

La legitimidad democrática de las Cortes Supremas, Salas o Cortes Constitucionales encargadas del control de constitucionalidad de las leyes

The democratic legitimacy of the supreme courts, chambers o constitutional courts responsible for controlling the constitutionality of laws

Fecha de Recepción: 28 de abril del 2024

Fecha de Aprobación: 20 de junio del 2024

Harbottle Quirós, Frank¹

Universidad de Costa Rica

Resumen

Este trabajo examina el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes en el marco político-jurídico de un Estado constitucional y democrático de derecho. En un primer momento, partiendo de los modelos americano y europeo, se realiza una breve aproximación histórica y conceptual de esta figura, haciendo notar que ambos coinciden en tener por objeto garantizar la supremacía de la constitución y han dado paso a un modelo mixto por el que han optado muchos sistemas jurídicos del mundo. Posteriormente, a partir de una

investigación bibliográfica, basada en el análisis de diversos textos escritos por la doctrina más autorizada sobre esta temática, se exponen los argumentos en contra y a favor de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad de las leyes, aclarándose, por un lado, que no necesariamente las decisiones de los órganos que ejercen ese control son precarias desde un punto de vista democrático y, por otro, que la motivación de las resoluciones, en cada caso, cumple un papel importante para garantizar los principios, postulados y reglas básicas de un

¹ **ORCID ID:** <https://orcid.org/0009-0004-6652-0129>. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Doctor en Derecho y Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia; licenciado en Derecho con honores de la Universidad de Costa Rica; especialista en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales en el Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España; posgrado en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires, Argentina; especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia; participante en la tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana, Georg-August Universität Göttingen, Alemania. Ha publicado varios libros, así como múltiples artículos en obras colectivas y en revistas especializadas en diversos países. frankharbottle@gmail.com

Estado constitucional y democrático de derecho.

Palabras clave: Control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, Estado constitucional y democrático de derecho, Legitimidad democrática, Modelo americano, Modelo europeo.

Abstract

This paper examines the jurisdictional control of constitutionality of laws in the political-legal framework of a constitutional and democratic Rule of law. At first, starting from the American and European models, a brief historical and conceptual approach to this figure is made, noting that both coincide in having the objective of guaranteeing the supremacy of the constitution and have given way to a mixed model by which that many legal systems in the world have chosen. Subsequently, based on a bibliographical investigation, based on the analysis of various texts written by the most authoritative doctrine on this subject, the arguments against and in favor of the democratic legitimacy of the control of the constitutionality of the laws are presented, clarifying, on the one hand, that the decisions of the bodies that exercise this control are not necessarily precarious from a democratic point of view and, on the other, that the motivation of the resolutions, in each case, plays an important role in guaranteeing the principles, postulates and rules basics of a constitutional and democratic Rule of law.

1. Introducción

No hay duda alguna que el fin último de todo fallo judicial es la justicia, valor que en ocasiones se presenta como intangible en el plano nacional. En Paraguay, a partir de la promulgación de la Constitución Nacional de 1992 y el reconocimiento de los tratados

Keywords: Jurisdictional control of the constitutionality of laws, Constitutional and democratic rule of law, Democratic legitimacy, American model, European model.

Mombyky

Ko tembiapo ohesa'yijo control jurisdiccional constitucionalidad léi reheguáva marco político-jurídico Estado de derecho constitucional ha democrático. Ñepyrũrã, oñepyrũvo modelo norteamericano ha europeo, ojejapo enfoque histórico ha conceptual mbykymi ko cifra rehe, ojehechakuaávo mokõivéva ojoaju orekóvo objetivo ogarantisáva supremacía constitución. Ojekuaa ko'ágã heta sistema jurídico mundo-pe odesidíva modelo mixto. Upe rire, oñemopyendáva investigación bibliográfica, oñemopyendáva análisis opáichagua texto ohaíva doctrina autoritariavéva ko tema rehe, umi argumento en contra ha oipytyvõva legitimidad democrática control jurisdiccional constitucionalidad léi reheguáva oñepresenta, omyesakãvo, para on peteî parte, umi decisión ko'ã órgano ndaha'etí katuete precaria punto de vista democrático ha, ambue mba'épe, motivación orekóva umi resolución, peteîté káso, orekóva peteî rol importante ogarantisávo umi principio, postulado ha norma básica peteî estado de derecho Constitucional ha democrático rehegua

Ñeẽmombáguasupy: Control jurisdiccional constitucionalidad léi rehegua, Estado de derecho Constitucional ha democrático, Legitimidad democrática, modelo norteamericano, modelo europeo.

internacionales de derechos humanos, se han conferido derechos fundamentales al individuo. Esto se basa en el enfoque democrático adoptado por la República, que enfatiza en el debido proceso la importancia de tomar decisiones racionales y equitativas, sin embargo, es profuso observar que los juzgadores en la inopia de la ley se desvían del propósito del derecho.

El control jurisdiccional de constitucionalidad constituye un mecanismo que tiene como encargo el revisar la congruencia del sistema normativo jurídico con los derechos, normas y principios reconocidos y establecidos por la constitución.

El control jurisdiccional de constitucionalidad puede ser ejercido, por ejemplo, por una Corte Constitucional, como en Italia, por una Sala Constitucional localizada dentro de la Corte Suprema de Justicia, como en Costa Rica, o directamente por todos los jueces que componen la estructura del Poder Judicial de un Estado (control difuso de constitucionalidad), como en Estados Unidos de América, en el que la Corte Suprema (al ser la cúspide del sistema judicial) puede informar a todo el ordenamiento jurídico en sus interpretaciones respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en atención al principio del *stare decisis*.

El control de constitucionalidad es una figura esencial en un Estado constitucional de derecho que puede estudiarse desde distintas aristas. Este trabajo se enfoca en el análisis de la legitimidad democrática del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

De previo a abordar ese instituto bajo la óptica recién indicada, se brinda una aproximación histórica y conceptual de esta figura, sin dejar de lado los principales modelos que se han formulado.

En el desarrollo de la investigación se estudian las dos principales posiciones sobre la legitimidad democrática de los jueces constitucionales: la que considera que las Cortes Supremas, Salas o Cortes Constitucionales encargadas del control de constitucionalidad de las leyes tienen intrínsecamente un déficit democrático y la que parte de que sí tienen credenciales democráticas.

