

# LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD\*

ERIKA VAN ARCKEN SALAS\*\*



## DEMOCRATIC LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL CONTROL

### RESUMEN

La legitimación democrática del control de constitucionalidad es un tema que motiva al debate a favor o en contra cuando se concibe en cabeza del poder judicial, muestra de ello son las diversas posturas que sobre el tema han defendido algunos teóricos tales como ALEXANDER HAMILTON, JOHN MARSHALL, RONALD DWORKIN, BRUCE ACKERMAN y JEREMY WALDRON. Esto motiva a examinar nuevamente la función judicial con ocasión a las llamadas “objeciones contramayoritarias” y plantear ideales regulativos sobre el asunto, que sirvan a nuestros países en aras de fortalecer la democracia en la toma de decisiones de asuntos en donde esté implicada la supremacía de nuestras Constituciones y nuestros derechos.

PALABRAS CLAVE: Constitución; Poder judicial; Control de constitucionalidad y legitimación democrática.

### ABSTRACT

The democratic legitimacy of constitutional control, it is an issue that motivates the debate for or against when conceived in head of the judiciary, proof of this are the various posi-

---

\* Texto presentado para el curso *Reforma constitucional*, dictado por RAÚL GUSTAVO FERREYRA en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, del 5 al 9 de enero de 2015, Buenos Aires, Facultad de Derecho.

\*\* Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Seccional Cali. Magíster en Derecho Constitucional de la misma Universidad. Estudiante de Cursos de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires, e-mail [[evas1429@hotmail.com](mailto:evas1429@hotmail.com)].

tions that on the subject have championed some theorists such as ALEXANDER HAMILTON, JOHN MARSHALL, RONALD DWORCKIN, BRUCE ACKERMAN and JEREMY WALDRON. This motivates to examine again the judicial function on the occasion of calls “countermajoritarian objections” and propose regulatory ideals about it, that serve our countries in order to strengthen democracy in making decisions in matters where the supremacy of our Constitutions and our rights is involved.

KEYWORDS: Constitution, Judiciary, Control of Constitutionality and Democratic Legitimacy.

Fecha de presentación: 10 de marzo de 2015. Revisión: 21 de julio de 2015. Fecha de aceptación: 24 de noviembre de 2015.



## I. INTRODUCCIÓN

Para HANS KELSEN la noción de Constitución siempre ha conservado un núcleo permanente, y es la idea de que es “un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento”<sup>1</sup>. En este sentido, la Constitución es entendida como el fundamento del Estado y el soporte para la construcción del ordenamiento jurídico, es

la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder<sup>2</sup>.

A esta noción se suma la concepción de entenderla también como un ordenamiento de tipo liberal-garantista<sup>3</sup>, en el que la libertad de los

---

1 HANS KELSEN. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, DOMINGO GARCÍA BELLAUNDE (trad.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, julio-diciembre de 2008, p. 11.

2 Ídem.

3 “[NICOLA] MATTEUCCI. ‘Positivismo giuridico e costituzionalismo’, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1963; íd. *Organizzazione del potere e libertà: storia del costituzionalismo moderno*, Torino, UTET Libreria,] 1976; [NORBERTO] BOBBIO [y NICOLA] MATTEUCCI, *Dizionario di politica*, [Torino, UTET Libreria,] 1976, pp. 262 y ss.; [GIOVANNI] SARTORI. *Elementi di teoria politica*, Bologna, [Il Mulino,] 1987, pp. 11 y ss.”. Cita realizada por RICCARDO GUASTINI. “Sobre el concepto de Constitución”, MIGUEL CARBONELL

ciudadanos esté salvaguardada mediante la división de poderes<sup>4</sup>. La exposición clara del concepto liberal de Constitución está consagrada en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual expresa que: “Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”<sup>5</sup>. Quiere decir esto, que para que exista Constitución, debe haber organización del Estado y estar determinado el respeto por los derechos de los miembros de la sociedad.

Así las cosas, lo que motivó el establecimiento de la Constitución, fue “el deseo de consagrar solemnemente las fórmulas pilares de la dirección del Estado en forma que ni el legislador mismo las pudiera cambiar sin recurrir a procedimientos igualmente solemnes”<sup>6</sup>. De ahí surge el concepto de supremacía de la Constitución, ya sea en sentido material o formal. Material porque ella es el origen de la actividad del Estado, contiene los principios rectores de éste, establece su forma, su Gobierno, los órganos que lo dirigen, sus competencias y los derechos de los ciudadanos, lo que exige que las demás normas jurídicas estén sometidas a ella. De manera formal, la Constitución es un texto especial, que ha sido creado en forma solemne y únicamente puede ser reformado a través del empleo de procedimientos extraordinarios<sup>7</sup>.

---

(trad.), en *Cuestiones Constitucionales*, n.º 1, julio-diciembre de 1999, p. 163, disponible en [<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst01/CUC00107.pdf>].

- 4 “Sobre el constitucionalismo liberal (y la correspondiente noción de Constitución): [CHARLES HOWARD] MCLILWAIN. *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), Bolonia, [Il Mulino,] 1990, pp. 27 y ss; [GIOVANNI] TERELLO. *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bolonia, [Il Mulino,] 1976, pp. 22 y ss., 559 y ss; íd. ‘Le idee giuridiche della Rivoluzione francese’, [en SILVANA] CASTIGNONE (ed.). *L’opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bolonia, [Il Mulino,] 1989, pp. 331 y ss; [MAURO] BARBERIS. *Benjamin Constant: Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bolonia, [Il Mulino,] 1988; pp. 93 y ss.; íd. *Sette studi sul liberalismo rivoluzionario*, [Torino, Giappichelli,] 1989, pp. 213 y ss.; PAOLO COMANDUCCI. ‘Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione Settecento’, [en AA. VV. *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1990,] pp. 173 y ss.; [GIUSEPPE G.] FLORIDIA. *La costituzione dei moderni*, [Torino, Giappichelli,] 1991”. Cita realizada por GUASTINI. “Sobre el concepto de Constitución”, cit.
- 5 Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, artículo 16, disponible en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>].
- 6 JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho constitucional general*, Bogotá, Externado, 1978, p. 28.
- 7 *Ibíd.*, pp. 21, 22, 27, 28 y 29.

La idea de comprender la Constitución como asiento fundamental del ordenamiento estatal y el definidor de los derechos de la comunidad, incita a que se establezca la forma de asegurar su cumplimiento y su estabilidad, lo cual se hace efectivo a través de las garantías constitucionales. RAÚL GUSTAVO FERREYRA, al referirse sobre dichas garantías de modo amplio, las define como “todos los instrumentos disponibles para hacer cumplir las pretensiones de vigencia de las disposiciones constitucionales”<sup>8</sup>, indica además que, “son los procedimientos institucionalmente previstos por el propio orden jurídico organizado por la Constitución, para perseguir la instrumentación de su autodefensa integral”<sup>9</sup>, que tienen por finalidad: “a) proteger y satisfacer los derechos fundamentales; y b) asegurar las formas jurídicas y políticas del Estado y sus sistemas de gobierno”<sup>10</sup>. Dentro del elenco de las garantías constitucionales definidas por FERREYRA<sup>11</sup>, la que motiva el presente tema de estudio es la jurisdicción, que está encuadrada como “garantía del derecho de la Constitución”, y también como “garantía de los derechos constitucionales”<sup>12</sup>, y se materializa en el desarrollo del control de constitucionalidad, ya sea en virtud del llamado a no aplicar y expulsar una norma de carácter general por inconstitucional, o bien para realizar una mera interpretación del sentido de una norma cuestionada conforme con la Constitución<sup>13</sup>.

