectual. Así como lo señalaba Robert Dahl, la Corte suprema aparece como “un miembro de la alianza nacional dominante<sup>172</sup>”. Este estado de hecho conduce a dudar de la capacidad de los jueces a hacerse realmente los portavoces de las minorías desfavorecidas en el proceso político tradicional. Si el argumento deflacionista contra la democracia tradicionalmente comprendida consiste en afirmar que, por razón de su capital cultural, de su color, su género, sus opiniones, su formación, su orientación sexual, sus prejuicios, etc., los parlamentarios no son verdaderamente aptos para representar al pueblo, él va igualmente contra los jueces<sup>173</sup>.

Algunas decisiones tomadas por jueces constitucionales son situadas en el primer plano de la protección de los derechos fundamentales. La decisión *Brown v. Board of Education*<sup>174</sup> en materia de lucha contra el racismo viene naturalmente al espíritu. Otros son también famosos, como los asuntos *Bokros* (censura de medidas de austeridad) en Hungría<sup>175</sup>, *Makwanyane* (concerniente la pena de muerte)<sup>176</sup>, *Grootboom* (concerniente al derecho de vivienda)<sup>177</sup> y *Treatment Action Campaign* (concerniente al derecho a la salud)<sup>178</sup> en África del sur, etc., Pero estos no pueden disimular la letanía de las decisiones *Dred Scott v. Sandford* (inconstitucionalidad de una ley limitando la esclavitud por violación de derecho de propiedad)<sup>179</sup>, *Lochner v. New York* (inconstitucionalidad de una legislación social por violación de la libertad contractual)<sup>180</sup>, *Korematsu v. United States* (constitucionalidad de los campos de internamiento para ciudadanos americanos de origen japonés)<sup>181</sup> o *Bowers v. Hardwick* (constitucionalidad de la criminalización

172 Robert Alan Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, en 6 *Journal of Public Law*, 293 (1957).

173 En este sentido ver Michael Kent Curtis, *Judicial Review and Populism*, en 38 *Wake Lake Fortest Law Review*, 322 (2003); Daniel Farber y Philip Frickey, *Law and Public Choice. A Critical Introduction*, 159 (The University of Chicago Press, 1991).

174 347 US 483 (1954).

175 Ver Kim Lane Scheppele, *Democracy by Judiciary (Or why Courts Can Sometimes Be More Democratic Than Parliaments)*, accesible en la dirección <https://law.wustl.edu/harris/conferences/constitutionalconf/ScheppelePaper.pdf> (consultado el 29 diciembre 2017).

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

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

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

179 60 US 393 (1856), trad. al francés en: Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 209. Véase también: Lauren Robel y Elisabeth Zoller, *Les états des Noirs. Fédéralisme et question raciale aux Etats-Unis*, 116 (PUF, 2000)

180 198 US 45 (1905), trad. en francés en: Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 321; y, Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, *supra* nota 22, 140.

181 323 US 214 (1944), trad. al francés en: Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des*

de las relaciones homosexuales)<sup>182</sup> en los Estados Unidos, la decisión de la Cámara constitucional del Tribunal supremo de justicia de Venezuela que hace obstáculo a la ejecución de una decisión de la corte interamericana de los derechos del hombre en favor de un oponente al chavismo<sup>183</sup>, etc.

44. Además, conviene de guardarse de todo formalismo excesivo. Si las decisiones de los jueces pudieron proclamar los derechos fundamentales en términos particularmente enfáticos, muchos autores han emitido dudas en cuanto a la efectividad práctica de esos últimos. Gerald N. Rosenberg también demostró que la influencia directa de las decisiones de la Corte suprema concerniente a temas tales como los derechos cívicos, el aborto y los derechos de las mujeres, le protección del medio ambiente, la igualdad del voto, el proceso penal y el matrimonio de parejas del mismo sexo fue extremadamente limitada, por demás negativa<sup>184</sup>. Solo la intervención de autoridades políticas y notablemente de los legisladores que han, por ejemplo, acompañado la jurisprudencia sobre los derechos civiles del *Civil Rights Act* y del *Voting Rights Act* en 1964 y 1965, lo ha permitido. Una doble dificultad continúa. Por una parte, la acción en favor de los derechos fundamentales por los jueces únicamente, es débil, notablemente porque sus decisiones no se aplican ellas mismas, pero necesitan la acción de los otros poderes<sup>185</sup>. Es así que a pesar de *Brown*, las escuelas permanecen ampliamente monocolors, y que a pesar de *Roe v. Wade*,