El artículo que el lector tiene a su disposición esboza y examina los argumentos a favor y en contra en uno u otro sentido, lo que le permitirá realizar un ejercicio de ponderación para inclinarse por la posición que considere más sólida. Eso sí, en el entendido de que el articulista se decanta por no descartar el peso que pueden tener las decisiones de los órganos

jurisdiccionales encargados de la revisión constitucional en aras de resguardar las reglas básicas de una democracia, a tal punto de llegar a constituirse en un baluarte de esta forma de gobierno.

2. El control jurisdiccional de constitucionalidad: una breve aproximación

El control de constitucionalidad es un mecanismo que busca garantizar la efectividad de la supremacía de la constitución o norma suprema.

El control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes nació en Estados Unidos de América. Sus bases se cimentaron a partir de un proceso de formulaciones y discusiones ideológicas que adquirieron mayor notoriedad por la vía de la interpretación jurisdiccional en el célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803.

La sentencia emitida en este caso se constituyó en un hito en la historia del constitucionalismo moderno, mediante el cual quedó reflejado el principio de supremacía constitucional, al concebir a la constitución como el parámetro de juicio y validez de las normas y actos que, como derivados de aquélla, deben ajustarse a lo que la misma instituye.

De manera muy puntual Campione (2010) apunta:

la génesis del control de constitucionalidad en los ordenamientos modernos es política antes que jurídica. Político es el presupuesto contenido en las constituciones revolucionarias que sellan el pacto social, adquiriendo el significado de normas constitutivas. Política es su necesidad teórica de controlar, por parte de un órgano independiente de las fuerzas partidistas, que los poderes ejercidos por las asambleas parlamentarias sean conformes a la Constitución. Y políticas son las circunstancias que acompañaron los acontecimientos que dieron lugar al “nacimiento” del juicio de constitucionalidad, el famoso caso Marbury VS Madison en 1803 (p. 348).

Para Campione (2010), el debate teórico que acompaña el surgimiento de la justicia constitucional en Europa (sobre el “guardián de la constitución”) también está impregnado ideológica y políticamente, teniendo como protagonistas a Hans Kelsen (el “padre” del Tribunal Constitucional austriaco y, en general, del control de constitucionalidad concentrado) y Carl Schmitt. Sobre el particular refiere:

Las discrepancias arrancan de la distinción entre función “política” y función “judicial”: para Schmitt los tribunales que ejercen la jurisdicción civil, penal o administrativa

no pueden ser “guardianes” de la Constitución en sentido estricto, pues el control de constitucionalidad es un acto político y el centro de gravedad de la decisión política ha de quedar reservado a la legislación. Para Kelsen, en cambio, no hay tal incompatibilidad entre las dos funciones porque la jurisdicción tiene una condición política, tanto más marcada cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación le deja. Ahora bien, desde este punto de vista un tribunal constitucional tiene un carácter político mucho más perceptible que los demás tribunales, pero, de todos modos, las diferencias entre la actividad legislativa y la jurisdiccional son, en términos de dimensión política, puramente cuantitativas. De ahí que, según Kelsen, se acabe desmoronando la argumentación conforme a la cual el control de constitucionalidad no sería un acto de jurisdicción debido a su carácter político. Para el autor de la Teoría pura, la doctrina schmittiana proviene del sistema ideológico de la monarquía constitucional, para el que la decisión judicial es subsumida mediante una operación lógico-deductiva: aquí, el juez no debe ser consciente del poder que la ley le otorga y debe considerarse a sí mismo como un simple autómatas que no crea sino halla el derecho ya plasmado en la norma (pp. 350-351).

El planteamiento plasmado en la sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison* constituye la base del control de constitucionalidad (entendido como un control difuso), siendo poco más de un siglo después que surgió en Europa un modelo distinto de control de constitucionalidad, atribuido no a cualquier persona juzgadora, sino a una corte específica en ejercer esa función (control concentrado).

En palabras de Gama (2019, p. 24), ambos modelos tomaron como punto de partida el principio de supremacía constitucional, según el cual, por encima de las leyes ordinarias se encuentran un conjunto de normas fundamentales superiores que deben custodiarse por la judicatura. Desde este punto de vista, toda norma sancionada por el legislador ordinario que sea contraria a la constitución debe ser declarada inconstitucional por un tribunal. Ello significa que el poder legislativo (congreso o parlamento) está limitado por la constitución.

Los dos modelos coinciden en tener por objeto garantizar la supremacía de la constitución, no obstante, en el caso estadounidense la función es desempeñada a lo interno del Poder Judicial, mientras que en el modelo europeo-kelseniano se realiza por un órgano *ad hoc*, denominado tribunal o corte constitucional.

Según se adelantó, el modelo clásico concentrado de justicia constitucional, es de origen austriaco. Se dice que fue ideado por el ilustre jurista Hans Kelsen.

Los razonamientos primordiales de la tesis planteada por Kelsen se resumen de la siguiente manera: 1. El control de constitucionalidad no se le puede confiar a cualquier persona juzgadora y menos al ordinario, por no ser especialista en temas de justicia constitucional, por lo cual propone la creación de un tribunal constitucional como órgano jurisdiccional especializado del control de la constitucionalidad de la ley; 2. Esta persona juzgadora únicamente debe tener la competencia del control de constitucionalidad de la ley (Velandia, 2017, p. 21).

Kelsen (1995, p. 15) planteó la idea de que la función de garantía de la constitución sea transferida a un tribunal independiente que pueda anular normas que considere son inconstitucionales.

Aunque en el pensamiento de Kelsen, el tribunal constitucional aparece como un órgano respetuoso de las credenciales democráticas del Parlamento, como lo indica Jiménez (2002, p. 319), Kelsen lleva a situarnos de manera indirecta al centro del problema para la época, a saber, la desconfianza ante los órganos elegidos directa o indirectamente por el pueblo, el poder legislativo y el ejecutivo, que conduce a la creación de un nuevo órgano que controle las posibles desviaciones del legislativo por medio de la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones que éste dicte. La creación de un órgano con ese poder de revisión judicial sirve para combatir los excesos del legislativo, pero conduce inevitablemente a la creación de un nuevo legislador y, consecuentemente, al enfrentamiento entre los dos legisladores, entre el poder legislativo y el tribunal constitucional. La manera de aliviar esa disputa entre ambos órganos es, según Kelsen, la de elegir los miembros del tribunal de forma democrática, bien por el mismo pueblo, bien por el Parlamento, con lo que se evitarían las sospechas de aristocratismo (Jiménez, 2002, p. 319).

