

LA JUDICIAL REVIEW: UNA TEORÍA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL*

Patricia GUTIÉRREZ OCHOA**

RESUMEN

El artículo se refiere a la Judicial Review su surgimiento, definición y desarrollo. Se toma como eje el conjunto de ensayos sobre la Constitución de Estados Unidos de 1789 denominado El Federalista, en los cuales se explican las instituciones que crean ese estatuto y el papel que tendrá la Judicial Review como control judicial.

En Colombia con la Constitución de 1991, adquiere importancia el control judicial, especialmente por la labor de revisión que tienen los jueces en aquellos casos en que una norma contraría el estatuto superior lo que pone al orden del día los desarrollos que sobre la Judicial Review desde distintos puntos de vista se han hecho y procuran entre otros explicar el control.

Palabras clave: Judicial Review, control concentrado, activismo judicial, interpretativismo-no interpretativismo.

THE JUDICIAL REVIEW A THEORY OF CONSTITUTIONAL CONTROL

ABSTRACT

The article refers to the judicial review, its emergence, definition and development. The group of essays over the United States Constitution of 1789, called The Federalist, is taken as an axis to explain the institutions that creat such a statute and the role which the Judicial Review shall have as a judicial control.

* Trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho Constitucional otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

** Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

In Colombia, with the 1991 constitution, the judicial control acquires importance, especially by the revision labour which judges have in those cases in which a norm contradicts the superior statute which puts, into agenda, the developments that have been made over the judicial review from various points of view and that seek to explain the control, among others.

Key words: Judicial Review, Concentrated Control, Judicial Activism, Interpretativism-noninterpretativism.

INTRODUCCIÓN

Para enfrentar el asunto de la Judicial Review parto de su surgimiento, de su definición, y de lo que es el control en sí. Frente a los dos primeros aspectos, recurro a la obra *El Federalista*, que consiste en una colección de artículos publicados, luego de ser expedida la Constitución de los Estados Unidos de América, en el año 1787, escritos por Alex Hamilton, James Madison y John Jay, en tres periódicos de la ciudad de Nueva York.

Fue por medio de las publicaciones en el periódico como la Constitución de los Estados Unidos suscitó un expositor digno de ella y digno también del gran sistema que estaba destinado a difundir. Los méritos de la constitución se reflejaron en esos comentarios. A su vez, éste explicó y justificó las soluciones de la Constitución e igualmente contribuyó a que se difundiera y alcanzara el prestigio que hoy la rodea.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica aduce, que debe considerarse de gran peso la forma como interpretan los autores de *El Federalista* la Constitución, así como las sentencias *Mc. Culloch vs Maryland* y *Pollock vs Farmer's loan and Trust Company*, citados en la edición oficial de la constitución de los Estados Unidos de América.¹

En cuanto al valor que "representa en el campo constitucional *El Federalista* la opinión es unánime, así lo encontramos no sólo en el prólogo a la edición consultada sino en algunos clásicos del derecho constitucional americano; Kent es del parecer que, "No hay una obra sobre la Constitución [...] que merezca leerse con más cuidado", Story lo llama "comentario incomparable", y Marshall declaró en una de sus celebres sentencias que "su mérito intrínseco justifica el alto valor que le concede".² Esta opinión persiste entre los autores modernos.

1 *Constitución de los Estados Unidos de América*. Washington, 1938, p. 66.

2 Citados por Velasco, Gustavo R. en Hamilton, Alejandro; Madison, Santiago y Jay Juan. *El Federalista*. México, Fondo de Cultura Económica, 1998. Prólogo p. XIII.

En lo relacionado con el Control Judicial abordaré algunos aspectos de la obra de Gustavo Zagrebelsky, Christopher Wolf, Sotirios A. Barber, Charles Evans

1. DEFINICIÓN Y SURGIMIENTO DE LA JUDICIAL REVIEW

1.1 DEFINICIÓN

En la Constitución de los Estados Unidos de América se consagró un control judicial para proteger la Constitución. Sistema de control constitucional que entre otras cosas es opuesto al establecido por las constituciones que se inscriben en el modelo continental europeo, toda vez que en este último no se asume de igual forma que en el americano, recogiendo algunas instituciones propias de los derechos fundamentales. El sistema americano se denomina *Judicial Review*.³

El sistema de control constitucional americano es de vital importancia en este momento en el mundo entero y en especial en nuestro país a partir del método de interpretación utilizado al abordar la constitución de 1991, frente a lo cual encontramos que son muchos los autores que se han dedicado al estudio de este sistema, pero todos, amigos y enemigos del mismo le han dado la importancia que se merece.

1.2 SURGIMIENTO DE LA JUDICIAL REVIEW

1.2.1 En cuanto al surgimiento de la *Judicial Review* recurro inicialmente a lo expresado en varios de los periódicos de *El Federalista* que se refieren al tema. Podemos partir de lo señalado en *El Federalista* número 51 que nos ilustra sobre los aspectos concernientes al tribunal constitucional.

Se consagran allí las razones por las cuales se dice que debe haber una Corte suprema y de última instancia. Además se cuestiona si esa Corte debe constituir un órgano independiente o ser una rama de la legislatura, y por ello dice Hamilton que la autoridad de la Corte Suprema de los Estados Unidos, tal y como se proyecta, en forma de cuerpo separado e independiente será superior a la de la legislatura. El poder de interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la constitución permitirá a esa Corte darles la forma que estime más conveniente,

3 *La Judicial Review* o la forma del control constitucional según la definición, tomada del diccionario Oxford, Inglés y Español: Español-Inglés, es la de: "recurso de inconstitucionalidad. Control de legalidad de una sentencia judicial o un acto administrativo".

sobre todo en vista de sus decisiones no estarán sujetas de manera alguna a la revisión o rectificación del cuerpo legislativo.

Dice también que no existe en el plan que se estudia una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución o que les conceda a este respecto mayor libertad de la que pueden pretender los tribunales de cualquier estado. Sin embargo admite que la constitución deberá ser la piedra de toque para la interpretación de las leyes que siempre que exista una contradicción evidente, las leyes deben ceder ante ella.

En conclusión dice Hamilton,⁴ con relación a las facultades del departamento judicial, que se ha circunscrito cuidadosamente a las controversias de que manifiestamente debe conocer la judicatura nacional; que al distribuir estas facultades, una pequeñísima parte de la jurisdicción original ha sido reservada a la Corte Suprema y el resto confiada a los tribunales subordinados; que la Corte Suprema poseerá jurisdicción de apelación, tanto con relación al derecho como a los hechos, en todos los casos que se le sometan, sujeta en ambos aspectos a cualesquiera excepciones y reglas que se juzguen aconsejables; que esta jurisdicción de apelación no suprime el juicio por jurados en ningún caso, y que bastará una medida ordinaria de prudencia e integridad en las asambleas nacionales para asegurarnos sólidas ventajas como consecuencia del establecimiento de la judicatura propuesta.

Se había dicho por el mismo Hamilton en El Federalista 78 que:

Quien considere con atención los distintos departamentos del poder percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El ejecutivo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la requisita ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino única-

4 Hamilton, Alejandro; Madison Santiago y Jay Juan. El Federalista. México, Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 330.

*mente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos.*⁵

Lo que contribuye con mayor fuerza a la independencia del departamento judicial y que pueda ayudar a su firmeza es precisamente la estabilidad en el cargo, esta cualidad ha de ser considerada con razón como un elemento indispensable en su constitución y así mismo, en gran parte, como la ciudadela de la justicia y la seguridad públicas.

Esta independencia judicial es igualmente necesaria no sólo para la fundamental función de proteger la constitución sino también los derechos individuales, de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo, y que, aunque pronto cedan el campo a mejores informes y a reflexiones más circunspectas, tienen entretanto la tendencia a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad.

Refiere que la independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una constitución limitada. Por constitución limitada se entiende la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes.

Y al decir que una constitución es de hecho una ley fundamental y que así debe ser considerada por los jueces, para continuar diciendo que, a ellos pertenece, por tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo, va dando lugar a esa Judicial Review que es el objeto de este estudio, para de esta manera afirmar, que si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Para darnos cuenta de esa supremacía constitucional dice Hamilton que esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la constitución, los jueces deberán gober-

5 Hamilton, Alejandro; Madison Santiago y Jay Juan. *Op. cit.*, p. 330.

narse por la última de preferencia a las primeras, y regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

1.2.2 La Judicial Review nació en su forma moderna con el precedente constituido por el caso *Marbury vs. Madison* dictado en 1803 en los Estados Unidos. Frente a este caso puede decirse con Christopher Wolf⁶ exactamente que el control judicial por jueces federales, se ejerció por primera vez en los Estados Unidos en el año 1790, cuando varios presidentes de tribunales de circuito se negaron a poner en vigor una ley del Congreso que imponía obligaciones no judiciales sobre ellos, donde la propia Corte Suprema explícitamente llevó a cabo el control sobre una ley del congreso para determinar si era constitucional en un caso concreto el cual se refiere a *Carriage tax Case (Hylton v. United States)*, de 1795, aunque lo que se discutía era si mantenía o no un impuesto y se definió en definitiva que si se mantenía dicho impuesto.