---

Etats-Unis, *supra* nota 22, 507.

182 478 US 186 (1986), traducción al francés en: *Id.*, p. 1055.

183 Tribunal supremo de justicia de Venezuela, Sala constitucional, Expediente n° 11-1130 du 17 octobre 2011.

184 Ver Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, 525 (The University of Chicago Press, segunda ed., 2008); Joel F. Handler, *Social Movements and the Legal System. A Theory of Law Reform and Social Change*, 252 (Academic Press, 1978); William Mishler y Reginald S. Sheehan, *The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, en 87 *American Political Science Review*, 87-101 (1993); Barry Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, 614 (Straus and Giroux, 2009); Michael J. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights. The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, 655 (Oxford University Press, 2004); Michael J. Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, en 82 *Virginia Law Review*, 1-67 (1996); David S. Law, *Constitutions*, en *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, 375-398 (Peter Cane y Herbert M. Kritzer eds., Oxford University Press, 2010); Erwin Chemerinsky, *The Case Against the Supreme Court*, 386 (Viking, 2014); Tom Gerald Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, 342 (Cambridge University Press, 2017).

185 David A. Schultz, *Leveraging the Law. Using Courts to Achieve Social Change*, 354 (P. Lang, 1998); Canon y Johnson, *supra* nota 40; Archibald Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government*, 118 (Clarendon Press, 1976); Charles R. Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, 326 (Imprenta de la Universidad de Chicago, 1998); Tushnet, *supra* nota 144, 135-141; Derrick Bell, *Silent Covenants. Brown v. Board of Education and the Unfulfilled Hopes for Racial Reform*, 230 (Oxford University Press, 2004).



parece siempre difícil abortar en ciertos Estados por falta de financiamiento de servicios idóneos<sup>186</sup>. Por otra parte, su eficacia es condicionada al hecho que ella encuentra el apoyo – y las preferencias – en las instituciones mayoritarias, de tal manera que la justificación contra-mayoritaria de la intervención de los jueces se derrumba.

45. Peor aún, el control jurisdiccional de constitucionalidad puede tener el efecto de desmovilizar y desresponsabilizar las autoridades políticas representativas y, de rebote, sobre los ciudadanos. Sabiéndose controlados, estos podrían no prestar más atención a la garantía de valores constitucionales. Según un proceso de profecía autorealista, la mediocridad pretendida de los parlamentos en la materia conduciría a la necesidad de un control jurisdiccional, mientras que es la existencia de las jurisdicciones que podría precisamente conducir a acrecentar la mediocridad de los parlamentos<sup>187</sup>. En otras hipótesis, las autoridades políticas han hasta tentado transferir a las jurisdicciones constitucionales las verdaderas decisiones de fondo en las que ellas no deseaban asumir la responsabilidad o donde el ganador en términos políticos era incierto<sup>188</sup>.

En tanto que las jurisdicciones, las autoridades políticas presentan ciertas cualidades para encargarse de la misión de protección de los derechos fundamentales. El hecho que generalmente sean más numerosas que las jurisdicciones permite esperar que ellas sean tendencialmente, compuestas de un personal más diverso en el plano epistémico, de manera que, según una argumentación relativa a la “sabiduría de la muchedumbre”, sus decisiones sean empíricamente más informadas, discutidas desde perspectivas más diversas y más representativas<sup>189</sup>. Al contrario, por causa de su integración más reducida, los

186 Paul Kahn, *The Cultural Study of Law*, 128-139 (La Imprenta de la Universidad de Chicago).

187 James Bradley Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, en 7 *Harvard Law Review*, 129-156 (1893); Mark V. Tushnet, *Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design*, en *The Least Examined Branch. Legislatures in the Modern State*, 357 (Richard W. Bauman y Tsvi Kahana eds., Cambridge University Press, 2006); Vermeule, *supra* nota 169, 261-262, 264; Adrian Vermeule, *Law and the Limits of Reason*, 95-96 (UP, 2009).