En la concepción original, se prefigura un órgano que centralizadamente lleva adelante ese control y, en el supuesto de considerar inconstitucional una norma, ésta es expulsada del sistema. Ello significa que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es *erga omnes* (produce consecuencias generales). Tal modalidad fiscalizatoria es además abstracta, desde que se realiza un cotejo entre la norma cuestionada y la constitución para verificar su adecuación a ésta, con prescindencia (o abstracción) de la aplicación concreta de aquella regla (Bazán, 2009, p. 17).

Sagüés (1991, p. 473), bajo este modelo, caracteriza a este tribunal especializado como “extra poder”, cuyo esquema es el siguiente: un órgano con fisonomía judicial, pero fuera del Poder Judicial (también ajeno a los otros poderes). Situado a mitad de camino entre la Corte Suprema “clásica” y el Parlamento, monopoliza el control de constitucionalidad de normas. Sus sentencias, cuando reputan inconstitucional a una de éstas, la derogan. Es conveniente que sus jueces, en atención al rol político que cumplen, sean nombrados por el Parlamento, y por períodos limitados. Esto genera una importantísima transformación en el Poder Judicial, que así se bifurca en dos ramas: el Poder Judicial “antiguo”, capitaneado por la vieja Corte Suprema, y el Tribunal Constitucional, nuevo, o “Corte paralela”.

El modelo austriaco (en el planteamiento original de 1920) es concentrado, principal y constitutivo. Concentrado porque la función de juzgar la constitucionalidad de las leyes se niega a la generalidad de los jueces y de los operadores jurídicos y se reserva, por el contrario, a un órgano al efecto. Principal porque se solicita en vía de acción, mediante un recurso dirigido a obtener un control abstracto de la compatibilidad de la ley con la constitución, independientemente de una concreta aplicación de ésta. Constitutivo porque las sentencias con las que se declara la inconstitucionalidad de la ley determinan su derogación, *ex nunc* y *erga omnes*, sin prejuzgar las posibles aplicaciones que la ley hubiera tenido en el pasado (Groppi, 2009, p. 231).

Díaz (2016, p. 44) sostiene que una diferencia importante entre los sistemas de control mencionados, es la naturaleza originaria de la función del control, que en el sistema norteamericano es de carácter judicial, mientras que en el europeo-kelseniano es considerada con carácter de legislador negativo. Por su parte, respecto de los efectos en el tiempo del control de constitucionalidad de las leyes, en el sistema norteamericano la característica es que sus declaraciones tienen efectos retroactivos para las partes (*ex tunc*), mientras que el carácter del sistema europeo-kelseniano solo dispone para el futuro (*ex nunc*), lo que es un elemento que reforzaría más aún la idea de legislador negativo en la actuación del Tribunal Constitucional, ya que es el mismo efecto de las leyes.

Gran parte de los países de América Latina han asumido distintos modelos, siendo que, luego de diversas reformas han implementado varios rasgos del sistema europeo, así como también del estadounidense.

Cabe tener presente que ambas tradiciones jurídicas se han ido flexibilizando con el transcurso del tiempo, ante la necesidad de dar respuesta a los profundos cambios producidos en el mundo en los últimos años, dándose una reciprocidad en cuanto a algunas de sus características. Por ejemplo, en el *common law* ha ido creciendo paulatinamente la “codificación”, mientras que en el *civil law* ha aumentado el papel de los jueces en la creación del Derecho por medio de la interpretación de las normas (Amaya, 2015, pp. 57-58). Incluso, desde hace varias décadas se ha aceptado un tercer modelo denominado mixto.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados han instalado otras variaciones o soluciones a los modelos norteamericano y kelseniano. En la actualidad, podría afirmarse, casi de forma generalizada, que la clásica polaridad modelo americano vs. modelo europeo-kelseniano no puede sostenerse de forma tan rígida. Como consecuencia de la proliferación de los modelos y de su recíproca hibridación, han surgido nuevas categorías (Mezzetti, 2009, p. 289).

No puede ocultarse que, en ciertas circunstancias, como, por ejemplo, cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley, puede presentarse algún conflicto (sobre todo desde una perspectiva de legitimidad democrática), entre el órgano constitucional encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes y el Parlamento o Congreso (Poder Legislativo). Sobre este aspecto en particular, Armijo (2007) apunta:

El péndulo se mueve de uno a otro extremo, en cuanto más o menos democracia exista en el Estado de que se trate. Es una realidad que el ejercicio del control constitucional por el tribunal o sala limita, en algunos casos, al Parlamento o la Asamblea Legislativa (en lo sucesivo, PAL) cuando se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias constitucionales o se ha apartado del procedimiento establecido por la norma suprema. En otros, los PAL utilizan la ley o la reforma constitucional para redefinir, cercenar o limitar las competencias de los tribunales constitucionales (p. 16).

La (i)legitimidad democrática del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, es un tema que mantiene vigencia en la actualidad. A continuación, se exponen las dos tesis más importantes al respecto, aclarándose que esta investigación se centra en repúblicas -regidas por un sistema democrático predominantemente representativo- en el marco de un Estado constitucional de derecho.

3. La ilegitimidad democrática del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes

Desde hace muchos años han surgido cuestionamientos sobre la legitimidad democrática de las cortes, tribunales o salas constitucionales (pertenezcan o no al Poder Judicial).

La legitimación o no democrática del control judicial de las leyes lleva a aceptar la existencia de una tensión inevitable entre democracia y constitucionalismo.

Para el estadounidense Robert Dahl (2000, p. 121), un tema relevante es analizar si es válido que un Tribunal Supremo puede declarar que una ley promulgada por el parlamento es inconstitucional.

La polémica o disputa puede dividirse entre quienes piensan que los jueces carecen de legitimidad democrática para intervenir en lo resuelto por otros órganos estatales y quienes, por el contrario, consideran que es en clave democrática que los órganos jurisdiccionales están llamados a intervenir y a ejercer un control activo sobre aquellas decisiones para asegurar que se respeten los derechos estatuidos en los instrumentos constitucionales (Feoli, 2015, p. 89).