Se dio, sin lugar a dudas, por primera vez una fundamental discusión acerca de un control sobre leyes desde la perspectiva constitucional. Pero el primer caso claro en que el Tribunal Supremo declaró nula una ley del Congreso ocurrió en *Marbury v. Madison*, el que surgió debido a que John Adams había hecho varios nombramientos llamados de “media noche” a jueces de paz para el distrito de Columbia.

Los nombramientos habían sido aprobados por el senado y las comisiones habían sido firmadas y selladas con el sello de los Estados Unidos por el Secretario de Estado en funciones, John Marshall, recientemente nombrado presidente del Tribunal Supremo. Algunas de estas comisiones fueron entregadas, pero otras, en las prisas de las últimas horas, habían quedado en la oficina del Secretario de Estado. Cuando la nueva administración republicana se hizo cargo estos nombramientos no fueron entregados, de acuerdo con las órdenes de Madison, el nuevo Secretario de Estado, y de Jefferson.

Marbury y otros tres federalistas ultrajados que habían sido nombrados en este grupo se dirigieron al Tribunal Supremo y pidieron que se emitiera un auto de *mandamus* encargaron a Madison para que entregase las comisiones; Madison no apareció por la Corte Suprema para discutir la petición, ya que junto con Jefferson pensaba que los jueces no tenían derecho a emitir tales órdenes al

6 Seguiremos para la narración de este caso a Wolf, Christopher “La transformación de la interpretación constitucional” (traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel). España, Civitas p 515.

ejecutivo, que era una rama igual, no había mucha necesidad de molestarse con el Tribunal, según los republicanos, ya que la orden del Tribunal sólo podía imponerla el ejecutivo, y este ejecutivo no iba a hacerlo en este caso.

Marshall escribió una opinión del Tribunal después de conocer los argumentos del abogado de Marbury, la cual se ha considerado como un golpe de genialidad política, y la planteó por medio de preguntas, a través de las cuales pudo escribir una opinión que trataba de los merecimientos de la cuestión constitucional, preguntándose si era completo el nombramiento y por tanto fuera del control de Jefferson, y para ello tuvo en cuenta las siguientes preguntas:

— ¿Tiene Marbury derecho al nombramiento?

— ¿Puede hacerse cumplir este derecho legalmente (hay un recurso para su denegación)?

— ¿Es el recurso para la denegación de este derecho un auto de *mandamus*?

— ¿Puede emitirse el escrito por este Tribunal?

Finalmente Marshall determinó que el Tribunal no tenía jurisdicción en este caso, y después afirmó que el nombramiento estaba completo en el momento en que se había puesto el sello de la comisión.

Después sostuvo que si hay un derecho también hay un recurso en derecho. Esto hace que un gobierno sea el derecho y no los hombres. No existiría base para una acción legal contra un funcionario del ejecutivo que realizase deberes “políticos” si la discrecionalidad en el uso del poder propiamente corresponde al ejecutivo. Pero este caso trataba de un poder que no es político —es simplemente asignado por ley al Secretario de Estado— (lo que algunos han llamado un deber “ministerial”).

Marshall sostuvo que en este tipo de casos el recurso legal adecuado es un auto de *mandamus*. Una vez más, subrayó, no era éste el caso de que el poder judicial interfiriese con actos de discrecionalidad, actos políticos del ejecutivo o de su gabinete. Se estaba ante el caso del derecho de una persona que dependía del acto no político de un funcionario del ejecutivo.

Debido a lo anterior se llega a plantear una pregunta: ¿podía este auto de *mandamus* surgir de este tribunal? Marbury se había dirigido directamente al Tribunal Supremo porque la Ley del poder Judicial de 1789 había autorizado al Tribunal Supremo a emitir autos de *mandamus* autorizados por los principios y usos de la ley, a cualquiera de los tribunales nombrados o personas que desem-

peñaran cargos, bajo la autoridad de Estados Unidos. Dado que Madison, el secretario de Estado, era una persona "que desempeñaba un cargo bajo la autoridad de Estados Unidos", Marbury pensaba que el Tribunal Supremo podía dictar un auto de *mandamus*.

Este caso pretende enfrentar la constitución contra tribunales que de ello dependen y por lo cual fueron creados, lo cual socavaría las bases de un Estado. Marshall nunca hace nugatorio el derecho de los demandantes, antes por el contrario los acepta pero no acepta los mecanismos utilizados de acudir al tribunal supremo de coger como base medidas anteriores tomadas por este.

El abogado de Marbury, el anteriormente Fiscal General de Estados Unidos, Charles Lee, había sostenido que el Congreso podía dar al Tribunal

*jurisdicción original en otros casos además de los mencionados en la Constitución, citando incorrectamente para apoyar lo dicho un caso en el que un tribunal de circuito sostuvo que la jurisdicción original del Tribunal Supremo no era exclusiva, sino que podía ser conferida igualmente a tribunales federales inferiores por el Congreso.*⁷

Marshall sostuvo como contra argumento que la jurisdicción jurisdiccional original y la jurisdicción apelada no podían ser cambiada por el Congreso, ya que:

*Si el congreso podía alterar la división constitucional la disposición de la constitución quedaba sin sentido. De este modo, solo se podía haber emitido un auto de mandamus en este caso si fuera un ejercicio de jurisdicción apelada (ya que la jurisdicción original sólo existe cuando son partes un estado, o un embajador extranjero, o un ministro público o un cónsul, lo que ocurría en este caso). Como este caso no estaba dentro de los límites de la jurisdicción original del Tribunal, y por otro lado la ley del Congreso pretendía dar aquí poder al Tribunal, se había producido un conflicto entre la Constitución y la ley, la ley era anticonstitucional.*⁸

7 Wolf, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional* (traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel). España, Civitas, p. 118.

8 *Ibidem.*, p. 118.

Marshall pone un breve argumento para defender el poder del control judicial por parte del Tribunal, basado en que los tribunales pueden negarse a poner en vigor una ley inconstitucional, no sin considerar la anticipación de esta facultad de los jueces en El Federalista, aunque no en el texto explícito de la Constitución norteamericana, sino en ese fallo, y especialmente con su famoso voto sentó las bases de lo que se conoce como la facultad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas dictadas por órganos democráticos.

Como reseñamos, el juez Marshall afirmó en dicho caso que sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del poder judicial es la de decir lo que es el derecho. Entonces, cuando una ley está en conflicto con la constitución y ambas son aplicables a un caso, la corte debe determinar cuál de las dos normas en conflicto gobiernan el caso. Luego si los tribunales deben tener en cuenta la constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

En los Estados Unidos cualquier juez puede declarar una ley inconstitucional. Sin embargo, este poder sólo puede ser ejercido frente a casos o controversias. Un elemento fundamental del requisito de la existencia de un caso o controversia es que la cuestión de inconstitucionalidad se plantee en un litigio judicial. Más aún, el caso debe ser concreto y se requiere un daño a un interés inmediato y legítimo.

Desde la estructura lógica del razonamiento de Marshall se concluye que una ley contraria a la constitución no debe ser aplicada por el poder judicial. Dicho razonamiento parece plenamente válido, por lo que, si se reconoce la supremacía de la constitución de allí se sigue necesariamente el control judicial de constitucionalidad: los jueces no deben aplicar las normas contrarias a la constitución.

Por tanto la pregunta acerca de si es legítimo el hecho de que se le confíe a los jueces el ejercicio de la jurisdicción constitucional, ha suscitado grandes preocupaciones en la doctrina norteamericana, y precisamente es en relación con la cuestión del porqué un poder no democrático como el judicial, cuyos jueces no son elegidos directamente por el pueblo, sí tiene en cambio la potestad de controlar a los poderes que son elegidos por vía del sufragio, máxime cuando ésta no es una potestad que nace expresamente de la constitución.

Y es que este debate en los Estados Unidos encuentra una de las mejores defensas en El Federalista 78 en el cual Hamilton hace las mejores defensas de ese control.