Sin embargo, en el sentido teórico y práctico, el control judicial de constitucionalidad ha suscitado discusiones frente a su legitimación democrática, pues se postula como aquel encargado de vigilar la validez de las leyes expedidas por el órgano que es considerado como el representante de una nación, es decir, el Poder Legislativo, y la existencia de un órgano que saque de la vida jurídica la voluntad

---

8 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, 2.<sup>a</sup> reimp., Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 126.

9 Ídem.

10 *Ibíd.*, p. 130.

11 *Ibíd.*, pp. 131 y ss. El grupo de garantías constitucionales identificadas y definidas por RAÚL GUSTAVO FERREYRA son: a) Garantías de la Constitución o garantías del derecho de la Constitución; b) Garantías de los derechos constitucionales; c) Garantía orgánica del Defensor del Pueblo; y d) Garantía de acceso a la jurisdicción supranacional.

12 *Ibíd.*, p. 139.

13 *Ibíd.*, pp. 218 y 219.

expresada en ley de dicho parlamento, por hallarla incompatible con el texto constitucional, para varios teóricos es una atentando contra la soberanía del pueblo, además porque quienes realizan tal vigilancia, no son funcionarios elegidos directamente por sufragio popular, siendo esta una de tantas objeciones que se presentan para oponerse a su calidad de garantes de la Constitución<sup>14</sup>.

Los argumentos a favor o en contra destinados a sostener la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad son innumerables; para el desarrollo del presente trabajo se tendrán en cuenta las posturas de algunos de los más importantes autores en la teoría del derecho constitucional que han influido sobre este tema. Así las cosas, en un primer momento se analizará el tema de la legitimación democrática del control judicial de constitucionalidad, luego se traerán a colación los aportes que sobre el tema han realizado teóricos como ALEXANDER HAMILTON, JOHN MARSHALL, RONALD DWORKIN, BRUCE ACKERMAN y JEREMY WALDRON. En un tercer punto se expondrán posiciones que concilian las diferencias que han surgido de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, planteadas por RAÚL GUSTAVO FERREYRA y ROBERTO GARGARELLA, y se finalizará con una conclusión sobre lo discutido.

## II. LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

Democracia proviene del griego *δημοκρατία*<sup>15</sup>, y significa en sentido literal, poder (*kratos*) del pueblo (*demos*)<sup>16</sup>. De acuerdo con esta definición, GIOVANNI SARTORI entiende que democracia quiere decir “poder popular”, y su significado *debe ser* lo que dice la palabra: “sistemas y regímenes políticos en los que el pueblo manda”<sup>17</sup>. Al entenderlo de esta forma, señala que se establece una concepción sobre las *fuentes* y la *legitimidad* del poder, por lo tanto, “democracia quiere decir que

---

14 *Ibíd.*, p. 219.

15 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, disponible en [<http://lema.rae.es/drae/?val=democracia>].

16 GIOVANNI SARTORI. *¿Qué es la democracia?*, MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ y MARÍA CRISTINA PESTELLINI LAPARELLI SALOMON (trads.), Bogotá, Altamir Ediciones, 1994, p. 3.

17 *Ibíd.*, p. 13.

el poder es legítimo sólo cuando su investidura viene de abajo, sólo si emana de la voluntad popular, lo cual significa, en concreto, si es y en cuánto libremente consentido”<sup>18</sup>. Por consiguiente, cuando se hace referencia a la democracia, se alude a una sociedad libre, sin opresión de un poder político discrecional e incontrolable, en donde hay una relación abierta entre los gobernantes y los gobernados, y es el Estado quien está al servicio de los ciudadanos y no al contrario<sup>19</sup>.

Sobre la noción de democracia, FERREYRA señala que vista ésta como fuente o regla de legitimación, cuenta con una definición mínima: “decisión que determina la orientación política de una comunidad. Es una toma de partido”<sup>20</sup>. Agrega que es en torno a esta definición mínima que HANS KELSEN considera que, en el sentido originario de la palabra libertad, únicamente es realmente libre el hombre que vive fuera del Estado, y que la libertad natural de seres iguales sería posible, si es sustituida por la libertad política. En otras palabras, es políticamente libre el individuo que está sometido a un ordenamiento jurídico del cual participó en su construcción, aunque solo pueda ser libre si acepta la tutela del Estado<sup>21</sup>. El ideal de autodeterminación requiere que el orden social y jurídico sea creado por determinación de los ciudadanos y sea obligatorio mientras ellos lo aprueben; en estos términos, democracia es definida fundamentalmente como el gobierno del pueblo, donde el principal valor que se intenta realizar es el de igual libertad política, sin embargo, KELSEN define democracia, cuando el principio de autodeterminación es restringido por la regla de la mayoría que suponen la existencia de la minoría<sup>22</sup>.

Enseña FERREYRA, que el principio de mayoría divide el cuerpo electoral en dos grupos, el de la mayoría y el de la minoría, creando posibilidades de compromiso. Retrotrayendo a KELSEN, compromiso significa “posponer lo que separa a los asociados a favor de lo que

---

18 *Ibíd.*, p. 23.

19 *Ibíd.*, pp. 23 y 24.

20 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, Buenos Aires, Ediar, 2014, p. 39.

21 HANS KELSEN. *Teoría general del derecho y del Estado*. 2.<sup>a</sup> ed., EDUARDO GARCÍA MAYNEZ (trad.), México D. F., Imprenta Universitaria, 1958, pp. 335 a 360. Cita realizada por FERREYRA. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad...*, cit., p. 40.

22 *Ibíd.* p. 40.

los une. Todo contrato es un compromiso, pues compromiso significa tolerarse<sup>23</sup>. Este contrato entre iguales es fundamental para la democracia, toda vez que, la regla de la mayoría no significa el dominio de ésta<sup>24</sup>, y además no puede desconocer los derechos que en términos de igualdad le asiste a la minoría, porque ni amigablemente pueden omitirse los derechos que fundamentan la convivencia pacífica<sup>25</sup>.

Ahora bien, cuando se habla de legitimidad democrática –específicamente de la función ejercida por el poder judicial cuando realiza el control de constitucionalidad–, se pretende que las determinaciones que se adopten en este actuar, tengan la aprobación y el control de esa mayoría, presuponiendo la existencia de la minoría. No obstante lo anterior, esta tarea de defender dicho control es espinosa, pues bajo este entendido de legitimidad, surgen preguntas que cuestionan dicha labor judicial como las siguientes:

¿cómo puede ser que los jueces tengan la capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo esto es, por los representantes de la ciudadanía?, ¿cómo puede ser que en una sociedad democrática termine primando la voz de los jueces –funcionarios que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y cuyo mandato tampoco está sujeto al periódico escrutinio popular– sobre la voz de la ciudadanía?<sup>26</sup>.

¿Por qué, si es que vivimos en una sociedad democrática, debemos aceptar la primacía de la interpretación y decisión final de los jueces acerca de cuestiones constitucionales básicas?<sup>27</sup>.

Cuando se critica la debilidad de la legitimación democrática del control judicial de constitucionalidad, ROBERTO GARGARELLA trae a co-

---

23 HANS KELSEN. “El problema del parlamentarismo”, en *Escritos sobre democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pp. 100 y ss. Cita realizada por FERREYRA. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad...*, cit., p. 42.

24 ERNESTO GARZÓN VALDEZ. *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 407. Cita realizada por FERREYRA. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad...*, cit., p. 43.

25 Ídem.

26 ROBERTO GARGARELLA A. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 6, abril de 1997, p. 56, disponible en [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>].