188 Mark A. Graber, *The Non-Majoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, en 7 *Studies in American Political Development*, 35-73 (1993); Morris P. Fiorina, *Legislator Uncertainty, Legislative Control, and the Delegation of Legislative Power*, en 2 *Journal of Law, Economics, and Organization*, 33-51 (1986); Kent Weaver, *The Politics of Blame Avoidance*, en 6 *Journal of Public Policy*, 371-398 (1986); George I. Lovell y Scott E. Lemieux, *Assessing Juristocracy: Are Judges Rulers or Agents?*, en 65 *Maryland Law Review*, 100-114 (2006); Danièle Lochak, *Les hommes politiques, les ‘sages’ (?)... et les femmes (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 novembre 1982)*, 131-137 (*Droit social, Editions techniques et économiques*, 1983).

189 Scott E. Page, *The Difference. How the Power of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, and Societies*, 424 (Princeton University Press, 2007); y, Bellamy, *supra* nota 94, 31-35.

límites de su capacidad de reunir información y de su homogeneidad profesional, las capacidades epistémicas de los jueces son en general más limitadas<sup>190</sup>. También el debate constitucional en el seno de las asambleas políticas no tiene muchas veces nada que envidiar a aquél que puede tener lugar en el seno de las jurisdicciones<sup>191</sup>, y que resulta para todo el menos complementario<sup>192</sup>.

46. Rechazando el dogma de la supremacía de un órgano específico, estos elementos demuestran una comprensión renovada del constitucionalismo, que dejan más lugar a la dinámica del diálogo. Es imposible comprender, sino como un diseño institucional respaldado por un discurso de justificación particular y contextualizado, la idea según la cual no corresponde que al juez constitucional aplicar la norma fundamental. Otros actores son legítimos a compartir esta importante misión. Favorecer el acercamiento e intercambios tan diversos como posible puede ser la mejor vía para desarrollar una cultura constitucional ampliamente compartida no solamente entre las instituciones, pero igualmente entre los ciudadanos<sup>193</sup>, a fin de llegar a eso que Peter Häberle llama una “sociedad abierta de intérpretes constitucionales<sup>194</sup>”, que da derecho a las formas populares del constitucionalismo que el crecimiento global del poder judicial conduce a escotomizar.

#### IV. CONCLUSIÓN

47. Parece entonces necesario desde un punto de vista empírico y, puede ser, fructífero desde un punto de vista normativo, abandonar la búsqueda de un último intérprete de la constitución<sup>195</sup>, presentada como un documento necesariamente fundamental y, al respecto, tendencialmente intocable. El

190 Vermeule, *supra* nota 187, 1-23, 43, 78-79, 83-87, 123-162.

191 Ver por ejemplo Neal Devins y Keith E. Whittington, *Congress and the Constitution*, 320 (Duke University Press, 2005); Vermeule, *Law and the Limits of Reason*, *supra* nota 187; Thomas Christiano, *The Rule of the Many. Fundamental Issues in Democratic Theory*, 310 (Westview Imprentas, 1996); Thomas Christiano, *The Authority of Democracy*, en *12 Journal of Political Philosophy*, 266-290 (2004); Mark Tushnet, *Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design*, en *The Least Examined Branch... supra* nota 187; Sanford Levinson, *Constitutional Engagement 'Outside the Courts' (and 'Inside the Legislature'): Reflections on Professional Expertise and the Ability to Engage in Constitutional Interpretation*, en *The Least Examined Branch...*, *supra* nota 187, 378-384.