1.2.3 "Detectado que es a los jueces a quienes les hemos confiado el ejercicio de la jurisdicción constitucional",⁹ lo dicho por Hamilton en El Federalista 78, no alcanza a darle tranquilidad a todos en lo relacionado con la legitimidad del sistema comentado, y una de las primeras objeciones que sufrió, a pocos años del caso Marbury vs. Madison, fue formulada por el juez Gibson de la Corte Suprema de Pensilvania en una disidencia en el caso Eakin vs. Raub en 1825. Al respecto dice Bianchi que:

Gibson admitía que Marshall tenía razón en cuanto que una ley inferior contraria a la constitución colisionaba con éste, pero objetaba principalmente el hecho de que fuera el Poder Judicial el encargado de ese control ya que la constitución no le asigna esa tarea. Las objeciones de Gibson continuaron hasta finales del siglo XIX con la fuerte embestida de Thayer, autor cuya doctrina ejerció enorme influencia en jueces como Holmes, Brandeis Frankfurter, promotor de la autorrestricción de los jueces (self-restraint), para quien el control judicial solo debía ejercerse frente a casos extremos en que se advertía un claro error.¹⁰

Existen numerosos autores que se han referido a este sistema y entre los que lo defienden y le dan mayor esfuerzo encontramos a Alexander Bickel, en *The least dangerous branch*,¹¹ obra publicada originalmente en 1962, en la cual Bickel señala el problema principal que el control judicial de constitucionalidad presenta, y es precisamente que se trata de un sistema que puede estar en contra de la voluntad de la mayoría del pueblo expresada en los actos legislativos, pero aun así, aun siendo como él lo llama una institución desviada (*deviant institution*) de la democracia norteamericana. No duda en considerar, luego de efectuar una amplia reseña de los ataques y defensas que la revisión judicial (*judicial review*) ha recibido y de destacar lo que considera las virtudes pasivas del Poder Judicial, que el sistema es compatible con la democracia, pues permite construir, interpretar y aplicar la constitución aun contra los deseos de una mayoría legislativa, sin que esta tenga posibilidades de afectar la decisión judicial adoptada.

9 Bianchi, Alberto B. *Control de Constitucionalidad*. Ábaco de Rodolfo de Palma. p. 95.

10 Bianchi, Alberto B. *Op. cit.* p. 100.

11 Cfr. Bianchi, Alberto B. *Op. cit.*, p. 102. Donde Bickel en *The least dangerous branch*. p. 35 toma a su vez el libro de Thayer, James Bradley. *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law*, 7, Harvard Law Review, 129 (1893).

Con relación a la legitimidad del control judicial, Bianchi sostiene que el poder existe, y que ya ha sido ejercido, que se llevan muchos años viviendo bajo este sistema, y no se ha hallado aun alguno que lo reemplace, que no cree que ninguno de los argumentos dados sea, por sí solo, suficiente para demostrar la validez o legalidad del sistema. Tampoco quizá, todos reunidos, satisfagan a sus oponentes. Siempre habrá cuestionamientos. Y a ellos debemos oponer inmediatamente una pregunta, ¿qué otro sistema es mejor?, o tal vez, ¿qué otro órgano del gobierno deberá encargarse de esa tarea?

Afirma dicho autor que las objeciones principales al sistema de control judicial son dos: a) no está expresamente contemplado en la Constitución y b) es antidemocrático que un pequeño grupo de personas no elegidas popularmente decida si las leyes hechas por un gran número de personas (el congreso) son válidas. Y agrega que en el primer aspecto la respuesta está dada desde los poderes implícitos, y en el segundo, que si fuera cierto que el control judicial es antidemocrático, solo el Congreso podría tener el control sobre sus propios actos, ya que ningún órgano de gobierno es, supuesta y formalmente, más democrático que él, en la medida que tiene base representativa, es colegiado y anidan en su seno, merced al sistema de representación proporcional, casi todas las corrientes políticas que poseen un caudal electoral mínimo.¹²

De tal modo que afirmar que el control del congreso por el propio congreso sería válido, es un absurdo, pues sabemos bien que una de las reglas esenciales del control es que controlante y controlado no sean la misma persona u órgano.

1.2.4 Otro precedente para que el sistema comentado surgiera, se relaciona con algunos factores que no se pueden desconocer, porque gracias a ellos comprendemos de mejor manera lo que conlleva el mismo. Es precisamente Mauro Cappelletti¹³ quien sostiene que uno de los factores que favorecieron directamente el nacimiento y el desarrollo del sistema norteamericano de la Judicial Review y en consecuencia de la que ha sido llamada la "astucia de la historia", ha sido precisamente el opuesto radicalmente sistema inglés de la absoluta supremacía del Parlamento respecto a los otros poderes, y por consiguiente también respecto al poder judicial; paradójicamente, la supremacía del Parlamento en Inglaterra favoreció entonces el nacimiento de la llamada "supremacía de los jueces" en los Estados Unidos de América.

12 Bianchi *Op. cit.*, p. 38.

13 En lo sucesivo tomaremos las citas de Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1987. p. 42.

En el siglo XVII la tradición jurídica inglesa, de cuatro siglos, de la que en la primera mitad del seiscientos fue gran teórico y defensor Sir Edward Coke (muerto en 1634), era en el sentido de que la ley no fuese creada, sino solamente certificada o declarada por la voluntad del soberano. La *Common Law*, en suma, ley fundamental y prevaleciente respecto a la *Statutory Law*, podía ser completada por el legislador, pero no ser violada por él: de donde el derecho estaba sustraído, en gran parte, a las intervenciones del legislador, sobre la base de esta tradición se fundó, precisamente, la doctrina de Edward Coke sobre la autoridad del juez como arbitro entre el juez y la nación, doctrina precisada por él, especialmente con ocasión de la lucha entre James I. Stuart contra el rey que afirmaba estar "dotado de razón al igual que los jueces, sus "delegados", y consecuentemente pretendía poder ejercitar personalmente el poder judicial, Coke respondía que solamente los jueces podían ejercitar aquel poder, estando adoctrinados en la difícil ciencia del derecho "Whaich requieres long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it". Y contra el parlamento, él afirmaba por otro lado "la tradicional supremacía de la *Common Law* sobre la autoridad del parlamento".¹⁴

En suma, quien debía garantizar la supremacía del *Common Law* contra las arbitrariedades del soberano por un lado y del parlamento por el otro, reside, según Coke, en un control que debía estar en manos de los jueces.

La doctrina de Lord Coke, entendida como instrumento de lucha ya sea contra el absolutismo del rey, ya sea contra el del Parlamento, ha prevalecido en Inglaterra por algunos decenios, y no solamente en Inglaterra, sino también en las colonias inglesas de América, donde en efecto fue afirmada en muchas ocasiones por los Tribunales. Tal doctrina, empero, fue trastornada en Inglaterra con la revolución de 1688, por la cual fue proclamada en cambio la doctrina contraria, todavía hoy válida en aquel país de la supremacía del parlamento. Pero de la doctrina de Coke quedaron los frutos sin embargo, por lo menos en América, tales frutos hoy se llaman judicial review y supremacía del poder judicial, "supremacy of the judiciary".¹⁵

Como pone de relieve James Grant, citado por Cappelletti, según la ley inglesa toda corporación, sea ésta una compañía comercial privada o una municipalidad, "puede hacer solamente aquellas cosas que le autoriza su carta o constitución propia",¹⁶ de ahí deriva la importante consecuencia de que "los

14 Cappelletti, Mauro. *Op. cit.*, p. 42-43.

15 *Ibidem.*, p. 55.

16 *Ibidem.*, p. 50.

reglamentos" (o reglas secundarias) que van más allá de la autoridad a esta corporación concedida son nulos y no pueden ser puestos en vigor por los tribunales.

Muchas entre las colonias inglesas de América ("plantations") fueron constituidas inicialmente como compañías comerciales precisamente; y de cualquier modo, la mayor parte de las colonias fueron regidas por "cartas o estatutos de la corona".¹⁷

Estas «cartas» pueden ser consideradas como las primeras constituciones de las colonias, ya sea porque eran vinculantes para la legislación colonial, y porque regulaban las estructuras jurídicas fundamentales de las colonias mismas. Ahora bien, tales constituciones disponían expresamente que las colonias podrían aprobar sus propias leyes, pero con la condición sin embargo, de que estas leyes fuesen «razonables» y de cualquier modo «no contrarias a las leyes del Reino de Inglaterra, y en consecuencia, evidentemente no contrarias a la voluntad suprema del Parlamento inglés. Y fue entonces propiamente con la fuerza de esta supremacía de la ley inglesa, la cual evidentemente sonaba al unísono con la doctrina de la "Supremacy of the English paliament" que en numerosos casos (algunos de los cuales hechos famosos, el privacy council del rey) decidió que las leyes coloniales deberían ser aplicadas por los jueces de las Colonias solo si ellas no estuvieran en contraste con las leyes del Reino.¹⁸

De esta manera se explica cómo jamás el principio de la supremacía del Parlamento, y por consiguiente de la supremacía de la ley positiva que se impuso en Inglaterra a partir de la revolución de 1688, había terminado por no concluir, en América, al mismo resultado al que condujo, por el contrario en Inglaterra: o sea al resultado de sustraer las leyes al control de validez por parte de los jueces, aquel control que había estado por el contrario augurado y que, al menos por algunos decenios, había sido realizado por la doctrina de Lord Coke.

En 1776 las colonias inglesas de América proclamaron su independencia de Inglaterra, y sustituyeron las viejas cartas coloniales por las nuevas Constituciones, entendidas como las leyes fundamentales de los nuevos Estados independientes, y se afirmó la nulidad y la no aplicabilidad, con mucha razón, de las leyes contrarias a las nuevas y victoriosas cartas constitucionales de los estados independientes.