27 *Ibíd.*, p. 61.

lación una pregunta formulada por RONALD DWORKIN, en la que se cuestiona ¿qué concepción particular de la democracia se toma en cuenta para realizar tal crítica? Resalta que para DWORKIN, gran parte de las detracciones que se hacen sobre el referenciado control, son mal fundadas porque se soportan en una “implausible concepción de la democracia”, que él denomina *estadística o mayoría* de la democracia<sup>28</sup>, a la que GARGARELLA nombra como concepción *populista* de la democracia<sup>29</sup>. La concepción *estadística* hace referencia a que “todas las cuestiones de principio (deben ser) decididas por el voto mayoritario: La democracia, en otros términos, consiste en la adopción de la regla mayoritaria para todos los casos”<sup>30</sup>. Por consiguiente, según DWORKIN, bajo esta concepción, la revisión judicial que le confiera al juez la potestad de dejar de lado juicios de moralidad política que la mayoría ha admitido sería anti-democrática<sup>31</sup>, lo que contrasta con su visión a la que denomina como concepción constitucional de la democracia, que la define como “el autogobierno por todos actuando colectivamente, como miembros de un emprendimiento cooperativo, en el que participan en pie de igualdad”<sup>32</sup>, propendiendo por el respeto tanto de mayorías como de minorías.

Pese a la concepción *estadística o populista*, teóricamente también se ha tratado de identificar qué concepción democrática ampara el control judicial de constitucionalidad. Una de estas es la noción *elitista* de la democracia, soportada por pensadores como EDMUND BURKE, cuya postura se basaba “en una profunda desconfianza frente

---

28 RONALD DWORKIN. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996; e íd. “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, en *Fordham Law Review*, vol. 65, n.º 4, 1997, disponible en [<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/2/>], pp. 1.249 a 1.268. Cita realizada por ROBERTO GARGARELLA. “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, en ROBERTO A. GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. I, cap. VIII, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 163.

29 *Ibíd.*, pp. 163 y 164.

30 *Ibíd.*, p. 164.

31 DWORKIN. “The Arduous Virtue of Fidelity...”, cit., p. 1.263. Cita realizada por GARGARELLA. “Un papel renovado para la Corte Suprema...”, cit.

32 DWORKIN. “The Arduous Virtue of Fidelity...”, cit., pp. 1.263 y 1.264. Revisar nota al pie de página número 22 de GARGARELLA. “Un papel renovado para la Corte Suprema...”, cit., p. 164.

a las capacidades políticas de la ciudadanía”, y por el contrario, se dirige a generar una gran confianza en las capacidades de las élites del Gobierno, en especial, de aquellos grupos capacitados y aislados de las mayorías como los funcionarios judiciales<sup>33</sup>. Sin embargo, como lo señala GARGARELLA, ni la postura que critica ni la que defiende el control judicial de constitucionalidad, resultan apoyadas en la teoría democrática<sup>34</sup>, de la forma como está definida por KELSEN y que resalta FERREYRA, es decir, la democracia entendida como el gobierno del pueblo, donde el principal valor que se ejecute sea la igualdad política, regido por la regla de la mayoría que supone la existencia de la minoría.

### III. ALGUNAS POSTURAS SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

A continuación se expondrán las posiciones de algunos de los teóricos que han influido a favor o en contra frente al tema de la legitimación democrática del control judicial de constitucionalidad. Para la concreción de lo expuesto, se resaltarán los argumentos de ALEXANDER HAMILTON, JOHN MARSHALL y RONALD DWORKIN, BRUCE ACKERMAN y JEREMY WALDRON.

#### *A. Alexander Hamilton y John Marshall*

El fallo *Marbury vs. Madison*, de 1803 expedido por el juez JOHN MARSHALL, es reconocido como aquel que motiva el origen del control de constitucionalidad, decretando la inaplicación de una norma de rango inferior, por ser contradictoria a la Constitución. Sin embargo, 20 años antes de la emisión de dicho fallo, una serie de 85 artículos denominados *El Federalista*, o *The Federalist Papers*, publicados simultáneamente en varios diarios del estado de Nueva York entre octubre de 1787 y mayo de 1788, ya había desarrollado el principio del control de constitucionalidad. Estos ensayos son obra de ALEXANDER HAMILTON,

---

33 *Ibíd.*, pp. 165 y 166.

34 *Ibíd.*, 165.

JOHN MARSHALL y JOHN JAY, escritos para incitar a los ciudadanos de Nueva York, para que ratificaran la Constitución de Estados Unidos y la adoptaran por encima de los artículos de la Confederación<sup>35</sup>.

La idea del control de constitucionalidad, fue especialmente condensada por HAMILTON en *El Federalista n.º 78*, quien fue capaz de identificar los problemas de legitimación democrática del aludido control, en los que se cuestiona sobre por qué un funcionario que no es elegido directamente por la ciudadanía, puede dejar sin efecto decisiones del poder legislativo, órgano que conlleva la voz de la ciudadanía. También se interroga sobre por qué permitir que la voluntad de un pueblo se guíe por un grupo de funcionarios supuestamente ilustrado, en lugar de la voluntad de las mayorías. HAMILTON fue uno de los pioneros en dar respuesta sobre estas discusiones, defendiendo el control de constitucionalidad y negando sus implicaciones anti-democráticas, argumentando que la facultad del poder judicial de dejar sin validez una norma legal, no implica la superioridad de éste respecto de los legisladores, tampoco cuestiona la voluntad soberana del pueblo, sino por el contrario, dicha anulación reafirma la voluntad popular<sup>36</sup>.

Sobre el particular, GARGARELLA resalta las siguientes palabras de HAMILTON:

[mi razonamiento] no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras, deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son<sup>37</sup>.

También argumenta HAMILTON, que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la

---

35 JOSÉ FRANCISCO GARCÍA. "El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n.º 3, 2003, pp. 491 y 492.

36 ROBERTO A. GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 52.

37 *El Federalista*, n.º 78. Cita realizada por GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno...*, cit., p. 52.

finalidad, entre otras, de velar porque este último se mantenga dentro de los límites asignados, correspondiéndole a los jueces considerar la Constitución como ley fundamental, determinar su significado, igualmente el significado de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo, y en el evento de presentarse diferencia, deberá preferir la Constitución en lugar de la ley ordinaria, es decir, deberá optar por la intensidad del pueblo y no por la de sus mandatarios<sup>38</sup>.

La argumentación de HAMILTON en *El Federalista n.º 78*, es retomada por MARSHALL en el fallo *Marbury vs. Madison*, poniendo además en práctica los razonamientos sobre el control de constitucionalidad definidos por HAMILTON. Los hechos que motivan el referenciado fallo se remontan a 1803, momento en el que el presidente JOHN ADAMS<sup>39</sup> antes de abandonar su cargo, realiza numerosos nombramientos judiciales, algunos de los cuales no se hicieron efectivos por la nueva administración (presidencia de THOMAS JEFFERSON<sup>40</sup>), uno de los perjudicados fue el juez WILLIAM MARBURY, quien se presenta ante la Corte Suprema y solicita que se dicte una orden (*writ of mandamus*), contra el nuevo secretario de Estado, JAMES MADISON, y se disponga su nombramiento como juez. Frente a lo anterior, el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, MARSHALL decide rechazar la petición de *mandamus*, toda vez que la Ley de Organización Judicial de 1789 (*Judiciary Act*), que le otorgaba la facultad a la Corte Suprema de emitir órdenes (*writ of mandamus*), a los funcionarios federales, era nula por ir en contra de la Constitución, pues dicha Ley ampliaba la jurisdicción original del Tribunal establecida por la norma Superior<sup>41</sup>.

---

38 ALEXANDER HAMILTON. *El Federalista n.º 78*, traducción consignada en Biblioteca Virtual Antorcha, disponible en [[http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/federalista/78.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html)].

39 30 de octubre de 1735-4 de julio de 1826, 2.º presidente de Estados Unidos del 4 de marzo de 1797 al 4 de marzo de 1801.

40 13 de abril de 1743-4 de julio de 1826, 3.º presidente de Estados Unidos del 4 de marzo de 1801 al 4 de marzo de 1809.

41 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno...*, cit., pp. 46 y 47. Revisar también GARCÍA. "El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre", cit., p. 510; CLEMENTE VALDÉS S. "Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos", *Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 35, México D. F., Universidad Iberoamericana, 2005, p. 357, disponible en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr18.pdf>].