Bellamy (2010, p. 281) defiende la democracia frente a la revisión judicial. Señala, que no es que la democracia realmente existente sea perfecta e imperfectas las decisiones tomadas mediante la revisión judicial, sino tan sólo que las imperfecciones de la primera no pueden mejorarse con las segundas.

El control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes es una institución que para algunos ha sido incómoda dentro de un sistema democrático. De ahí que cierto sector defienda un modelo robusto de justicia constitucional, mientras que otro se inclina por uno débil.

El control jurisdiccional de constitucional de la ley enfrenta desde sus orígenes a un conjunto de objeciones, encontrándose como la principal la “dificultad contramayoritaria”, expresión acuñada por el constitucionalista estadounidense Alexander Bickel, es decir, la llamada “objeción democrática”.

La denominada dificultad contramayoritaria consiste en cuestionar cómo es posible que, en una sociedad democrática, el Poder Judicial² tenga la “última palabra” institucional, y pueda

² La discusión usualmente se ha centrado en los supuestos en que los encargados de realizar el control de constitucionalidad de las leyes integran el Tribunal Supremo (Corte Suprema de Justicia) o una sala o tribunal constitucional que forman parte del Poder Judicial. Sin embargo, la discusión resulta atinente para los casos en

decidir, de manera “final”, las controversias públicas más importantes, cuando en realidad se caracteriza por tener débiles credenciales democráticas, al argumentarse que no le rinden cuentas al pueblo, como sí lo hacen los representantes electos mediante procesos democráticos periódicos, alterando la primacía de la regla de mayorías.

El argumento central de esta postura es el siguiente: decisiones tan importantes como la conformidad de una ley a la constitución deben ser tomadas por los representantes elegidos por el pueblo, y no por un organismo jurisdiccional que es muy poco representativo.

De acuerdo con esta posición escéptica, reservar a los jueces la potestad de definir el contenido de las normas constitucionales implica una violación al principio de la mayoría.

Vásquez (2011, p. 240) refiere que Bickel (1962) advirtió sobre la dificultad contramayoritaria en los siguientes términos:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora. El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático (p. 16).

Colón (2013, pp. 303-304) expone que la legitimidad democrática de la revisión judicial ha sido durante mucho tiempo uno de los problemas principales que ha enfrentado la teoría constitucional angloamericana.

La dificultad contramayoritaria se basa en el argumento de que los jueces no tienen legitimidad democrática debido a que no son elegidos directamente por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo. Se afirma que a lo sumo son designados por autoridades democráticas, pero su legitimidad es indirecta y con el tiempo se va diluyendo (en algunos países pueden ser cargos vitalicios). Con la creciente certeza de que la tarea del juez es sustancialmente valorativa, surge con más insistencia la pregunta de quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales

que el órgano jurisdiccional que tiene asignada dicha competencia, no forma parte del Poder Judicial, en la medida en que sus integrantes no sean elegidos a través de procesos de elección popular como suele ocurrir en las democracias modernas con los diputados o legisladores.

valoraciones. Esta dificultad contramayoritaria puede exponerse en términos epistémicos: parece reflejar un elitismo epistémico inaceptable presuponer que unas personas, por más ilustradas que sean, pueden llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública (Nino, 2002, pp. 682-685).

Ferreres (2011, p. 13) apunta que la crítica que se eleva a menudo frente a la justicia constitucional desde el ángulo del principio democrático se expresa de forma simple a partir de las siguientes interrogantes: ¿cómo admitir que las leyes aprobadas democráticamente puedan ser luego descalificadas en un procedimiento de control de constitucionalidad?, ¿Por qué la opinión de una mayoría de jueces constitucionales debe prevalecer sobre la opinión de una mayoría de ciudadanos o de sus representantes?

En similar sentido Gargarella (2011) ha indicado:

Alguien puede preguntarse entonces, legítimamente, ¿cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? ¿Cómo puede ser que un minúsculo grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía (como sí lo son los funcionarios políticos), y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares (al tener estabilidad en sus cargos, y estar libres, así, del directo escrutinio público) puedan prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? (p. 27).

Martí (2006, p. 292), al conceptualizar lo que él denomina la república deliberativa, refiere que en ella se debe tener la máxima deferencia hacia los órganos democráticos de toma de decisiones, y la máxima desconfianza, en cambio, hacia órganos elitistas no representativos, como los judiciales. Desde su perspectiva, al menos *prima facie*, no parece compatible con grados muy elevados de rigidez constitucional, ni con sistemas de control judicial de constitucionalidad que no muestren ni siquiera una deferencia mínima con el legislador democrático.

Para Zúñiga (2010, pp. 408 y 416), el tribunal constitucional, por carecer de legitimidad democrática, debe ser “deferente” con los poderes públicos, en especial los que poseen legitimidad democrática y la dirección política del Estado, como el Gobierno y el Congreso Nacional. Un ejemplo de esta “deferencia” es la sólida presunción de legitimidad constitucional

de los actos del poder político estatal en general y de la ley en particular, presunción que obliga a ejercer un control de constitucionalidad en que la declaración de inconstitucionalidad se funde en vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial, y por ende en un conflicto de normas, operando así un control abstracto de legitimidad de tales actos. Desde su óptica, la declaración de inconstitucionalidad es un arma de *última ratio*.

Se ha cuestionado hasta qué punto permitir que los tribunales descalifiquen las leyes parlamentarias (bajo el argumento de que violan lo dispuesto en el texto constitucional) es regresivo desde un punto de vista democrático.

Sobre este tema, Carrió (1991, p. 148) décadas atrás manifestó:

Cómo es posible que una ley sancionada tras amplio debate por los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quede sometida o supeditada, en cuanto a su validez constitucional, al criterio de los integrantes de un grupo aislado, no elegidos por procedimientos suficientemente democráticos, no controlados en su actuación por los representantes del pueblo y, en la práctica institucional efectiva, no responsables ante ellos.

Bajo una visión procedimentalista se dice que los representantes populares, por haber sido elegidos a través del sufragio, exhiben mayores credenciales democráticas que los órganos jurisdiccionales.

Ferreres (1997, pp. 42-45), resume la “dificultad contramayoritaria” en tres aspectos:

1. La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional. La ley sobre la que se emitirá pronunciamiento proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal, lo cual no sucede con el juez constitucional.
2. La rigidez de la constitución. El Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la constitución solo puede reformarse a través de un procedimiento gravoso.
3. La controvertibilidad interpretativa de la constitución. La interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente en materia de derechos y

libertades), dada la abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.