17 *Ibidem.*, p. 50.

18 Cfr. *Ibidem.*, p. 56.

1.3 REGLAS DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Con lo afirmado por Alberto B. Bianchi en el ya citado libro *El Control de Constitucionalidad* se pueden considerar apreciaciones que nos llevan a comprender y dar cuenta que existen ciertas reglas procesales y de fondo que han sido elaboradas por la jurisprudencia y que, en definitiva, son más y mejor respetadas que si estuvieran por escrito, porque no existe ley o reglamento que diga cómo y en qué forma debe ser ejercido el control de constitucionalidad. Por ello en este aparte expondré de la mano del autor en qué consisten las reglas clásicas del ejercicio de dicho control.

Alberto B. Bianchi dice con relación a las reglas que rigen en el sistema actual de los Estados Unidos que son básicamente cuatro y según las sistematizaciones de autores como Martín H. Redish y Erwin Chemerinsky, se denominan Standing, Ripeness, Mootnes y Political questions. Pero hay que aclarar que se trata de un valor aceptado y que los Tribunales no pueden omitir opiniones o dictámenes —*advisory opinions*— lo decidido debe ser siempre en un litigio actual. Dichas reglas son:

1.3.1. "STANDING TO SUE" (LEGITIMIDAD)

Es la legitimación procesal de una persona para estar en juicio.

Bianchi refiere que hay varias razones que tienen que ver con la importancia de esta doctrina del Standing, entre ellas tenemos, que resulta indispensable para mantener la división de poderes, pues, sin ella la tarea de los Tribunales no sería propiamente judicial, también se considera que evita que se expandan innecesariamente los procesos judiciales cuando sólo se busca en ellos un resultado o efecto ideológico. Además, permite mejorar los fallos, asegurando que ante el Tribunal se debate una controversia y siempre está presente quien tiene un interés real y directo en la misma para litigar. Permite que los que litigan sean efectivamente los titulares de los derechos invocados por tanto no se presentan ante los tribunales testaferreros officiosos.¹⁹

Ha dicho la Corte estadounidense que Los Tribunales no deben decidir innecesariamente sobre derechos cuando los titulares de los mismos no lo requieran.

Y ha establecido que son tres los requisitos exigidos para determinar que una persona posea *standing*:

19 Cfr. Bianchi. *Op. cit.*, p. 135.

— La parte debe alegar que ha sufrido o sufrirá en forma inminente un daño agravio (injury).

— El demandante debe alegar que el daño es consecuencia de la conducta del demandado, es decir, debe darse una relación de causalidad (causation) entre ambos.

— El actor debe alegar que una decisión favorable del Tribunal puede remediar (*redress*) el daño ocasionado.²⁰

Además de estos requisitos dice Chemerinsky, citado por Bianchi que: "La Corte ha entendido que existen otros tres, que si bien no poseen rango constitucional, lo que permite que una ley los derogue, han nacido sin embargo de una prudente administración de justicia" y ellos son:

— Nadie puede reclamar el derecho de un tercero que no esta en juicio (*third-party standing*).

— No puede accionar quien lo hace como simple ciudadano o contribuyente que reclama por un perjuicio general que otros muchos soportan de igual manera (general grievances).

— El actor debe demostrar que se encuentra dentro de la zona de intereses protegida por la ley en cuestión.²¹

1.3.2. RIPENESS (OPORTUNIDAD)

Se entiende por *ripeness* el momento en que el control de constitucionalidad es oportuno. Mientras el *standing* determina quién esta habilitado para litigar. El *ripeness* determina cuándo ese tipo de litigio puede ser llevado a cabo. Esta doctrina lo que pretende fundamentalmente es separar aquellas demandas que son prematuras, pues el agravio es especulativo y tal vez nunca llegue a tener lugar, de aquellos casos que son apropiados para la revisión por parte de los tribunales. De todos modos, aun cuando teóricamente la distinción entre ambas categorías es fácil de detectar, las mismas se confunden en la práctica.

De acuerdo con las normas establecidas en las cortes norteamericanas, para determinar si un caso ha llegado a tener el *ripeness* exigido para promover control constitucional, deben ser analizados tanto el daño alegado —*hardship*— como la aptitud o idoneidad —*fitness*— de la demanda. Frente al primero, cuanto

20 *Ibidem.*, p. 135.

21 *Ibidem.*, p. 135.

más actual y sustancial sea el agravio del actor, más posibilidades tendrá de que sea ejercido control de constitucionalidad. En cuanto a lo segundo, se considera que un caso es idóneo para el control cuanto menos depende de una situación fáctica en concreto, para ser determinante, es decir, cuanto más puro legalmente se presenta.

1.3.3 MOOTNESS (CASOS ABSTRACTOS)

El tercer requisito es que el caso no sea abstracto, y se refiere a una condición del mismo que puede aparecer luego de entablada aquella. La Corte Norteamericana ha dicho que la doctrina de los casos abstractos —*mootness*— es la doctrina del *standing* en el marco temporal. El requisito del interés personal que debe existir al comienzo del pleito —*standing*— debe subsistir a lo largo de toda su existencia —*mootness*.

Bianchi nos dice que son muchas las formas en que un caso puede convertirse en abstracto; por ejemplo, si un procesado muere durante el proceso o si, dentro de una demanda civil de carácter personal muere el actor. También se torna abstracto el caso en el cual la ley impugnada como constitucional es derogada. Se trata, en definitiva, de una aplicación de la doctrina según la cual los Tribunales no pueden dar opiniones o consejos.

Hay en la doctrina de la Corte norteamericana excepciones, con relación a los casos abstractos veámoslas:

a. Cuando existen daños colaterales que el demandante pueda sufrir una vez desaparecido el agravio principal. b. cuando el agravio o daño es de muy corta duración y generalmente ha cesado cuando llega a la sentencia, para que esta excepción pueda darse deben estar reunidos dos requisitos, el primero, que el caso puede repetirse en cualquier momento, y el segundo, que la duración del daño producido sea tan breve que se convierta en abstracto antes de que se obtenga el control judicial. c. Cuando el demandado voluntariamente se allana a la demanda pero puede incurrir en la misma conducta en cualquier momento, y d. cuando se dan las llamadas «acciones de clase» (class actions), es decir aquellas que pueden involucrar un grupo innominado de individuos. En este caso, aun

cuando el caso sea abstracto al momento en que uno de ellos obtenga sentencia, existe interés en resolver el caso.²²

Este aspecto se tipifica en el caso *Roe vs. Wade* sobre legalidad del aborto. Una mujer soltera embarazada solicitó la declaración de inconstitucionalidad de una ley que prohibía el aborto. Al momento en que la Corte falló, el período de embarazo había terminado, sin embargo el caso no fue declarado abstracto.

1.3.4. REMISIÓN (CUESTIONES POLÍTICAS)

En este requisito que se exige para el ejercicio del control constitucional se refiere a que la acción no involucre una de las llamadas «cuestiones políticas», y es evidente que, según la dimensión cualitativa y cuantitativa que adquieran las cuestiones políticas, existirá o no una amenaza al estado de derecho. Pero no se nos olvide que tan peligroso es para el estado de derecho un poder judicial acorralado, temeroso o complaciente, como el gobierno de los jueces activistas, que arrojan funciones que no les competen. Y depende el equilibrio de la prudencia con que la Corte Suprema lo maneje.

1.4 ESTUDIO COMPARATIVO

Tomando lo dicho por Gabriel Bouzat, en su escrito “El control constitucional”²³ que consiste en un estudio comparativo en el que encontramos que es fundamental considerar algunos aspectos que han dado pie a mirar los sistemas americano y francés, y de esta manera comprender la importancia de ambos y la forma como se presenta en cada sistema.

Se muestra que la adopción de modelos tan disímiles de control constitucional como son la manifestación de la existencia de dos tradiciones constitucionales diferentes, que responden a diversas causas, entre las que se destacan: el diferente grado de desarrollo de la tradición de estado (grado de estatidad), la influencia del sistema del *Common Law* en los Estados Unidos y de la recepción del derecho romano en Europa continental, y las distintas concepciones de la democracia que subyacen a las constituciones americana y francesa.

Otras causas menos significativas son las características que adquirió la enseñanza del derecho en Europa continental desde el surgimiento de las prime-

22 Bianchi. *Op. cit.*, p. 144.

23 Bouzat, Gabriel. *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ras universidades y la distinta influencia ejercida por el derecho canónico en los sistemas jurídicos del mundo anglosajón y continental europeo.

Ambos sistemas jurídicos poseen una constitución escrita a la que consideran ley suprema frente a la cual establecieron instituciones diferentes para controlar la supremacía constitucional.

Enunciaré la diferencia que hace Gabriel Bouzat²⁴ entre el sistema Francés y el de los Estados Unidos:

— Con relación a la forma de concebir las funciones del poder judicial.

El sistema francés es centralizado: sólo la corte constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una ley: sin conexión alguna con una causa judicial.