Lo que se resalta del fallo *Marbury vs. Madison* es que, por un lado se afirma la necesidad de hacer efectiva la supremacía de la Constitución, y por otro, sostiene que la ley fundamental le confiere al poder judicial la potestad de asegurarla<sup>42</sup>. Sobre el primer aspecto concluye que:

... o bien la Constitución es la ley superior, inmodificable por medios ordinarios, o bien está al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y, como estos actos, es alterable cuando a la legislatura le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no sería derecho; si en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones son absurdas tentativas del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza<sup>43</sup>.

Respecto al segundo asunto, MARSHALL sostiene que:

Si, por tanto, los tribunales tienen que observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, es la Constitución, y no esa ley ordinaria, la norma de que debe regir el caso al cual ambas se aplican<sup>44</sup>.

La defensa al control judicial de constitucionalidad realizada por HAMILTON y MARSHALL, ha suscitado objeciones, para GARGARELLA existen tres razones que contradicen la tesis de los teóricos enunciados a favor de dicho control. La primera es un *argumento histórico*, pues la Constitución de dicha época de Estados Unidos no establece la “voluntad del pueblo”, ya que cuando se redactó la norma Superior, parte de la población no fue tenida en cuenta en el proceso de construcción de la misma, porque no se les consideraba ciudadanos, es el caso de los esclavos, afro y descendientes de estos, mujeres y los que no tenían una posición económica decente. La segunda razón es el *argumento intemporal*, en el que se cuestiona el motivo de hacer preva-

---

42 GARCÍA. “El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, cit., p. 510.

43 SC, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803). Cita realizada por FERREYRA. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad...*, cit., p. 562.

44 ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN. *Tratado de derecho constitucional*, t. 1, “Principios, Estado y Gobierno”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 133. Cita realizada por GARCÍA. “El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, cit., p. 511.

lecer la voluntad de sujetos que ya no existe sobre la voluntad actual del pueblo, pues si bien es cierto en su momento histórico se valoró el consenso popular que emanó del calor de presiones circunstanciales, también lo es que no se puede pretender que esta misma valoración perdure en el tiempo y que no se vuelvan a presentar consensos populares profundos y meditados. Una tercera crítica se basa en el *argumento sobre la interpretación*, pues HAMILTON y MARSHALL se refieren a la tarea judicial como “automática”, donde la labor del juez consiste simplemente en hacer lectura de la Carta a viva voz y recordar lo que decían los constituyentes. Sin embargo, para GARGARELLA, los jueces hacen más que una “mera lectura” de la Constitución, y en algunas ocasiones incorporan al texto de ésta soluciones que no se encontraban explícitamente expresadas en ella<sup>45</sup>.

### *B. Ronald Dworkin*

Para RONALD DWORKIN la democracia debe ser considerada como asociativa. En ésta, los miembros de una comunidad son reconocidos cada uno como socios con plenos derechos, teniendo la facultad de gobernarse a sí mismos. De esta forma, todas las decisiones que se adopten deben estar conformes con este reconocimiento realizado a cada uno de los ciudadanos, para ser tenida como democrática. Al respecto, DWORKIN señala en *Freedom's Law*, que dicha democracia pretende que “las decisiones colectivas se tomen a través de instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad –como individuos– con igual consideración y respeto”<sup>46-47</sup>.

Bajo esta concepción, el filósofo estadounidense argumenta que los jueces protegen en mejor medida los derechos de la sociedad, esto

---

45 GARGARELLA. *La justicia frente al Gobierno...*, cit., pp. 54 a 57.

46 DWORKIN. *Freedom's law: The moral reading of the American constitution*, cit., 1996, p. 17. Cita realizada por JULIÁN GAVIRIA. “Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 6, marzo-agosto de 2014, pp. 361-368, disponible en [<http://hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/EUNOM/article/viewFile/2223/1158>], p. 362.

47 GAVIRIA. “Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin”, cit.

se debe a que las instituciones representativas están más propensas de recibir presiones políticas, también a tomar decisiones motivadas por intereses particulares y no conforme con los principios constitucionales y del reconocimiento de la democracia como una sociedad en la que cada uno de sus miembros tienen los mismos derechos, por tal motivo dice que “los legisladores son vulnerables a presiones políticas de diverso tipo, tanto financieras como políticas, razón por la cual una asamblea no es la forma más segura de proteger a grupos políticamente impopulares”<sup>48</sup>. Los jueces por el contrario, están aislados y gracias a su independencia de las presiones y a su no vinculación con la política partidista y las mayorías, pueden adoptar decisiones ajustadas a los principios constitucionales y velar por la protección de los derechos de las minorías, que no son defendidos por los órganos representativos<sup>49</sup>.

Por consiguiente, DWORKIN propone una interpretación de la Constitución por parte de los jueces basada en principios. Sostiene que los creadores de la norma Suprema incorporaron principios en abstracto, que deben ser continuamente revisados “no con el objeto de encontrar sustitutos para determinar qué es lo que dice la Constitución, sino con el objeto de respetar lo que ella dice”<sup>50</sup>, por tal motivo asegura que pese a que los jueces son los idóneos en el tema de protección de los derechos de la sociedad, no son libres de interpretar la Constitución, porque la concepción que elaboren debe “ser fiel al texto escrito de la Constitución, tanto como a las tradiciones y las prácticas constitucionales de la comunidad”<sup>51-52</sup>.

Bajo esta concepción, según como lo muestra MARÍA DOLORES PÉREZ JARABA, DWORKIN formula dos críticas a la teoría del derecho

---

48 DWORKIN. *Freedom's law: The moral reading of the American constitution*, cit., p. 30. Cita realizada por GAVIRIA. “Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin”, cit., p. 366.

49 GAVIRIA. “Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin”, cit., pp. 365 y 366.

50 DWORKIN. “Comment”, en Scalia, A., a Matter..., cit. p. 122, y DWORKIN. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996. Cita realizada por GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VII, “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, p. 132.

51 *Ibíd.*, p. 133.

52 *Ibíd.*, pp. 132 y 133.

de HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, ya que para el primero el derecho no está conformado solamente por reglas, sino que existen otras pautas jurídicas como los principios, y además, en el evento de presentarse “casos difíciles o de penumbra”, por no estar clara la norma o por estar incompleta, el juez no puede legislar o crear una regla, ya que existen principios preexistentes en el ordenamiento jurídico que este debe descubrir<sup>53</sup>. La crítica anterior surge de lo admitido por HART, frente a los casos de penumbra, quien al respecto plantea que:

La reaparición de “cuestiones de penumbra” nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles<sup>54</sup>.

DWORKIN establece un modelo de juez con capacidades extraordinarias al que denomina “HÉRCULES”, es decir, un juez con habilidades, aprendizajes, paciencia y agudeza intelectual, con la idoneidad para identificar presupuestos morales subyacentes<sup>55</sup>. Pero esta teoría es reprochada, pues se propone a un intérprete de la Constitución –juez HÉRCULES–, solitario, con reflexiones monológicas y sin diálogo público, ejemplo de ello es lo manifestado por CARLOS SANTIAGO NINO, quien critica que los jueces

por más ilustrados que sean, [puedan] llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión política con todos los interesados en una u otra decisión, y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública<sup>56</sup>.

---

53 MARÍA DOLORES PÉREZ JARABA. “Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 10, 2010 (Segunda Época), Universidad de Jaén, p. 18, disponible en [<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>].

54 HERBERT L. A. HART. “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, en RONALD DWORKIN (comp.). *La filosofía del derecho*, JUAN SAINZ DE LOS TERREROS (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 55. Cita realizada por PÉREZ JARABA. “Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart”, cit., p. 12.