El poder revisor de los jueces constitucionales ha sido atacado por algunos modelos teóricos que otorgan mayor valor a la democracia. En particular, se ha argumentado que la revisión judicial, presenta graves dificultades para su justificación debido a su alto déficit democrático. Señala, que el carácter contramayoritario de la justicia constitucional se intensifica al considerar los siguientes factores clave: 1) que los miembros del tribunal constitucional poseen menor legitimidad democrática de origen que los legisladores ya que no son elegidos mediante el voto de los ciudadanos; 2) el carácter altamente controvertible de la interpretación de las cláusulas constitucionales que consagran derechos fundamentales, 3) el grado de rigidez constitucional que hace difícil al parlamento contrarrestar, mediante el mecanismos de reforma constitucional, una eventual decisión por parte del tribunal constitucional (Gama, 2019, pp. 24-26).

En opinión de Ruiz (2004), la objeción contramayoritaria, de estar justificada, tiene más fuerza entre mayor sea el grado de rigidez. En ese sentido manifiesta:

“...el control judicial de constitucionalidad en sí mismo no tiene por qué suscitar objeción contramayoritaria alguna si no va acompañado de una cierta rigidez de la constitución y, más aún, tal objeción, de estar justificada, tendrá más fuerza cuanto más alto sea el grado de rigidez. Por ejemplificarlo rápidamente, si la reforma constitucional de los derechos básicos en constituciones como la española o la estadounidense exige procedimientos tan costosos que la dificultan formidablemente, dando prácticamente la última palabra a la interpretación ejercida mediante el control de constitucionalidad, en cambio, constituciones como la italiana o la francesa cuentan con unos procedimientos de reforma bastante más sencillos, sin mayorías cualificadas especialmente gravosas, que permiten superar el control de constitucionalidad devolviendo la palabra, directa o indirectamente, al electorado. Por ello, se diría que es en los procedimientos de reforma constitucional especialmente rígidos y no tanto en los controles externos de constitucionalidad donde se encuentra el principal punto débil del constitucionalismo contemporáneo...” (pp. 62-63).

Aunque el debate acerca de qué autoridad debe ser la encargada de velar por el cumplimiento de la constitución se remonta -en los Estados Unidos de América- a tiempos anteriores a la constitución norteamericana, este tema no ha perdido actualidad en el contexto mundial.

Podría decirse -partiendo del estudio de fuentes realizado- que la crítica de Jeremy Waldron³ al control judicial⁴ de constitucionalidad de las leyes es, posiblemente, la más importante que se ha planteado desde la aparición de los trabajos desarrollados por Alexander Bickel.

Waldron propone un modelo de democracia mayoritaria (procedimental). Sus críticas las dirige sobre todo contra el modelo de control en sentido fuerte⁵. Aunque en principio es posible inferir que Waldron adopta como foco exclusivo un reducido círculo de países anglosajones, como bien lo expone Verdugo (2013, p. 187), su influencia y la sofisticación de su línea argumentativa hacen que la crítica a la justicia constitucional no pueda ser examinada sin eludir su obra.

Waldron sostiene que las decisiones políticas fundamentales y ordinarias deben ser tomadas a partir de mecanismos de votación, en los que cada ciudadano de forma individual expresa su preferencia y al final la mayor agregación de un punto de vista determinado prevalece con fuerza vinculante, incluso sobre los que no lo compartían. Para este autor, el proceso de mayorías se erige como el procedimiento más justo para resolver las cuestiones políticas de forma democrática (Virgüez, 2015, p. 13).

De acuerdo con Waldron (2015, pp. 114-115), el valor político que se asocia de forma más natural con el Parlamento moderno y con la autoridad de su producto (la legislación en tanto que derecho positivo) es el de la legitimidad democrática. Afirma, que algunos juristas menosprecian las credenciales democráticas de las leyes porque dudan de la representatividad democrática del Parlamento o del Congreso, o porque se quedan fascinados por las dificultades formales de la teoría de la elección pública, o simplemente porque no otorgan a la democracia

³ Debe tenerse presente que Jeremy Waldron, nacido en Nueva Zelanda (democracia parlamentaria), es uno de los principales escritores del mundo dentro de los campos de la filosofía jurídica y política. En sus primeras publicaciones se mostró crítico de la práctica del control judicial de constitucionalidad de las leyes. En los últimos años, su postura se ha inclinado a rechazar la posibilidad de que los jueces constitucionales conserven la “última palabra jurídica” por encima de los órganos legislativos. Sus críticas las dirige sobre todo contra el modelo de control en sentido fuerte, en el que los jueces pueden dejar de aplicar una ley sin que otros órganos de gobierno puedan impedirlo.

⁴ Waldron indica expresamente “judicial” y no “jurisdiccional”, aunque, acá se considera que podría aplicar para ambos términos en la medida en que los integrantes del órgano jurisdiccional encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes no sean elegidos directamente por los ciudadanos como suele ocurrir con los congresistas (miembros del Parlamento o Asamblea Legislativa).

⁵ Waldron es consciente de que ningún proceso de toma de decisiones será perfecto, sea que se trate de un proceso legislativo no sujeto a revisión o de un proceso de control judicial de la legislación, siendo factible que ambos puedan llevar a conducir a una decisión errónea que vulnere derechos en vez de defenderlos. Véase: Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 82.

otro valor que no sea instrumental o derivativo. A pesar de ello, apunta, la mayoría de los estudiosos de la legislación consideran que la exigencia de legitimidad democrática, siempre que se pueda justificar, es el mejor argumento que se puede dar en favor de la autoridad de una ley. Concluye, que las credenciales democráticas y representativas del Parlamento ofrecen por sí mismas la mejor razón que un tribunal o un ciudadano puedan tener para someterse a sus decisiones.

Para Waldron (2018, pp. 105-109), el poder judicial tiene indirectas y limitadas bases de la legitimidad democrática. Tales credenciales no pueden competir ni remotamente con las credenciales democráticas de los legisladores electos.

A partir de las consideraciones expuestas, puede decirse, a modo de resumen, que la dificultad contramayoritaria se basa en la premisa de que las decisiones de los órganos electivos, como el Congreso, siempre serían una expresión de la voluntad de la mayoría, mientras que las dictadas por un Tribunal Supremo, cuyos miembros no son elegidos popularmente, nunca lo serían (Barroso, 2019, pp. 34-39).