192 Ver por ejemplo Kent Roach, *The Varied Roles of Courts and Legislatures in Rights Protection*, en *Hunt et al.*, *supra* nota 165, 405-421; Kent Roach, *The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-Terrorism Law*, en *24 Windsor Review of Legal and Social Issues*, 5-56 (2008).

193 Respecto a esta dimensión de fenómenos jurídicos ver por ejemplo Philippe Raynaud y Elisabeth Zoller, *El derecho en la cultura americana*, 177 (Ed. Panthéon-Assas, 2001).

194 Peter Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, en *30 JuristenZeitung*, 297-305 (1975).

195 Walter F. Murphy, *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, en *48 Review of Politics*, 401-423 (1986).

constitucionalismo no implica de manera natural, necesaria o irremediable la supremacía constitucional concretizada por la rigidez constitucional, por una parte, y la garantía jurisdiccional, por otra.

En esta perspectiva, un estudio del constitucionalismo desde el punto de vista de los estudios culturales puede ser útil. Este se propone exponer el marco intelectual que da su consistencia particular a la realidad jurídica y política en la cual se encuentra un individuo o una comunidad. Esta disciplina pretende revelar el conjunto de creencias fundamentales que dan su conformación particular a la manera en la que son abordados los fenómenos jurídicos y políticos. Según los términos de Paul W. Kahn, “un estudio cultural del derecho [...] busca llevar a la consciencia sus estructuras de significado de fondo que están siempre ya en su lugar y que hacen posibles los esquemas normativos a cerca de los cuales discutimos<sup>196</sup>.” Del mismo modo, “la cuestión que define una disciplina jurídica cultural es la siguiente: ¿Cuáles son las condiciones conceptuales que hacen esta práctica posible?<sup>197</sup>” Como tal el constitucionalismo cobra una manera de concebir el poder político, un cuadro mental que estructura el razonamiento tanto que limita el campo de los posibles imaginables.

Deshaciéndose de estos dos dogmas, que no ciertamente excluyen a otros, el constitucionalismo contemporáneo puede ser incluido como uno de los medios para organizar la coexistencia política y promover los proyectos colectivos fundados sobre la limitación del poder y la protección de los derechos fundamentales. Así como Louis Michael Seidman lo sugirió<sup>198</sup>, las constituciones deberían ser percibidas como estructuras de desestabilización tanto como de estabilización, garantizando a cada uno un “derecho a la desestabilización” que asegura una deliberación viviente sobre la comprensión de la colectividad como actor histórico. Desde este punto de vista, rechazando el estatismo que implica la idea misma del dogma, el constitucionalismo vale antes que todo por los “usos<sup>199</sup>” que son hechos, en función de los contextos históricos y geográficos<sup>200</sup>. En este contexto es que un enfoque comparativo del estudio de derecho constitucional, tal como la obra de Elisabeth Zoller lo demuestra, puede dar la prueba de todo su valor. Si ello favorece indiscutiblemente una forma de “inquietud” de los juristas, esto, lejos de ser una falla, denota al contrario lo que los filósofos pragmáticos llamaban “temperamento”<sup>201</sup>, que conduce a negar contentarse con la seguridad tranquilizante pero paralizante, de los dogmas<sup>202</sup>.

196 Kahn, *supra* nota 186, p. 92.

197 *Id.*, 36.

198 Seidman, *supra* nota 152.

199 Elisabeth Zoller, *Des usages de la Constitution en France et aux États-Unis*, en 281 *Esprit*, 99-107, (2002)

200 Elisabeth Zoller, *Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ?*, en 32 *Derechos*. Revista francesa de teoría, de filosofía y de cultura jurídicas, 133 (2000).

201 William James, *Le pragmatisme*, 83-110 (N. Ferron trad. Madelrieux, 2007).

202 Elisabeth Zoller *et al.*, *Comparative Law, Problems and Prospects*, en 26.4 *American University International Law Review*, 935-968 (2011).