55 MIGUEL BELTRAN. “La noción de interpretación en Dworkin”, en *Taula, Quadems de Pensament*, n.º 6, diciembre de 1986, pp. 57 a 62, Palma, Universitat de les Illes Balears, p. 58, disponible en [<http://www.raco.cat/index.php/Taula/article/viewFile/70560/89786>].

56 CARLOS S. NINO. *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 685. Cita realizada por GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VII, pp. 136 y 137.

### C. Bruce Ackerman

Respecto a la función judicial, BRUCE ACKERMAN destaca dos intuiciones: La primera recalca que en una democracia el que gobierna es el pueblo, quien ante un problema constitucional es el que decide el camino a tomar, facultad que no puede estar en cabeza de un grupo élite, como es el Poder Judicial. La segunda intuición consiste en aclarar que “no todas las decisiones que toman las mayorías merecen ser igualmente consideradas”<sup>57</sup>. De acuerdo con esta última intuición, ACKERMAN identifica dos clases de decisiones democráticas (concepción dualista de la democracia), unas denominadas “decisiones constitucionales”, que son las adoptadas por los ciudadanos al momento de dictar la Constitución, de reformarla y también comprende otra clase de determinaciones significativas. El segundo grupo de decisiones, son las que toma la ciudadanía a través de sus gobernantes y se expresan mediante leyes nacionales o locales<sup>58</sup>.

Para ACKERMAN los “momentos constitucionales” no son frecuentes, para que sucedan se requiere de movilizaciones ciudadanas, marchas, contramarchas, procesos de discusión; por el contrario, el segundo tipo de decisiones son más normales, son tomadas por los representantes de la ciudadanía diariamente para satisfacer el interés general, sin embargo, cada vez que intervienen en el proceso político, dichos funcionarios del Gobierno en sus decisiones, deben respetar los límites que la propia ciudadanía les ha fijado<sup>59</sup>. En estos términos, ACKERMAN le da parcialmente la razón a HAMILTON, en el sentido de que en efecto la Constitución consagra la voluntad del pueblo y debe ser respetada, pero los jueces –en aras de hacerla respetar– no pueden anular cualquier norma del Legislativo invocando una Constitución sólo con los primeros acuerdos, pues esto sería como dejarse gobernar por la “mano muerta del pasado”, el juez debe considerar tanto ese acuerdo inicial establecido por el pueblo, como todos los que han sobrevenido con igual importancia, es decir, que la facultad judicial

---

57 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno...*, cit., p. 133.

58 *Ibíd.*, pp. 133 a 135.

59 BRUCE ACKERMAN. *We the people: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991. Cita realizada por GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno...*, cit., pp. 135 y 136.

de realizar el control de las leyes persiste, pero con una mayor restricción<sup>60</sup>.

Respecto al papel que tienen los jueces en esta concepción dualista de ACKERMAN, se presentan las siguientes objeciones para GARGARELLA:

¿por qué habríamos de aceptar que la justicia (y, en particular, la Corte Suprema) es la institución mejor capacitada para distinguir entre dichos niveles? [...] ¿por qué habríamos de aceptar que sea la justicia la que se encargue de la protección de las ‘decisiones constitucionales’?<sup>61</sup>.

El motivo de estas observaciones se soportan en el aislamiento del juez de la sociedad, lo que no lo hace el más apto para proteger la voluntad popular. A esto se suma que ACKERMAN no definió criterios para proteger las “decisiones constitucionales”,

ya que puede ocurrir que una misma “decisión constitucional” resulte apoyada universal, o casi universalmente, pero por razones contradictorias o conflictivas entre sí, y en ese caso, se nos plantearía el serio interrogante acerca de cómo “leer” lo que se denomina una “decisión constitucional”<sup>62</sup>.

Este cuestionamiento surge en consideración a que en cierto momento constitucional podría presentarse la novedad de resolver cómo interpretar un principio, no existiendo tampoco una claridad del por qué sería el poder judicial quien realice adecuadamente dicha tarea<sup>63</sup>.

#### *D. Jeremy Waldron*

Para JEREMY WALDRON, es “insultante” en el marco de una democracia, que sea el juez quien defina el significado de los términos constitucionales<sup>64</sup>. Dicho filósofo parte de lo que él denomina “el hecho del desacuerdo”, propio de las sociedades plurales en donde existe divergencia frente a la forma de cómo pensar y resolver los principales

---

60 GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno...*, cit., p. 136.

61 *Ibíd.*, p. 140.

62 *Ídem.*

63 *Ibíd.*, pp. 140 y 141.

64 GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VII, p. 141.

dilemas morales a los que se enfrentan<sup>65</sup>. En estas circunstancias, el autor neozelandés señala que

resulta importante que las comunidades tomen sus decisiones en foros y a través de procedimientos que sean respetuosos del desacuerdo y permitan que las distintas voces sean escuchadas en un debate acerca de cuál debería ser la solución del problema<sup>66</sup>.

Para la efectividad de lo anterior, el órgano indicado para atender los desacuerdos sería la Legislatura, porque considera que ésta es la que permite que se acceda a un abanico amplio de experiencias e ideas, siendo capaz de alcanzar mejores resultados que una sola persona<sup>67</sup>.

GARGARELLA sostiene que desde el punto de vista normativo, WALDRON se enfrenta a una mayoría de teóricos legales y filósofos políticos que, inquietos por las malas decisiones de la política, concentraron sus estudios en la idea de *derechos individuales*, y argumentan las adopciones estrictas de *declaraciones* (constitucionales) de *derechos*, resguardadas mediante el *control judicial*<sup>68</sup>. Pero WALDRON no desiste de la idea del valor de dichos derechos, acepta la conexión entre éstos y la democracia, y que ciertos derechos individuales deben ser considerados como condiciones de una determinación mayoritaria legítima<sup>69</sup>, sin embargo, en lo que difiere es en el sentido de que para la custodia de dichos derechos, se requiera de Constituciones e instituciones contramayoritarias, ya que si se parte del hecho del desacuerdo, se debe admitir que también se presentarán al definir el número de derechos, su contenido y alcance, desplegándose de esta forma un problema de *autoridad*, en donde hay una urgencia por en-

---

65 JEREMY WALDRON. "A Right-Based Critique of Constitutional Right", Oxford Journal of Legal Studies, vol. 13, n.º 1, 1993, pp. 18 a 51, y JEREMY WALDRON. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999. Cita realizada por GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VIII, p. 150.

66 WALDRON. *Law and Disagreement*, cit., p. 86. Cita realizada por GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VII, p. 142.

67 WALDRON. *Law and Disagreement*, cit., pp. 116 a 118. Cita realizada por GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VII.

68 WALDRON. *Law and Disagreement*, cit., cap. 10.

69 *Ibíd.*, p. 143.

contrar la vía en la que se resolverán las disputas acerca de los derechos. Por consiguiente, el derecho a la participación se muestra como el adecuado para tal efecto “cuyo ejercicio resulta particularmente apropiado para situaciones en donde personas razonables, y portadoras de derechos, se encuentran en desacuerdo acerca de los derechos que tienen”<sup>70-71</sup>

Así las cosas, para WALDRON la participación y las decisiones mayoritarias “se muestran como las únicas herramientas procedimentales que, en las circunstancias de la política, resultan consistentes con la idea de que todas las personas son fundamentalmente iguales”<sup>72</sup>. Por lo tanto, los desacuerdos de buena fe que se presenten, están sometidos a la regla democrática<sup>73</sup> ya que

si estamos decididos a tratar con respeto a los puntos de vista de los demás, si no tratamos de ocultar el hecho de que tenemos diferencias ni intentamos suprimir el disenso, entonces no tenemos otra opción que la de adoptar procedimientos capaces de resolver nuestros desacuerdos políticos que no especifiquen, por sí mismos, cuáles deben ser los resultados a obtener<sup>74</sup>.