Dicho lo anterior, a continuación, se esbozan y analizan varios planteamientos que llevan a reflexionar en el sentido de que la dificultad contramayoritaria es debatible.

4. La legitimidad democrática del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes

El debate en torno a la legitimidad del control jurisdiccional constitucional de la ley, se funda básicamente -según se adelantó- en el examen de la decisión de la mayoría parlamentaria.

Las bases del control judicial de constitucionalidad se sentaron en el siglo XIX en los Estados Unidos de América. Los textos de mayor consistencia teórica en la materia, se encuentran en los escritos de “El Federalista”; obra conjunta de Madison, Hamilton y Jay.

Siguiendo a Gargarella (2011, pp. 70-71), puede afirmarse que Hamilton fue uno de los pioneros en defender la posibilidad de un control judicial de las leyes, negando las posibles implicaciones antidemocráticas de dicho control. El razonamiento de Hamilton fue el siguiente: el hecho de que el poder judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la “voluntad soberana del pueblo”. Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello

se debe a que, al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. La argumentación presentada por Hamilton fue luego retomada por el juez Marshall, en “*Marbury vs. Madison*”, al decir que hay sólo dos alternativas claras para ser discutidas: o la constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la constitución mediante una ley ordinaria, y terminar defendiendo la necesidad del control judicial sobre las leyes inconstitucionales. Este tipo de justificaciones, desde entonces, pasó a constituir una de las más sólidas y difundidas defensas del control judicial, ya que en cualquier país donde se acepta la revisión judicial de las leyes, se recurre a principios similares a los sostenidos por Hamilton, y luego por Marshall.

Hamilton fue partidario de considerar a los tribunales de justicia como los baluartes de la constitución, en contra de las usurpaciones legislativas, estimando necesaria la independencia judicial para proteger a la constitución y a los derechos individuales de los efectos de los malos humores de personas integrantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, ocasionando peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad. Hamilton (1986) haciendo alusión a las leyes injustas y parciales afirmó:

reviste gran importancia la firmeza de la magistratura al mitigar la severidad y limitar el efecto de esa clase de leyes. No sólo sirve para moderar los daños inmediatos de las ya promulgadas, sino que actúa como freno del cuerpo legislativo para aprobar otras, pues percibiendo éste los obstáculos al éxito de sus inicuos designios que son de esperarse de los escrúpulos de los tribunales, se verá obligado a modificar sus intereses debido a los móviles mismos de la injusticia que medita realizar (p. 206).

Conforme lo apunta Salas (2016, pp. 92-95), James Madison, aparte de haber sido el principal redactor de la Constitución de los Estados Unidos y el cuarto presidente de ese país, fue uno de los tres más insignes promotores del esquema federalista del mismo. Se dice que quizás el rasgo más sobresaliente de la teoría constitucionalista de Madison es algo que hoy nos resulta una verdad de Perogrullo, pero que para aquel momento no lo era, a saber, que la soberanía reside en la Nación. Los revolucionarios americanos, años antes de los franceses, marcaron un hito en cómo se entendía la legitimidad del poder político y sus fuentes, por cuanto rompieron con la concepción de que el poder radicaba en la corona, que era el meollo mismo de esa unidad política. Con ello, ahora la fuente del poder político en su legitimidad radicaba

en otro lado, que no podía ser más que el “pueblo”. Por ello, contra la mayoría transitoria [la tarea que tenían era la construcción de una “república”, tanto en cuanto al reparto de las funciones como con relación a la participación popular (sin gustarles el término “democracia”)], se erguía la *enduring majority*, que era un indicio importante para determinar cuáles eran esos criterios o valores esenciales que podían supeditar el poder público y su ordenamiento autorizante.

Hoy, para un sector importante de la doctrina, la justicia constitucional goza de legitimación democrática en el tanto se encuentra contemplada en el seno de una constitución democrática surgida según un procedimiento democrático (Mezzetti, 2009, p. 293).

Existen autores que niegan o simplemente minimizan la importancia de la llamada “dificultad contramayoritaria”, por lo que defienden un control jurisdiccional de las leyes. Entre ellos, cabe citar a John Hart Ely, Ronald Dworkin y Robert Alexy.

El constitucionalista norteamericano Ely (2007) centra la posibilidad de la revisión judicial en la supervisión del proceso de representación, partiendo de que la Corte Suprema actúa como una especie de *referee* del proceso democrático. De ahí que Nino (2003, pp. 273-274) afirme que John Hart Ely, al tomarse con seriedad la dificultad contramayoritaria, concibe al poder judicial como una especie de árbitro del proceso democrático, cuya misión central es velar porque las reglas del procedimiento y las condiciones de la discusión y la decisión democráticas sean satisfechas.

Son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, cumplirían con una función de “limpieza de canales” que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías (Vásquez, 2011, p. 245).

Ronald Dworkin -explica Colón (2013, p. 39)-, desarrolla una defensa que justifica la justicia constitucional, basada en la protección de los derechos. Es partidario de una defensa de la revisión judicial. Estima que si la decisión de una corte exige la supresión o anulación de una ley aprobada por una mayoría legislativa (o para todos los efectos, por el voto unánime de la población) porque viola derechos individuales, no ocurre nada negativo desde una perspectiva

democrática. Por lo que resulta irrelevante que esa “supresión” haya tenido lugar por medio de una institución sin credenciales democráticas.

De acuerdo con Dworkin (2014a, pp. 480-483), en la discusión permanente sobre el presunto carácter antidemocrático del control de constitucionalidad, se ha afirmado que la circunstancia de que los jueces sean designados y no elegidos constituye una razón cardinal para pensar que plantean una mayor amenaza a la democracia que los presidentes, primeros ministros, gobernadores o parlamentarios, sin embargo, en su criterio en realidad ese argumento se trata de una maniobra distractora. Asevera, que si bien, en el ejercicio de su poder, los jueces pueden cometer errores muy graves, presidentes, primeros ministros y legisladores veteranos que encabezan comisiones importantes pueden hacer, cada uno por su lado, más daño del que los jueces pueden hacer colectivamente.