En los Estados Unidos: cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, y cualquier ciudadano que sea parte en una controversia judicial está facultado para solicitar la inconstitucionalidad de una ley.

— Frente al carácter político o judicial del control de constitucionalidad dice entre los dos sistemas francés y el de los Estados Unidos:

En el sistema francés: El carácter político esta determinado tanto por la forma como son elegidos los miembros del consejo constitucional, como por el grado de independencia con el que actúan.

Los miembros del consejo son elegidos por un período limitado de tiempo y por un procedimiento que tiende a asegurar la representación de todos los grupos políticos mayoritarios en proporción a su representación legislativa.

A pesar de que los miembros deben ser juristas no se espera que actúen con total independencia.

La existencia de afinidades políticas entre miembros del consejo y miembros del gobierno y del poder legislativo es aceptada.

En el sistema de los Estados Unidos: Los jueces son designados de forma tal de asegurar su independencia. Es aceptada la existencia de afinidades políticas entre miembros de las cortes y miembros del gobierno y del poder legislativo.

— Con relación a la tradición de estado y el control constitucional, encontramos que en este tema las causas que motivaron la adopción de diferentes

sistemas de control constitucional tienen que ver con el grado de desarrollo del estado en Europa continental y en los Estados Unidos.

En los países con fuerte tradición, en los que el Estado aparece como una entidad impersonal, distinta del gobierno y del pueblo, con una autoridad fundada en la creencia en la racionalidad de la ley y corporizada en una estructura burocrática, el derecho se convierte en un instrumento de gobierno que es aplicado a la población uniformemente. En estos países el derecho adquiere un carácter "racional" y sistemático que se manifiesta a través de la codificación. Este carácter racional, genera una preferencia por los problemas lógicos que por la experiencia histórica, y conlleva una estricta jerarquía de fuentes del derecho con preeminencia de la legislación, a la que se la considera completa, clara y consistente.

Esta concepción del derecho genera un profundo descreimiento en el activismo judicial y considera que la justicia sólo puede ser obtenida a través de la aplicación estricta del derecho escrito. Es por eso que la ciencia jurídica en el continente europeo dirige su atención a la articulación del pensamiento jurídico de una manera rigurosa, y teniendo en cuenta lo dicho por Llewellyn, con relación a que la aplicación del derecho pueda ser, al pie de la letra una cuestión de mera aplicación y que la tarea interpretativa no hace más que determinar el sentido de una norma general para aplicarlo a un caso particular.

La tradición fuerte de estado está relacionada con actitudes particulares con relación a la autoridad y al poder que generan la creencia de que existe una única fuente de autoridad pública. En Francia después de la Revolución, se consideraba que la Asamblea Nacional era la única fuente de autoridad pública. Esta creencia determinaba que el poder judicial adquiriera un estilo "objetivo" y ascético y una forma de razonamiento deductivo que se apoyaba en la teoría que cada decisión no es más que la lógica interpretación del texto legal.

En cambio en los países donde la tradición estatal no es muy fuerte, en los que el proceso de centralización política y racionalización jurídica se desarrolló en mucha menor medida. Y debido al pluralismo de fuentes de autoridad y a la difusión del poder, en lugar de la idea de una soberanía centralizada en un órgano que legitima toda la autoridad pública, se consideró, en Gran Bretaña en los siglos XVI y XVII y en Norteamérica desde el período colonial, que toda la autoridad se derivaba del derecho. Esta idea de soberanía del derecho permitió la existencia de múltiples autoridades porque ningún órgano podía considerarse la única fuente de autoridad. Debemos recordar que al derecho no se le

24 Bouzat, Gabriel. pp. 70-73.

entendía como una emanación del Estado sino como un conjunto de preceptos que eran descubiertos y reconocidos por los jueces.

A pesar de la diferencia en el grado de desarrollo de la tradición estatal no explica por sí sola el surgimiento de diferentes sistemas de control constitucional, contribuye a entender la cuestión.

Además, para Bouzat,²⁵ el grado de desarrollo estatal determina el grado de centralización del poder que generó, en Europa continental, la estatización del derecho y la aceptación de una única fuente del derecho —el poder legislativo—, y en América, la existencia de varias fuentes, principalmente la jurisprudencia de los tribunales. En segundo lugar, determina los rasgos fundamentales de la función judicial. Como se explicó anteriormente, en las sociedades con una fuerte tradición estatal los jueces cumplen una función básicamente mecánica. En cambio en las sociedades anglosajonas los jueces tienen un papel muy activo y creativo que no se limita a la mera aplicación de la ley.

Tomando en cuenta tanto la centralización del poder como el papel asignado a los jueces, en Francia es posible discernir algunos de los motivos por los que el control constitucional no está en manos de los jueces. Ello atentaría contra la centralización del poder y con la creencia de que la ley es la principal fuente de derecho. En cambio la descentralización del poder y el papel fundamental que los jueces cumplen en el sistema americano, contribuyen a explicar la facultad de los jueces de los Estados Unidos de declarar la inconstitucionalidad de las decisiones del estadounidense poder legislativo. Como el poder se encuentra descentralizado, y el derecho es básicamente un producto de la actividad judicial, la invalidación de una ley por razones de constitucionalidad es aceptada sin mayores conflictos.

Se afirma por el autor²⁶ que debido a que hay dos concepciones diferentes sobre la democracia las que subyacen a las constituciones francesa y estadounidense, y que las diferencias que existen entre esas concepciones contribuyen a explicar las marcadas diferencias en la estructura de los sistemas de separación de poderes que determinaron el establecimiento del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos y su rechazo en Francia.

25 Seguiremos a Gabriel, Bouzat, *Op. cit.*, pp. 80-81.

26 *Op. cit.*, p. 83.

Hay un punto importante que considerar y es que Rousseau y El Federalista concibieron de una manera diferente la forma de organización política que se debía adoptar para lograr el "bien común". Esta distinta concepción sobre la organización política repercutió directamente en la estructura de los sistemas de separación de poderes de Francia y los Estados Unidos. Esto es, las deferencias en torno a la concepción de la democracia determinaron una diferente organización constitucional de las instituciones democráticas.

La distinta manera en que organizan los sistemas jurídicos se manifiesta —principalmente— en las funciones y las formas de actuar de las instituciones básicas de ese orden jurídico. En lo que nos concierne, en los alcances y las funciones del poder judicial con relación al problema del control constitucional.²⁷

2. CONTROL CONSTITUCIONAL

2.1. FUNDAMENTOS, RAZONES JURÍDICAS Y POLÍTICA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

Dentro del estudio del control constitucional es de gran interés considerar diversos temas que dan cuenta del estado de cosas que este asunto conlleva, porque no es solamente una definición acerca de lo que es en sí el control constitucional, sino que son múltiples conceptos y circunstancias sociales, políticas y económicas que nos permiten entender el porqué de la necesidad o no de un control constitucional, y no olvidar que la forma de asumirlo es el resultado de un proceso histórico de vital importancia en cada Estado.

Afrontar así mismo el tema de los fundamentos del valor normativo de la Constitución; la Constitución como norma jurídica; y en especial, el tema relacionado con el control constitucional desde la perspectiva de los Estados Unidos de América, con la finalidad de conocer cómo ese país ha sostenido durante tanto tiempo un sistema que difiere de los demás, que muestra un concepto diferente al que se tiene y se ha tenido en la Europa Continental, la que ha sido en parte nuestro modelo en la forma como hemos asumido no solo este aspecto, sino en general el derecho, sin negar que nuestro país ha tenido su manera también peculiar y a veces muy avanzada de ver el estado de cosas que quiero tratar.

27 *Ibidem.*, p. 83.

Hay cuatro aspectos que considero fundamentales, con relación al control de constitucionalidad con los que mostraré lo relacionado con la constitución y sus transformaciones en lo que corresponde a la ley, al estado constitucional, y al control judicial en sí, en los Estados Unidos de Norteamérica, para analizar si se ha transformado en una simple variante del poder legislativo, o no. Se recurre en este estudio a preguntarnos cuál es el significado de la constitución de los Estados Unidos y cuál es la importancia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Con estos aspectos quiero darle la importancia que tiene la supremacía constitucional, no solo en los Estados Unidos sino en los lugares donde se ha considerado este valor, admitiendo que Colombia hace parte de ese importante grupo.

2.2. LA CONSTITUCIÓN Y SUS TRANSFORMACIONES EN LO QUE ES HOY EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Para dar cuenta de los elementos relativos a la constitución y sus transformaciones en lo que es hoy el "Estado Constitucional" que se ha venido construyendo en Europa, y la manera como se ha mirado en América; seguiré a Gustavo Zagrebelsky²⁸ quien considera que aquel que examine el derecho de nuestro tiempo seguramente no conseguirá descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de Derecho legislativo. Y que es importante la transformación de lo que es hoy el Estado Constitucional porque ella debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración.

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del "Estado constitucional". La novedad que la misma contiene es capital y afecta la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.

De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de Derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a

28 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. 3ª. ed. (traducción Marina Gascón). Madrid, Trotta, 1999.

excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma mas completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de Derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de Derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.