#### IV. DOS PROPUESTAS CONCILIADORAS

La idea de exponer algunos de los aportes que sobre el tema han planteado RAÚL GUSTAVO FERREYRA y ROBERTO GARGARELLA, tiene como finalidad considerar dos posturas que logran conciliar la labor del control judicial de constitucionalidad, con la inclusión deliberativa en términos de igualdad, de la decisión de todos los miembros de una sociedad afectados al momento de considerarse no aplicar y expulsar una norma de carácter general por inconstitucional, o realizar interpretación del sentido de una norma cuestionada conforme con la Constitución, o también en el evento de una reforma constitucional,

---

70 *Ibíd.*, p. 232.

71 GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VII.

72 WALDRON. *Law and Disagreement*, cit., pp. 116 y 249. Cita realizada por GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VII.

73 WALDRON. *Law and Disagreement*, cit., pp. 305 y 306.

74 *Ibíd.*, p. 304. Cita realizada por GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VII.

para de esta forma pensar en la mejor manera de concebir un control judicial de constitucionalidad sin cuestionamiento por su legitimación democrática.

Las posturas que se traen a colación, cuentan con escenarios distintos, pues FERREYRA concentra su estudio en el control judicial que se realiza a las propuestas de reforma de la norma Superior específicamente de Argentina, logrando una propuesta conciliadora en la que se incluye para tal efecto la gestión del poder judicial, del legislativo federal y de la ciudadanía, sin embargo, frente al control judicial de constitucionalidad de los actos o normas infraconstitucionales, hace un importante aporte desde la óptica de un control difuso con efecto solo en casos concretos, donde el ejercicio en cabeza del poder judicial es incuestionablemente democrático, en el sentido de que es garantía de la efectividad de la Constitución como norma superior y de la protección de los derechos de la sociedad. Por su parte, GARGARELLA examina una concepción democrática que considera útil para justificar el ejercicio del control judicial y pensar en una mejor forma de lograr una interpretación constitucional.

En su obra *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, FERREYRA al referirse sobre *la legitimación para juzgar la inconstitucionalidad de las normas y actos inferiores a la Constitución federal de la Argentina*, descentra la base de algunos argumentos que colocan en tela de juicio la legitimación democrática del control de constitucionalidad, tales como:

(a) la apuntada debilidad democrática del juez constitucional: los jueces no son elegidos por el sufragio ciudadano; (b) la ausencia de control de las decisiones adoptadas en la jurisdicción constitucional; si los jueces tiene la última palabra: ¿quién controla a los jueces?; (c) se los designa árbitros del proceso político estatal cuando ellos no están preparados para ello [...] (d) se quiebra la regla que fija la distinción de funciones de los poderes del Estado: al otorgarse a los jueces la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad, nulidad o inaplicabilidad de una disposición normativa, éstos estarían cumpliendo funciones propiamente legislativas; (e) la lentitud propia de los procesos judiciales no se compadece con la celeridad que exige la adopción de decisiones vitales para el desempeño de la política estatal<sup>75</sup>.

---

75 FERREYRA. *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad...*, cit., pp. 566 y 567.

Respecto a la primera objeción, centrándose en la forma como son elegidos los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina, manifiesta que si bien es cierto dichos funcionarios no son elegidos directamente por el pueblo, sino que son nombrados por el Presidente de la Nación (inc. 4.º del art. 99 de la CN), el cual sí es elegido directamente por los ciudadanos, también lo es que dicha circunstancia de designación política no avasalla la regla democrática, ya que como señala EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, una institución no es democrática solamente por haber sido elegida por el pueblo, sino que “una institución es democrática cuando es funcional para la democracia, cuando es necesaria para su continuidad”<sup>76</sup>. Así las cosas, para FERREYRA la legitimación democrática del control realizado por los jueces, es incuestionable en la medida en que éstos se dirijan a mantener la supremacía de la Constitución, expulsando todos aquellos actos o normas infraconstitucionales contrarias con la política decidida por el pueblo contenidos en la norma Superior, y no a suplantar la voluntad ciudadana inserta en las disposiciones de ésta<sup>77</sup>.

Frente al segundo juicio, relacionado con el cuestionamiento de quién controla a los jueces, ya que una vez que se realiza el control de un acto o norma infraconstitucionalidad no hay alternativa de surtir inspección sobre lo controlado, FERREYRA argumenta que se debe tener presente que “si desde cierto punto de vista la Constitución es, en lo inmediato, lo que los jueces dicen que ella es, en el mediano y largo plazo la Constitución será lo que los ciudadanos estén dispuestos a admitir que digan”<sup>78</sup>, no obstante, cuando se trate del control sobre la anulación de un proceso de reforma de la Constitución, no debe existir un modelo en el que el protagonista no sea la intervención del ciudadano<sup>79</sup>.

---

76 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. “Funciones del poder judicial en las democracias contemporáneas”, en AA.VV. *El sistema político e institucional en la Argentina*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, pp. 163 a 165. Cita realizada por FERREYRA. *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad...*, cit., p. 568.

77 FERREYRA. *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad...*, cit., p. 569.

78 RICARDO A. GUIBOURG y DANIEL MENDONÇA BONNET. *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 175. Cita realizada por FERREYRA. *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad...*, cit., p. 570.

79 *Ibíd.*, p. 571.

Sobre la tercera réplica, en la que se objeta el control de constitucionalidad porque los jueces se convierten en vigilantes del proceso de construcción política del Estado, arguye que es necesario estructurar una estrategia de control de la Constitución, ya que si ésta contiene la decisión del pueblo, como lo señalaría HAMILTON, se requeriría de “un poder con competencia para revisar la validez de las leyes en miras a mantener intangible la decisión popular originaria”<sup>80</sup>. Así las cosas, la defensa efectiva de la Constitución se logra cuando se instala un sistema de control de las normas infraconstitucionales, siendo en este sentido válido el control judicial, pero, cuando se trata de la revisión sobre una reforma de la norma Superior, considera FERREYRA que el juez no debería ser el único árbitro, y se requiere convocar la participación del Legislativo y del pueblo<sup>81</sup>.

Con motivo de la cuarta objeción, analiza si con el ejercicio del control judicial se le está atribuyendo a los jueces una naturaleza legislativa en sentido negativo, vulnerando la distinción de funciones de los poderes del Estado. En este punto, resalta que el poder de los jueces en la ejecución de su competencia de control, tiene por finalidad mantener la coherencia del sistema y salvaguardar la supremacía de la Constitución, es decir, que cuando estos funcionarios judiciales despliegan el control de constitucionalidad, están aplicando la norma Superior y la están protegiendo. Además, en el caso de Argentina, las sentencias de la Corte Suprema que declaran la inconstitucionalidad de una norma o acto, sólo tienen efecto entre las partes litigantes y no *erga omnes*, en otras palabras, la norma declarada viciada no es derogada y continúa en vigor, lo que significa que la labor de la Corte respecto de su competencia de declarar la inconstitucionalidad, es un acto de aplicación de la Constitución y no de usurpación de la función legislativa oculta, negativa o indirecta, no violando de esta forma la división de poderes<sup>82</sup>.

Frente a la quinta discusión, FERREYRA considera que no exige mayor análisis, pues “nadie puede asegurar que el proceso de creación

---

80 *Ibíd.*, p. 573.

81 *Ibíd.*, pp. 573 y 574.

82 *Ibíd.*, p. 577.

constitucional se más rápido que el proceso de aplicación. Ni tampoco puede afirmarse lo contrario<sup>83</sup>. Por consiguiente, el control judicial no puede ser cuestionado en virtud de su duración temporal<sup>84</sup>.