Dworkin sigue una concepción sustancial de la democracia, basada más en los resultados de las decisiones que en la manera en que dichas decisiones son adoptadas, a diferencia de Waldron, quien dignifica el procedimiento mayoritario para arribar a la decisión (Verdugo, 2013, p. 196).

En palabras de Vásquez (2011, pp. 241 y 254), Dworkin justifica la necesidad de la justicia constitucional al considerar que son los jueces los encargados de velar por las precondiciones de la democracia. Lo que esto supone es que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que supone anular una ley votada por el Congreso. Dworkin acepta que los jueces se equivocan, pero menos que los congresistas.

Virgüiz (2015, pp. 5-18) aclara que Dworkin propuso inicialmente un modelo conocido como la “concepción constitucional de la democracia”, el cual luego tomó el nombre de “modelo asociativo de democracia” (sustantivo). Este autor defendió la idea de la constitucionalización de los derechos morales necesarios en las sociedades democráticas. Para él, si la democracia necesita para su existencia ciertas condiciones de pertenencia moral de los individuos hacia su comunidad, estas deberían ser extraídas del debate legislativo ordinario para darles un rango constitucional superior que las mantenga fuera de cualquier intento de reforma por parte de las mayorías la introducción de cartas constitucionales debe hacerse, para dicho autor, en aras de proteger los derechos morales frente a mayorías que pueden socavar, en sus decisiones, dichas condiciones necesarias de democracia. Son esas mayorías, las que pueden poner en peligro aquellos principios claramente vinculados con la dignidad humana. De este

modo, la única forma de tomarse en serio los derechos básicos de una democracia es sustrayéndolos del sentir mayoritario, a través de la adopción de cartas constitucionales que les otorguen mayor estabilidad pese al desacuerdo sobre estos.

Dworkin concluye que el control jurisdiccional de la constitución es la mejor garantía de los derechos fundamentales y, por ende, de las condiciones que hacen posible a la democracia (Salazar, 2006, p. 222).

A pesar de que Dworkin es partidario del control de constitucionalidad, admite que puede ser menos necesario en naciones donde las mayorías estables tienen un sólido historial de protección de la legitimidad de su gobierno mediante la identificación y el respeto adecuados de los derechos de individuos y minorías.

Robert Alexy (2018, pp. 11-13), por su parte, refiere que el control de constitucionalidad constituye la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a - o en contra de- la legislación parlamentaria. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica que ésta contradice, al menos, una norma de la constitución (concepto de contradicción como base lógica). Para este autor, el control de constitucionalidad (que representa un ejercicio de autoridad estatal) es esencialmente proposicional y, por lo tanto, argumentativo o discursivo. De ahí que un modelo democrático adecuado incluya no sólo decisión, sino también argumentación. De lo contrario sería meramente decisionista.

Desde la perspectiva de Alexy (2018) la existencia de una verdadera representación argumentativa requiere de argumentos buenos o plausibles, así como que un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de corrección o sensatez (razonables). Por ello concluye:

El control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo. Si ello se da, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control (pp. 17-18).

Dicho, en otros términos, la legitimidad de la decisión jurisdiccional depende en gran parte de la justificación que brinde el órgano jurisdiccional en el caso concreto.

5. Conclusiones

Los dos modelos tradicionales de control jurisdiccional de constitucionalidad son: el americano y el austriaco.

El modelo americano tiene su génesis en el siglo XIX. Claramente alcanzó reconocimiento a partir del célebre caso “*Marbury vs. Madison*”, de 1803, sobre el cual se pronunció la Corte Suprema de Estados Unidos de América. En este país se asignó la supremacía constitucional a un órgano “contramayoritario”, caracterizado por ser judicial, creado jurisprudencialmente, de naturaleza difusa, con carácter incidental, *interpartes* y cuyas sentencias tienen efectos *ex tunc*. Este sistema asignó la supremacía constitucional a los jueces que forman parte del Poder Judicial mediante un control difuso que paulatinamente ha llevado a que la Corte Suprema, como cúspide del sistema judicial, informe a todo el ordenamiento jurídico con sus interpretaciones respecto a la constitucionalidad de las normas, por el principio del *stare decisis*.

En el caso estadounidense, desde el siglo XVIII, a la hora de definirse dónde reside la soberanía, se les dio primacía a los acuerdos básicos de la sociedad (acuerdo constitutivo y no a la ley ordinaria) y los aspectos muchas veces subyacentes en la constitución (predominó la tesis en *pro* del constitucionalismo), procurando asegurarse de que la república se fundara en una realidad duradera.

En Estados Unidos, heredero del *common law* británico, se diseñó un modelo de Poder Judicial fundado en la desconfianza de la voluntad política de las mayorías democráticas y en la consiguiente aspiración de proteger los derechos de las minorías que podrían ser afectados por aquellas, otorgándosele mayor protagonismo y poder a los jueces de ese país, el cual se vio reflejado en la facultad de controlar la validez constitucional de las leyes y de toda norma emanada del gobierno que no se ajustara al mandato de su Carta Magna de esa nación (*judicial review* o control judicial de constitucionalidad).

A finales del siglo XVIII, Europa (especialmente Francia), se caracterizó por tener un control político basado en un ambiente de desconfianza hacia los jueces (la ley, al reflejar la voluntad popular, no admitía control), siendo que, a partir de la Primera Guerra Mundial se institucionalizan las cortes constitucionales como órganos independientes, separados del Poder Judicial. Con ello, el control político fija la custodia de la supremacía constitucional a un órgano vinculado con los representantes del pueblo, dándosele la máxima deferencia hacia los órganos democráticos de toma de decisiones (legislador común o mayoría transitoria).

El modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad europeo o austriaco en su versión original, tuvo como protagonista a Hans Kelsen. Se diseñó a partir de la segunda década del siglo XX. Se distinguió por ser concentrado, quedando a cargo de un tribunal autónomo (*ad hoc*), es decir, fuera del Poder Judicial, de creación normativa, encontrándose, dentro de sus particularidades, su carácter principal, abstracto y constitutivo (declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos *ex nunc* y *erga omnes*).

El control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y su legitimidad o no democrática es un tema que no ha perdido actualidad.