El derecho constitucional europeo contemporáneo reconoce a los individuos un "patrimonio de derechos", originario, independiente y protegido frente a la ley. En este punto se separa de la concepción revolucionaria francesa y se aproxima a la tradición constitucional norteamericana.

El autor al tratar el tema acerca de cómo se llega en los Estados Unidos concretamente en la Declaration of Rights de Virginia de 1776 a hablarse de los derechos como "basis an foundation of government" considera que debe tomarse lo que se dijo en la Declaración de Independencia de ese país en ese mismo año, veamos: "[...] these truth to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men."²⁹

Y concluye que con esta visión dada por el sistema de los Estados Unidos de América se producía una auténtica "revolución copernicana", un cambio "de época" en el modo tradicional de entender las relaciones entre el Estado y los individuos, el cual consiste en la inversión de las relaciones usuales y en la fundamentación del primero sobre los derechos de los segundos, y no viceversa, como había hecho toda la tradición del derecho público europeo, tradición que la Revolución francesa no había abandonado, sino que se había limitado a renovar sustituyendo el mandato monárquico por la ley.

En las Declaraciones americanas la característica principal es la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho

29 *Op. cit.*, p. 54. "[...] debe tenerse como evidente la verdad de que todos los hombres han sido creados iguales, que todos han sido dotados por su Creador de ciertos Derechos inalienables, entre los cuales están la Vida, la Libertad, y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos, han sido instituidos los gobiernos entre los hombres". Traducción personal de la autora.

que pueda establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantener inalterable y protegido de todas las posibles amenazas, externas como las del Parlamento inglés e internas como las que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente.³⁰

La diferencia entre las normas contenidas en el Art. 5 de la Declaración francesa de 1789 y en la IX Enmienda de la Constitución Estadunidense, ambas relacionadas con la configuración de la posición de los individuos en las situaciones no reguladas por el derecho, así para la francesa existe la libertad de hecho, mientras la ley no despliegue su capacidad reguladora, y para la americana existen auténticos derechos que excluyen restricciones legislativas y regulaciones administrativas.

Es que también las circunstancias históricas inciden, ya que en la declaración norteamericana los derechos se consideraban no una obra del legislador, sino una realidad para preservar de los riesgos que habrían podido surgir si se hubiese adoptado una cláusula como la *sovereignty of the Parliament* o el *rule of law* inglés, tal y como se venía configurando al final del siglo XVIII, los derechos eran la garantía del *statu quo* y podían concebirse esencialmente como una pretensión de abstención, es decir, como una limitación a la ley.³¹

Para la concepción americana los derechos son anteriores tanto a la Constitución como al gobierno (o al Estado). Y teniendo en cuenta lo argumentado en el federalista de ascendencia lockeana (derechos naturales de los ciudadanos, soberanía popular, delegación en los gobernantes del poder necesario para la protección del derecho), las cartas constitucionales eran el acto mediante el cual el pueblo soberano delegaba libremente en los gobernantes. El poder de estos se basaba en esa delegación y debía permanecer dentro de los límites marcados por ella, más allá de los cuales se produciría la absoluta nulidad de sus actos, vemos lo que al respecto se dice en el Federalista número 78.

No hay proposición que apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres

30 Cfr. *Op. cit.*, p. 54.

31 Cfr. *Ibidem.*, p. 55.

que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no solo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben.³²

Además, en los Estados Unidos los derechos, por cuanto patrimonio subjetivo independiente, constituían a los individuos en sujetos activos originarios y soberanos y de este modo hacían posible el acto de delegación constitucional, fundando el *Government* y, en él, el poder legislativo. "La ley, cabe decir, derivaba de los derechos, justamente lo contrario de lo que sucedía en Francia, donde eran los derechos los que derivaban de la ley. En Francia la soberanía de la ley y en Los Estados Unidos la soberanía de los derechos".³³

De ahí las dos concepciones absolutas opuestas, la de los derechos en los Estados Unidos y la de la ley en Francia, por ello el autor considera que deben ceder el paso a concepciones que permitan un equilibrio entre las exigencias de los derechos y las de la ley o, dicho de otro modo, entre el poder de los jueces y el del legislador. Derivándose de ello, una solución de equilibrio: la coexistencia de dos vertientes del derecho igualmente esenciales, una vertiente "subjetiva", exenta de las incursiones de la política, y una vertiente "objetiva", en la que las decisiones políticas tienen que desempeñar legítimamente su papel, afirmando el autor que uno de los logros del derecho de nuestro siglo consiste, en cambio, en haber establecido las condiciones para poder realizar ese equilibrio.

La lógica del sistema norteamericano se sitúa como vemos en forma contraria a la del sistema asumido en Francia, ya que aquel se desarrolló desde el principio sobre la base de las exigencias de tutela judicial inmediata de los derechos fundados en la Constitución. La tutela de estos derechos, y no otra cosa, constituye la razón esencial de este sistema de justicia constitucional, en el que el control de la ley, al menos desde el punto de vista conceptual, tiene lugar *per incidens* en procedimientos judiciales sobre controversias que afectan de manera concreta los derechos de las partes y en los que las razones del legislador no encuentran ningún espacio de defensa autónoma.

Al contrario que en Francia, el estilo de la ciencia del derecho se basa en la apreciación de las razones de los derechos tal y como aparecen reflejados en los casos concretos, según un método casuístico que no se deja atrapar por las pretensiones "planificadoras" generales y abstractas del derecho europeo. Más

32 Citado por Zagrebelsky. *Op. cit.*, p. 55.

33 *Ibidem.*, p. 55.

que al servicio del derecho objetivo, la ciencia del derecho se pone al servicio de los derechos subjetivos.

2.3. EL CONTROL CONSTITUCIONAL-CONTROL JUDICIAL

El control constitucional en los Estados Unidos se ha definido como un Control Judicial, que ha sufrido un cambio, porque lo que fue un poder eminentemente judicial, esencialmente distinto del poder legislativo, se ha transformado en una simple variante del poder legislativo, así lo plantea Christopher Wolf: "En verdad, no sería exagerado afirmar que la aparición del derecho constitucional hecha por el juez ha sido la característica más llamativa de nuestros tribunales federales desde finales del siglo pasado".³⁴

Vemos desde esta perspectiva los amplios cambios generales en el control judicial en los Estados Unidos y que se pueden dividir en tres etapas, al respecto me referiré a cada una de ellas.

2.3.1. La primera, la era tradicional de la interpretación constitucional norteamericana y del control judicial, que abarca desde la Constitución de 1789 hasta finales del siglo XIX (...1890). Esta era se caracterizó por la presunción de que la Constitución era inteligible —tenía un contenido real, o verdadero, que podía percibirse si se la leía adecuadamente— y sustantiva, establecía principios tan claros y definidos que podían aplicarse como reglas de derecho y no se limitaba a proclamar vagas generalidades.³⁵

El control judicial consistía simplemente en establecer la supremacía de la regla constitucional sobre cualquier acto legislativo o ejecutivo que pudiese oponerse a ella. El concepto del poder judicial al estar más estrechamente vinculado a una interpretación equitativa del documento y en el que actuaban con las limitaciones impuestas por una opinión republicana para la que era impensable la idea misma de una forma "legislativa" de control judicial.

2.3.2. La segunda etapa del control judicial, se presenta a finales del siglo XIX, en la cual se produjo un cambio en su práctica, según C. Wolf

Poco después de la guerra civil empezaron a surgir disidencias que reflejaban una opinión cada vez más extendida en los miembros de la profesión legal, la cual poco a poco se infiltró en las decisiones

34 Wolf, Christopher "La transformación de la interpretación constitucional" (traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel). España, Civitas. p. 15.

35 *Ibidem.*, p. 15.

*del Tribunal. Esta opinión transformó el control judicial en una defensa no tanto de la constitución cuanto del derecho natural (o, para ser más precisos, de los derechos naturales), y sobre todo del derecho de propiedad.*³⁶

Desde este punto de vista el control judicial no podía ya defenderse como la ejecución judicial de la voluntad popular o democrática encarnada en la constitución; es decir que, en los términos empleados por Hamilton en el *Federalista* número 78, se pasó del "juicio" a la "voluntad" judicial.

La Corte Suprema, con apoyo de la profesión legal, adoptó una interpretación peculiar, la del *laissez-faire* capitalista, de los derechos de propiedad garantizados por el derecho natural. Con base en esta filosofía política, impidió los intentos de regular la vida económica en el período de 1890 a 1937.

Para ilustrar el caso se cita lo que ha considerado el autor en este fundamental aspecto de los cambios producidos en el control judicial de los Estados Unidos, concretamente lo siguiente: "el ejemplo clásico de los casos de esta etapa, el de *Lochner vs. New York*.