Teniendo en cuenta todo el marco de análisis desarrollado por FERREYRA –centrado en el caso de Argentina–, desde su perspectiva el control de constitucionalidad de los actos o normas infraconstitucionales, es el mecanismo para garantizar que la Constitución se mantenga como la norma superior del sistema, además dicha garantía jurisdiccional, permite que el Estado asegure la estructura jerárquica de su sistema jurídico<sup>85</sup>. Ahora bien, con relación al papel del control a una reforma Constitucional que deba realizar la Corte Suprema de Argentina, resalta que debe producirse una reflexión y deliberación colectiva, que lleve a consensos comunitarios, totales y concluyentes, pues se trata de una decisión política constitucional de gran trascendencia. Por consiguiente, plantea que para la legitimación de dicha reforma primero sea estudiada por la Corte, de verificarse un vicio formal del acto cuestionado, se proyecta la responsabilidad hacia la instancia del Congreso y por último al electorado quien la aprueba o no, “Una suerte de retorno a la democracia directa”<sup>86</sup>, no por desconfianza a la Corte o al Congreso, sino porque se trata de un llamado al pueblo a participar en una cuestión constitucional<sup>87</sup>.

Por otro lado, GARGARELLA en su escrito *Una mirada dialógica sobre el control judicial y la interpretación constitucional*, propone examinar una concepción de la democracia que considera ventajosa tanto para justificar el ejercicio del control de constitucionalidad como para reflexionar sobre un mejor modo de interpretar la Constitución<sup>88</sup>. La postura a la que se refiere es la *deliberación democrática*, en la que el sistema democrático se justifica si se adoptan decisiones impar-

---

83 *Ibíd.*, p. 579.

84 *Ídem.*

85 RAÚL GUSTAVO FERREYRA. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013, p. 248.

86 NÉSTOR PEDRO SAGÜES. *La legitimación del referéndum constitucional*, México D. F., La Ley, 1977, p. 957. Cita realizada por FERREYRA. *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad...*, cit., p. 595.

87 *Ibíd.*, pp. 593 y 595.

88 GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VII, p. 166.

ciales, lo cual se logra a través del apoyo de procesos igualitarios de discusión colectiva<sup>89</sup>. Esta noción la presenta en aras de plantear un *ideal regulativo* consistente en “una situación en donde todos los potencialmente afectados por una cierta decisión participan en una discusión sobre los contenidos que va a tener la misma, y lo hacen desde una posición de relativa igualdad”<sup>90</sup>. Los elementos de este ideal son tres: la inclusión, deliberación e igualdad. La *inclusión* tiende a que en el proceso de toma de decisión se tenga en cuenta a todos los potencialmente afectados con ésta. Por su parte, la *deliberación* permite que los distintos participantes se escuchen y corrijan mutuamente. Finalmente la *igualdad* entra como requisito fundamental para que el proceso de deliberación tenga sentido<sup>91</sup>.

En esta forma de democracia se presume, a diferencia de las posturas *elitistas* y *populistas*, que todos en términos de igualdad tienen la capacidad de intervenir en un proceso de toma de decisiones colectivo, existiendo una *confianza* en las determinaciones que de esta forma se logren, y que la regla mayoritaria pierde su sentido, sino se amplía la garantía de una libertad de expresión, de asociación y un debate entre iguales. En estos términos, podría decirse que el control de constitucionalidad sería compatible con el ideal de democracia descrito, sólo si, es respetuoso de la supremacía de las autoridades democráticas, si trabaja por el debate colectivo y favorece la inclusión y la igualdad<sup>92</sup>.

En estas condiciones, la labor del juez sería más modesta pero también trascendental en el proceso de toma de decisiones democráticas, toda vez que

ellos deben ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; deben forzar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones; deben poner sobre la mesa pública argumentos o voces ausentes del debate; deben impedir que quienes están en el control del

---

89 *Ibíd.*, ROBERTO GARGARELLA referencia esta postura en: JÜRGEN HABERMAS. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996, y NINO. *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., 1992.

90 *Ibíd.*

91 *Ibíd.*, p. 167.

92 *Ibíd.*

poder institucional prevengan a quienes están afuera del mismo a que participen de él y lleguen a reemplazarlos; deben impedir que desde los órganos decidores se tomen decisiones no fundadas en argumentos”<sup>93</sup>.

Quiere decir lo anterior, que los jueces promoverían un diálogo democrático en la comunidad, que se materializaría con las organización de foros y la promoción de debates en temas de interés público, y ofreciendo argumentos, de tal forma su gestión no sería ni pasiva ni activa o impositiva, sino que se direccionaría a apoyar a la mayorías democráticas que enmarcadas con *desacuerdos*, piensen y decidan sus soluciones, en aras de que se favorezca la convivencia deseada<sup>94</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Las posturas expuestas de ALEXANDER HAMILTON, JOHN MARSHALL, RONALD DWORKIN, BRUCE ACKERMAN y JEREMY WALDRON frente al tema de la legitimación democrática del control de constitucionalidad, muestran la dificultosa tarea de justificar dicha labor en cabeza del poder judicial, lo que lleva a repensar la función judicial con ocasión a la llamada “objección contramayoritaria” y plantear ideales regulativos sobre el asunto, que sirvan a nuestros países en aras de fortalecer la democracia respecto de la toma de decisiones en los asuntos en donde se ve implicada la supremacía de nuestras Constituciones y nuestros derechos.

En el caso colombiano, la Constitución de 1991 en su artículo 241, le confía a la Corte Constitucional la guardia de la integridad y supremacía de la norma Superior. Con motivo de tales facultades, ejerce las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

---

93 CASS R. SUNSTEIN. “Interest Groups in American Public Law”, *Stanford Law Review*, vol. 38, n.º 1, noviembre de 1985, p. 511. Cita realizada por GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VIII, p. 168.

94 *Ibíd.*, 169.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben [...]
11. Darse su propio reglamento.

De acuerdo con el artículo 243 de la Constitución, los fallos que emita la Corte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada, y el acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, no podrá ser reproducido en su contenido material por ninguna autoridad. Quiere decir que para Colombia, el control de constitucionalidad está concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y

los efectos de sus decisiones son *erga omnes*, por lo tanto, sus fallos son aplicados y acatados en todos los espacios, no sólo por las autoridades, sino también por las partes litigantes de un proceso, por los demás jueces y los ciudadanos. En virtud de la materialización de las competencias expuesta, se le ha endilgado a la Corte ejercer un gobierno a la par de la administración, más comúnmente conocido como “gobierno de los jueces”, concepto desarrollado por ÉDOUARD LAMBERT en 1921.

GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA, siguiendo a LAMBERT<sup>95</sup> y la exposición del tratadista MICHEL TROPER<sup>96</sup>, afirma que en Colombia la Corte Constitucional ejerce “un gobierno de los jueces”. Uno de los argumentos que soportan lo aseverado, se presenta cuando el Alto Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma y la saca de la vida jurídica por estimarla contraria a la Constitución, ejerciendo de esta forma el rol de un legislativo negativo. Considera de igual manera que la Corte ha ido más allá, y ha desempeñado funciones de un legislador positivo a través de las sentencias que él denomina “manipulativas” (interpretativas, condicionadas, integrativas o integradoras o sustitutivas), en las que ha cambiado el sentido que inicialmente le dio el legislador, les ha agregado contenido no establecido en la ley y, en ocasiones, le ha impartido órdenes al Congreso de la República para que legisle en determinada forma<sup>97</sup>. Esta clase de actuaciones, entre otras, han incentivado el disgusto de algunos sectores del Gobierno, pues se cuestionan

---

95 ÉDOUARD LAMBERT. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard, 1921, p. 276. Cita realizada por GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA. “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 24, enero-junio de 2011, p. 181, disponible en [<http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/view/27108>].

96 MICHAEL TROPER. *Existe-t-il un Concept de Gouvernement de Juges? Gouvernement des Juges et Democratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001. Cita realizada por LÓPEZ DAZA. “El juez constitucional colombiano como legislador positivo...”, cit., p. 182.