La postura que la rechaza parte de la llamada dificultad u objeción contramayoritaria. Se asevera que los jueces no tienen legitimidad democrática o tienen débiles credenciales democráticas, debido a que no son elegidos directamente por el pueblo (su legitimidad es indirecta) ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo. El argumento central de esta postura es el siguiente: decisiones tan importantes como la conformidad de una ley a la Constitución deben ser tomadas por los representantes elegidos por el pueblo, y no por un organismo jurisdiccional (esté dentro o fuera del Poder Judicial) que es muy poco representativo, pues ello implica una violación al principio de la mayoría.

La dificultad contramayoritaria es debatible. Aunque los jueces que llevan a cabo el control de constitucionalidad no tienen una legitimación democrática directa, éstos ostentan una de naturaleza indirecta. Deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento con base en las reglas básicas de un sistema democrático.

La legitimidad democrática de las Cortes Supremas, Salas o Cortes Constitucionales que cumplen la labor de control de constitucional se vincula con un rol de tutela o defensa de la democracia constitucional (límite a las mayorías y garante de las minorías⁶).

No puede afirmarse categóricamente que en una democracia representativa las decisiones del órgano jurisdiccional colegiado encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las

⁶ Gargarella comenta, que para los que sostienen que el poder judicial tiene un carácter contramayoritario, si los jueces dependieran (para llegar a sus cargos o para mantenerse en los mismos) de las simpatías populares, entonces, la suerte de las minorías aparecería fuertemente amenazada. De ahí que se planteen la siguiente interrogante: ¿Quién protegería a tales minorías, si es que todo el sistema institucional se organizarse de modo tal de complacer las apetencias mayoritarias? Véase: Gargarella, R. (2008). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. En R. Vázquez (Ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara, pp. 215-233.

leyes necesariamente son precarias desde un punto de vista democrático. Una decisión jurisdiccional puede tener poca legitimidad democrática, pero ello no la convierte necesariamente en una decisión antidemocrática.

La motivación de las resoluciones en cada caso cumple un papel importante para garantizar las reglas básicas o postulados de una democracia. La legitimidad de la decisión jurisdiccional depende en gran parte de que el órgano jurisdiccional justifique debidamente con argumentos su decisión (brinde razones de su convencimiento) en el caso concreto. En palabras sencillas: la legitimación del juez constitucional se encuentra estrechamente vinculada con la motivación de sus decisiones.

5. Referencias.

Alexy, R. (2018). Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. En: *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 1-18.

Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea.

Armijo Sancho, G. (2007). Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, 15-36. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.

Barroso, L.R. (2019). Contramayoritario, representativo e iluminista: Las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas. En Niembro, R. & Verdugo, S. (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio* (pp. 1-76). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Bazán, V. (2009). *Perfiles y exigencias actuales del Estado de Derecho*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.

Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo Político. Una Defensa Republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Traducción de Jorge Urdánuz y Santiago Gallego. Madrid: Marcial Pons.

Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.

- Campione, R. (2010). La génesis de un juez de las leyes: La Corte Costituzionale. En P.R., Bonorino (Ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial* (pp. 345-373). Madrid: Bubok.
- Carrió, G. (1991). Una defensa condicionada de la Judicial Review. En *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. CEC: Madrid, pp. 139-170.
- Colón-Ríos, J. (2013). *La constitución de la democracia*. Traductora Graciela Rivera. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dahl, R. (2000). *On Democracy*. Estados Unidos de América: Yale University Press.
- Díaz Bravo, E. (2016). Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes. *Opinión Jurídica*, (15)30, 25-46.
<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2017/1785>
- Dworkin, R. (2014a). *Justicia Para Erizos*. Traducción de Horacio Pons. México: FCE.
- Ely, J.H. (2007). *Democracia y desconfianza*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Feoli Villalobos, M. (2015). *Jueces protagonistas: ¿un replanteamiento de la relación entre política y justicia?* San José: Editorial UCR.
- Ferreres Comella, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC.
- Ferreres Comella, V. (2010). El control judicial de la constitucional de la ley. El problema de su legitimidad democrática. En M. Carbonell y L. Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 356-380.
- Ferreres Comella, V. (2011) El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas. En *Jurisdicción Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11-42.
- Gama, L. (2019). *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Gargarella, R. (2011). *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

- Gargarella, R. (2008). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. En R. Vázquez (Ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara, pp. 215-233.
- Groppi, T. (2009). Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. una perspectiva comparada. En Ferrer, E y Zaldívar, A. (Coords.). *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Tomo III, México D.F: UNAM, 2009, pp. 227-255.
- Hamilton, A. (1986). Independencia y estabilidad del Poder Judicial (Carta LXXVIII). En: A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista: cartas de Publio en defensa de la Constitución de los Estados Unidos* (pp. 199-208). San José: Asociación Libro Libre.
- Jiménez Sánchez J. (2002). La legitimidad del juez constitucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36, 303-325.
<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/13483>
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos.
- Martí, J.L. (2006). *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons: Madrid.
- Mezzetti, L. (2009). Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI. *Estudios Constitucionales de Chile*, (7),2, 281-300.
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art11.pdf>
- Nino, C.S. (2002). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astera.
- Nino, C.S. (2003). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Ruiz Miguel, Alfonso. (2004). Constitucionalismo y democracia. *Isonomía*, 21, 51-84.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200003&lng=es&tlng=es
- Sagüés, N.P. (1991). La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 74, 471-495.

- Salas Porras, R. (2016). Un intento de aproximación al neoconstitucionalismo. *Revista De Estudios De La Justicia*, (25), pp. 85–103. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/44604>
- Salazar Ugarte, P. (2006). *La Democracia Constitucional. Una Radiografía Teórica*. México: FCE IJ-UNAM.
- Vásquez R. (2011). Normas, razones y derechos. En R. Vásquez (Ed.), *Justicia Constitucional, Derechos Humanos y Argumento Contramayoritario*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 237-256.
- Velandia Canosa, E. (2017). Sistemas y Modelos de Justicia Constitucional en el Derecho Comparado. En Mezzetti, L. & Velandia, E. (Coords.), *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, pp. 9-54.
- Verdugo, S. (2013). La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, 40(1), 183-225. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n1/art08.pdf>
- Virgüez Ruiz, S. (2015). Democracia, desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin – Waldron. *Revista de Derecho Público*, 35, 1-31, https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub541.pdf
- Waldron, J. (2005). *Derechos y desacuerdos*. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, p. 82.
- Zúñiga Urbina, F. (2010). Tribunal Constitucional. Problemas acerca de la posición y su legitimidad en una democracia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 14, 397-426. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3331603.pdf>