El Estado de Nueva York prohibió las jornadas de trabajo de más de diez horas diarias o sesenta semanales en las panaderías. El Tribunal admitió el poder estatal para regular las materias relativas a la salud, la seguridad, y las buenas costumbres, pero también consideró que ese poder había de restringirse, ya que de lo contrario "los legisladores estatales tendrían un poder sin límites". La cuestión radicaba en saber si aquel ejercicio del poder estatal interfería irrazonablemente con la "libertad de contrato" —la libertad del empleador de adquirir y la de los trabajadores de vender trabajo en términos recíprocamente aceptables.

El Tribunal consideró que la ley cuestionada dificultaba de forma inadmisiblemente aquella libertad y la derogó. En realidad, desde ese punto de vista, el Tribunal podía derogar cualquier ley que, en su opinión, regulase "en exceso" la actividad económica. Un poder semejante parece más una cuestión de voluntad —legislación en los términos del *Federalista*— que de juicio, decisión ponderada o "interpretación".³⁷

Se dieron diversos aspectos que opacaron el cambio en el control judicial, veamos:

36 *Ibidem.*, p. 16.

37 *Ibidem.*, p. 17.

En primer lugar, esta evolución se vinculó formalmente a la Constitución como una "interpretación" judicial de las cláusulas de proceso debido de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta. En segundo lugar, durante la primera etapa habían aparecido ya ciertas doctrinas —al margen de la opinión mayoritaria— que ofrecían una base plausible para afirmar la existencia de una aparente continuidad. En el tercer lugar, los fundadores destacaban, en realidad, la importancia del derecho de propiedad en la filosofía política, lo que facilitaba el recurso a este derecho —y a la Constitución— para defender el nuevo camino que emprendía el Tribunal.³⁸

2.3.3 En cuarto lugar, se sitúa una lucha de viejas y nuevas ideas jurídicas vinculada a los factores mencionados. Para finales del siglo XIX apareció una escuela de pensamiento jurídico conocida como "realismo jurídico", que afirmaba que toda la actividad judicial es en si misma legislativa, que en su versión más típica se vincula con el positivismo jurídico, cuyo postulado esencia es que todo el derecho se "hace" (como mandato de la voluntad" y no se "descubre" (mediante la razón a través del derecho natural).

El autor citado considera que los realistas y los positivistas atacaron el Tribunal por su jurisprudencia del *laissez-faire*, arguyendo que estaba "haciendo" derecho, dado que los derechos de propiedad eran resultado de la voluntad judicial y que esta prevalecía simultáneamente sobre el derecho natural y sobre la Constitución.

Los defensores del Tribunal del *laissez-faire* alegaban que los derechos de propiedad protegidos judicialmente aparecían en el derecho natural y estaban protegidos por la Constitución, lejos de ser una construcción de los jueces. Desde el punto de vista de la era tradicional, cada bando tenía parte de la razón.

Nadie puso en duda que en 1937 se hubiera producido un cambio fundamental y en los años inmediatamente anteriores al citado, la Corte Suprema utilizó la cláusula del debido proceso y la cláusula de comercio para acabar con una parte importante de la legislación estatal y, lo que es más pertinente con partes significativas del New Deal.

Posterior a 1937 la interpretación constitucional y el control judicial fueron muy importantes en otros aspectos, ya que reflejaban el triunfo de una interpre-

38 *Ibidem.*, p. 18.

tación moderna del poder judicial como fundamentalmente legislativo. Este punto de vista resultaba sobre todo del análisis del derecho común, ámbito en el cual los jueces resuelven los casos basándose en precedentes judiciales, en ausencia de legislación.

También en este terreno parece existir un importante componente "legislativo" de la actividad judicial, puesto que los jueces modificaban las reglas de los precedentes a la luz de nuevas situaciones y experiencia, pero los autores modernos continuaron utilizando la analogía del derecho común como base para la interpretación del derecho constitucional, legitimando así la legislación judicial no sólo a falta de legislación aplicable, sino incluso cuando se superponía a ella.

Por ello el autor dice que dado el predominio de este concepto del poder judicial, la reaparición del activismo judicial, tras la deferencia de la etapa posterior a 1937, parece haber sido inevitable. Y el moderno tribunal de los Estados Unidos empezó afirmando su poder sobre todo en los casos de libertad de expresión y libertad religiosa.

Esta evolución del poder judicial en Estados Unidos desde finales del siglo XIX no era inevitable, y a pesar de que muchas democracias contemporáneas tienen poderes judiciales fuertes e independientes, no disfrutaban de un poder de decisión tan amplio como el de los tribunales federales estadounidenses.

Además en la mayor parte de los países donde existe el control judicial, éste se ve muy limitado en cuanto a su alcance. Y en Estados Unidos ha adquirido esa gran dimensión debido a la existencia del control judicial desde el comienzo de su historia, factor que ha venido acostumbrando a los estadounidenses al hecho de que los jueces pueden afirmar su poder sobre la legislatura, y que se derivan de esa actuación judicial importantes consecuencias políticas, aun que esa versión concreta del control judicial se funde más en la constitución que en una opción de política judicial.

Y para que se diera la transformación y expansión del poder judicial en Estados Unidos se requería que se dieran ciertas características del proceso específico que las produjo. La vinculación de los norteamericanos a la teoría democrática exigía una transformación gradual y no claramente perceptible para el ciudadano medio. Se logró con el desarrollo gradual del proceso durante un largo período de tiempo que los norteamericanos aceptaran cada avance relativamente insignificante.

Existe un asunto importante, consistente en el que el concepto público del poder judicial no se ajuste demasiado al concepto que de él tenía la profesión jurídica, ya que está el dogma de que el control judicial esencialmente es una actividad legislativa, surgía de allí la controversia acerca del modo como debería ejercerse ese poder, con o sin restricción, y la Corte nunca ha estado dispuesta a determinar este asunto.

Podemos decir que a pesar de lo antes citado, la reticencia de la Corte en el aspecto de que la legislación judicial es la norma prevalente en la profesión legal más que una huella de error judicial, y la reticencia de la Corte en este aspecto se inspira probablemente en la duda de si podría mantenerse la legitimidad del control judicial prescindiendo del "mito de la Constitución".

Sin embargo, dice el autor que una revisión de la literatura jurídica sugiere que la gran mayoría de los comentaristas son conscientes de que el moderno control judicial no se basa en la interpretación de la constitución. Y cualesquiera que sean los factores que expliquen la transformación acerca de la justificación del poder judicial, la controversia acerca de su justificación sigue viva en la profesión jurídica, y hasta cierto punto en la sociedad estadounidense en su conjunto. Y una defensa posible para un poder judicial en expansión es, simplemente, la satisfacción con sus resultados, y dice que quienes defienden los tribunales modernos aducen que el activismo judicial ha producido mucho bien y poco mal.

Pero no deja de inquietar a los críticos del tribunal el que una excesiva discrecionalidad socave el imperio de la ley, permitiendo a los jueces remplazar la decisión orientada a un cierto resultado por la regla de la Constitución. Y preocupa a estos críticos el carácter antimayoritario que presenta la Corte por su aislamiento en el proceso político.

Surgen preguntas cruciales sobre el régimen político de los Estados Unidos acerca de ¿Quién gobierna —quién debería gobernar— en Estados Unidos? ¿Cuál es la distribución real —y cuál la deseable— del poder político? ¿Cuál es la mejor manera de lograr los ideales de una democracia representativa moderada, que incluya tanto el autogobierno popular como la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos? ¿Cuál es —y cuál debería ser— el significado y autoridad de la Constitución en el contexto de nuestra vida política nacional?

Y dice el autor³⁹ que las respuestas a estas preguntas estarán profundamente equivocadas si no explican suficientemente el papel del poder judicial federal, en especial el de la Corte Suprema, en la política norteamericana. Y hace una crítica al respecto, pues dice que por desgracia, hoy día este papel se suele entender mal, y aquellos que mejor comprenden sus rasgos actuales pueden no ser los más sensibles a la trascendencia de los principios fundamentales que rigen en el régimen de los Estados Unidos.

2.4. EL SIGNIFICADO DE LA CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS

En el texto "Sobre El Significado de la Constitución de los EE.UU."⁴⁰ Sotirios A. Barber, parte de una hipótesis, la que llama principal, y es que la Constitución tiene un significado independiente de lo que cualquiera en particular querría que tuviera.

En su afán de mantener dicha hipótesis observa situaciones que se han presentado en contra de lo que él afirma, tal es el caso de los llamados "los realistas jurídicos estadounidenses" quienes atacaron a principios de este siglo el enfoque sensato que supone que los jueces respetan la ley al decidir entre las partes que contienden en juicio, y sostenían —en la parte pertinente— que solo en los casos más simples los jueces no podían seguir la ley, ya que —por una u otra razón— como se aplicaba la ley a dichos casos era motivo de controversia. Algunas veces, señalaban, las normas o principios legales distintos podían aplicarse a los mismos hechos con resultados diferentes, como cuando la demanda de libertad de prensa de la Primera enmienda de un periodista entra en conflicto con la demanda del proceso debido de un acusado, en un juicio libre de publicidad perjudicial.