97 Con relación a la imposición de órdenes al Congreso para que legisle en determinada forma, LÓPEZ DAZA en la nota al pie de página número 37 de “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, cit., p. 183, trae como ejemplo las sentencias C-473 de 27 de octubre de 1994, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-473-94.htm>], por medio de la cual la Corte exhorta al Congreso para que legisle sobre los servicios

¿Cómo pueden los jueces ir en contra del trabajo del legislador?; ¿cómo la voluntad de los representantes democráticos elegidos puede ser confrontada con la voluntad de aquellos que no son elegidos?<sup>98</sup>.

Pese a la respetable posición de LÓPEZ DAZA, no puede dejarse de lado que la Corte Constitucional colombiana en otros escenarios ha propuesto mecanismos destinados a suscitar el diálogo entre poderes, acción reconocida por GARGARELLA quien resalta dos sentencias de tutela emitidas por el Alto Tribunal, en las que ordenó pautas y plazos para que las respectivas autoridades de los otros poderes del Estado resolvieran los conflictos motivo de litigio, sin imponerles las soluciones concretas<sup>99</sup>. Es así como en la Sentencia T-153 de 28 de abril de 1998<sup>100</sup>, la Corte le ordena al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación, que en el término de tres meses, elaboren un plan de construcción carcelaria dirigida a garantizar condiciones de vida digna a los reclusos en los penales, y mediante la Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004<sup>101</sup>, ante la insuficiente

---

públicos esenciales, y la C-700 de 16 de septiembre de 1999, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-700-99.htm>], en la que declara inconstitucional el decreto que regulaba sobre el sistema de financiación de vivienda (UPAC), y ordenó al Congreso tramitar una ley que regule sobre el tema. *Ibíd.*, p. 183. Por otro lado, un ejemplo en el que la Corte ha variado el contenido de lo establecido inicialmente por el legislador, es la Sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>], en la que declara exequible el artículo 10.º de la Ley 1437 de 2011 (Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. La preferencia a las sentencias de la Corte, no se encontraba en la norma aludida.

- 98 LÓPEZ DAZA. “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, cit., p. 183.
- 99 GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VIII, pp. 169 y 170.
- 100 M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>].
- 101 M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>].

apropiación presupuestal y la omisión de corrección de falencias institucionales que han limitado el avance progresivo para la satisfacción de los derechos de la población desplazada, le ordenó al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que de acuerdo con su competencia y deberes constitucionales y legales, verifique la magnitud de la divergencia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dentro de unos plazos definidos en dicha sentencia<sup>102</sup>.

Sin embargo, cuestionamientos como los de LÓPEZ DAZA sobre la legitimación democrática del control de constitucionalidad, motiva a que se consideren propuestas como las formuladas por RAÚL GUSTAVO FERREYRA y ROBERTO GARGARELLA, tanto para aquellos momentos de una reforma constitucional, como cuando se trate de ejercer el control de constitucionalidad de actos o normas infraconstitucionales. La idea no es aislar al cuerpo judicial de su participación como custodio de la norma Superior, se necesita que quede estipulado dentro del cuerpo de nuestras Constituciones la participación de la ciudadanía en este ejercicio de control y reforma constitucional, y que la labor de la magistratura sea, como diría GARGARELLA, la de contribuir en el proceso de mejora de las decisiones colectivas dotándolas de imparcialidad e igualdad, en donde sea este poder quien ayude a los órganos políticos a adoptar sus determinaciones de una manera informada y deliberada, obligándolos a revisar sus decisiones para que sean democráticas y no permeadas por intereses particulares, intercambio de favores o producto de presiones de grupos de interés<sup>103</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, BRUCE. *We the people: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

BELTRÁN, MIGUEL. "La noción de interpretación en Dworkin", en *Taula, Quaderns de Pensament*, n.º 6, diciembre de 1986, pp. 57 a 62, Palma, Universitat de les Illes Balears, disponible en [<http://www.raco.cat/index.php/Taula/article/viewFile/70560/89786>].

---

102 GARGARELLA (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, cit., cap. VIII, pp. 169 y 170.

103 *Ibíd.*, cap. VII, pp. 145 a 147.

- DWORKIN, RONALD. "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", en *Fordham Law Review*, vol. 65, n.º 4, 1997, disponible en [<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/2/>].
- DWORKIN, RONALD. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judiciable de la enmienda*, Buenos Aires, Ediar, 2014.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2013.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, 2.ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2008.
- GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO. "El control de constitucionalidad en *El Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n.º 3, 2003, pp. 491 a 514.
- GARGARELLA, ROBERTO A. "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 6, abril de 1997, disponible en [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-dificultad-de-defender-el-control-judicial-de-las-leyes-0/>].
- GARGARELLA, ROBERTO A. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GARGARELLA, ROBERTO A. (coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- GARZÓN VALDEZ, ERNESTO. *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- GAVERIA, JULIÁN. "Democracia y control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin", en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 6, marzo-agosto de 2014, pp. 361-368, disponible en [<http://hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/EUNOM/article/viewFile/2223/1158>].
- GUASTINI, RICCARDO. "Sobre el concepto de Constitución", MIGUEL CARBONELL (trad.), en *Cuestiones Constitucionales*, n.º 1, julio-diciembre de 1999, disponible en [<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst01/CUC00107.pdf>].
- GUIBOURG, RICARDO A. y DANIEL MENDONÇA BONNET. *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory on Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1996.
- HAMILTON, ALEXANDER. *El Federalista n.º 78*, traducción consignada en Biblioteca Virtual Antorcha, disponible en [[http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/federalista/78.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html)].

- HART, HERBERT L. A. "El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral", en RONALD DWORKIN (comp.). *La filosofía del derecho*, JUAN SAINZ DE LOS TERREROS (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1980.
- KELSEN, HANS. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)", DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (trad.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 10, julio-diciembre de 2008.
- KELSEN, HANS. "El problema del parlamentarismo", en *Escritos sobre democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988.
- KELSEN, HANS. *Teoría general del derecho y del Estado*. 2.ª ed., EDUARDO GARCÍA MAYNEZ (trad.), México D. F., Imprenta Universitaria, 1958.
- LAMBERT, ÉDOUARD. *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard, 1921.
- LÓPEZ DAZA, GERMÁN ALFONSO. "El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 24, enero-junio de 2011, disponible en [<http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/view/27108>].
- NINO, CARLOS SANTIAGO. *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- PÉREZ JARABA, MARÍA DOLORES. "Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart", *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 10, 2010 (Segunda Época), Universidad de Jaén, disponible en [<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>].
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., 2001, disponible en [<http://buscon.rae.es/drae/>].
- SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *La legitimación del referéndum constitucional*, México D. F., La Ley, 1977.
- SARTORI, GIOVANNI. *¿Qué es la democracia?*, MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ y MARÍA CRISTINA PESTELLINI LAPARELLI SALOMON (trads.), Bogotá, Altamir Ediciones, 1994.
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO. *Tratado de derecho constitucional*, t. 1, "Principios, Estado y Gobierno", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- SUNSTEIN, CASS R. "Interest Groups in American Public Law", *Stanford Law Review*, vol. 38, n.º 1, noviembre de 1985, pp. 29 a 87.
- TROPER, MICHAEL. *Existe-t-il un Concept de Gouvernement de Juges? Gouvernement des Juges et Démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.
- VALDÉS S., CLEMENTE. "Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos", *Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 35, México D. F., Universidad Iberoamericana, 2005, pp.

345 a 375, disponible en [<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr18.pdf>].

VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho constitucional general*, Bogotá, Externado, 1978.

WALDRON, JEREMY. "A Right-Based Critique of Constitutional Right", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, n.º 1, 1993.

WALDRON, JEREMY. *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

WALDRON, JEREMY. *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. "Funciones del poder judicial en las democracias contemporáneas", en AA.VV. *El sistema político e institucional en la Argentina*, Buenos Aires, Lajouane, 2006.