Y plantea que los realistas dicen que a veces, una regla evidentemente aplicable es ambigua o demasiado vaga para dar solución a un caso que no despierte polémica como cuando se cuestiona si "el comercio" entre varios estados significa "comercio" entre ellos o mezclado dentro de los estados o si "comercio" se refiere a todas las formas de la actividad económica o sólo a algunas de ellas.

Las reflexiones sobre éstos y otros problemas incluido el problema político de cómo responder al poder judicial federal anterior a la "New Deal" de la clase

³⁹ *Ibidem.*, p. 18.

⁴⁰ Barber, Sotirios A. *Sobre el significado de la Constitución de los EE.UU.* Buenos Aires, Abeledo Perrot.

dirigente cuyos miembros rechazaron la responsabilidad personal en lo referente a decisiones reaccionarias movieron a los realistas jurídicos hacia el extremo insostenible que se dice con "La constitución significa lo que la Suprema Corte dice que indica".⁴¹

Los realistas comprobaron lo que hubiera debido ser evidente, que las actitudes marcan realmente la diferencia de cómo los jueces y otros consideran el derecho. Por eso el autor al respecto dice que

*Por este motivo los realistas jurídicos pueden haber hecho un favor al mundo al acabar con la indiferencia que algunos jueces adoptaron hacia las versiones conflictivas sobre el bien común. Pero que estos realistas jurídicos o algunos de ellos, fueron demasiado lejos al sostener que los grados de incertidumbre acerca del significado y la aplicación de algunas partes de la ley en algunas circunstancias mostraban que las leyes pueden no comprometer en modo alguno a los jueces.*⁴²

Se refiere a que era como si los realistas creyeran que las leyes no pueden zanjar todas las cuestiones mecánicamente, el significado de dichas leyes es completamente libre.

*Los realistas jurídicos podían mostrar que la constitución no puede dirimir cuestiones judiciales concretas mecánicamente. Sin embargo, no podían manifestar que la Constitución podía no proveer ninguna guía o que no existía ninguna diferencia entre su significado y lo que cualquier mayoría especial de la Suprema Corte podría decir acerca de él.*⁴³

Con base en lo comentado, se afirma, que los realistas jurídicos se contradijeron cuando afirmaron que la constitución es lo que la Suprema Corte asevera que significa. En efecto, al alegar dicho conocimiento presuponen saber quiénes y qué cuentan como Corte Suprema y ya que dicha noción debería obtenerse antes de poder reconocer cualquier revelación como tal de la Corte Suprema, tal conocimiento no puede depender de las mencionadas revelaciones de la Corte.

Sobre este tópico Sotirios A Barber, en la obra en comento cita a Charles P. Curtis quien afirma que:

41 *Op. cit.*, p. 26.

42 Barber, Sotirios A. *Op. cit.*, p. 26.

43 *Ibidem.*, pp. 26-27.

*La interpretación constitucional es una "artesanía" que moldea las palabras del documento para servir nuestros propósitos políticos y sociales y que dichas palabras no deberían ser tomadas como portadoras de significado sino como verdaderas garantías para determinar su significado.*⁴⁴

Manifiesta el autor, que de hecho el propósito expreso de CURTIS fue más de liberar a una generación de las leyes impuestas por otra; querría liberar a la Suprema Corte, como una agencia de su propia generación, de tener que "perseguir" el significado de nuestra Constitución a través de la puerta del subsuelo de las intenciones de nuestros mayores.

Y dice que si alguna vez la teoría de Curtis figura en una elección presente entre interpretaciones alternativas de la constitución, se contradiría así misma ya que debería presuponer que la Constitución puede significar algo diferente de lo que queremos que quiera decir. Es un hecho, sin embargo, que sí percibimos las diferencias entre nuestros propósitos y los de los otros incluyendo los de aquellos que escriben las leyes. *Desacuerdo* es la manera apropiada para describir las diferencias de propósitos. Si no tenemos los mismos que tenía la generación de los padres fundadores, simplemente estamos en desacuerdo con dicha generación en lo que a ello atañe.⁴⁵

La teoría de Curtis, por lo tanto, no es realmente una teoría de interpretación constitucional, no es una teoría que busque lo que la ley significa. Es en realidad una teoría de Derecho Político que nos permitiría dejar de lado lo que suponemos que es el significado para aquellos que ratificaron la constitución. Curtis consideró su derecho a hacer caso omiso del propósito original de los autores como un derecho constitucional.

Concluye el autor que venimos siguiendo, que Curtis no tuvo éxito en su tentativa de negar que la Constitución tiene un significado independiente de nuestros deseos y de su prestigio judicial, y que en realidad, su tentativa de justificar una orientación para las necesidades actuales presupuso la percepción de choques entre dichas necesidades y lo que la constitución permite. Y que además, arguyó que, o los autores se proponían descartar las propias intenciones de los fundadores cuyas limitaciones acerca de las demandas actuales, él trató inicialmente de eliminar. En efecto, él arguyó que, o los autores se propo-

44 Citado por Barber, Sotirios A. *Op. cit.*, p. 27.

45 *Op. cit.*, p. 28.

nían descartar las propias intenciones de ellos o que no tenían intenciones relativas a nuestra conducta. Su teoría es insostenible ya que no se puede a los autores de derecho, legisladores en su calidad de tales, que deliberadamente crearan garantías para derrocar los propósitos que motivaron sus acciones en principio.⁴⁶

El argumento reciente más ampliamente discutido en contra de la posibilidad de un significado constitucional independiente fue publicado en 1978 por John Hart Ely.⁴⁷ Lo dicho por Ely recuerda lo dicho por Curtis en aspectos importantes, aun cuando Curtis enfatizó una teoría sobre cómo las palabras tienen significado, Ely insiste en las intenciones generales o las aspiraciones de los autores y asume la estabilidad de los significados de los términos a través de grandes periodos de tiempo. Ely considera que las palabras de la Constitución significan ideas generales, conceptos y fines a perseguir a largo alcance o males generales a evitar, mientras se los distinga de los ejercicios históricos particulares y de las exigencias estrechas de los autores, ya que desde la perspectiva de esas ideas generales, no existe razón para creer que los términos de la Constitución haya cambiado su significado.

Ely trata los términos del documento constitucional como la mejor evidencia tanto en cuanto a las intenciones generales de los autores como en cuanto a lo que la constitución significa. Llega a la conclusión dramática de que la teoría tradicional era "imposible"; que, como había sostenido Curtis a partir de premisas diferentes, tenemos que entender a la Constitución como la delegación del poder en los jueces para que observen mas allá de la misma, en lo que respecta a las premisas principales de decisión en los casos constitucionales. Ely reconoce una amenaza a los valores democráticos en cualquier sugerencia de que los jueces pudieran mirar mas allá del Derecho.

Y con relación al asunto de las Instituciones Constitucionales, Sotirios A. Barber, se refiere a quienes aceptan la autoridad de la Constitución, la sociedad ideal parece ser aquella en la cual gozamos la categoría de beneficios (seguridad, comodidad, etc.) que son compatibles con el cumplimiento de los derechos constitucionales, práctica que manifiesta nuestra devoción hacia el pensar y, por tanto, nuestra preocupación por los que son capaces de ello.

46 Citado en la obra que venimos estudiando *Op. cit.*, p. 29.

47 Existe versión en Español de Hart Ely, John. "Democracia y desconfianza", *Una teoría del control de Constitucional* Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá D.C., p. 291.

Y se concluye con este autor que como sujetos plenamente conscientes de la ley, los jueces constitucionales que deciden los casos constitucionales deben reconocer su falta de inclinación para seguir la conducción de la ley y deberían tratar de superarla. No pueden justificar los rechazos farisaicos u obcecados a los desafíos de sus concepciones. El suyo debe ser un esfuerzo permanente para encontrar la mejor comprensión de las normas constitucionales.

LEGITIMIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y LOS CONTROLES A LA CORTE CONSTITUCIONAL

Luis Alberto BRAVO RESTREPO*

PRIMERA PARTE LOS CONTROLES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Prólogo

La Corte Constitucional puede ser el pilar más fundamental de un sistema democrático, es decir que opera dentro de la misma Corte, además de un consejo asesor, el cual es ejercido por algunos miembros a la Corte misma.

La Corte Constitucional tiene una gran responsabilidad, dado que sus fallos deben ser verdaderos instrumentos de pedagogía constitucional. Tanto que ante ella se llegan los hechos, que el juez, al cual se debe dirigir la sociedad. En la medida en que el pueblo conoce y comprende la Constitución que lo regirá, la interpretación que de ella hace la justicia constitucional, se podrá garantizar, así como en verdadera medida política, respeto a la Corte Constitucional, como que se realiza una Constitución viva, involucrada en la vida, en las acciones y en las acciones del pueblo.

Palabras del Profesor Restrepo, en el preámbulo del libro, que se ven en el preámbulo, poder constituyente.

Trabajo preparado para estar por el título de Especialista en Derecho Constitucional, otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Allegado egresado de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia, Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.