

Carlos Agudelo Agudelo\*

Universidad de Caldas  
carlos.agudelo@ucaldas.edu.co

Una respuesta a la ‘dificultad contramayoritaria’ a  
partir de las ‘virtudes pasivas’ de los jueces\*\*

*A response to the ‘countermajoritarian difficulty’ from  
the ‘passive virtues’ of the judges*

*One resposta à da ‘contramayoritário dificuldade’ a  
partir as ‘virtudes passivas’ dos juízes*

**Artículo de reflexión:** recibido 23/09/2014 y aprobado 07/12/2014

\* Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes, Magíster en filosofía con énfasis en Teoría de la argumentación, Licenciado en Filosofía y Letras y Abogado de la Universidad de Caldas. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Caldas en Manizales.

\*\* Este artículo es resultado de la investigación doctoral “La “Democracia de los Jueces”: la rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional”, culminada en julio de 2014.



## Resumen

En la primera parte de este trabajo se describen algunos supuestos generales cuya consideración es necesaria para entender el problema de la ‘dificultad contramayoritaria’ de Alexander Bickel. Posteriormente, se procede a explicar la respuesta a la ‘dificultad contramayoritaria’, en donde los jueces son una democracia auxiliar a través de la revisión judicial. A continuación, se muestra la ‘imagen de prestigio’ de los tribunales y la función educadora. Con este argumento se dice que los jueces no son un ‘poder contramayoritario’. Por el contrario, son el apoyo a la democracia. Por último, sostendrá que la DCM en Bickel implica la creación de un ‘diálogo inter-institucional’, porque los jueces basados en ‘casos maduros’ están respondiendo a las exigencias de la sociedad.

**Palabras claves:** Jueces, Dificultad contramayoritaria, Democracia, Revisión judicial.

## Abstract

In the first part of this paper describes some general assumptions to understand the problem of the countermajoritarian difficulty of Alexander Bickel. Subsequently, it is come to explain the response to the countermajoritarian difficulty where judges are an auxiliary democracy through judicial review. Next, it will be shown the image of prestige of the courts and the educational function. This argument says that judges are not a countermajoritarian power, by contrast, are supporting democracy. Finally, it will be argued that DCM Bickel involves the creation of an inter-institutional dialogue, because the judges based on mature cases are responding to the demands of society.

**Keywords:** Judges, Countermajoritarian difficulty, Democracy, Judicial review.

## Resumo

Na primeira parte deste artigo descreve alguns pressupostos gerais para entender o problema da dificuldade countermajoritarian de Alexander Bickel. Posteriormente, procede-se a explicar a resposta à dificuldade countermajoritarian onde os juízes são uma democracia auxiliar por meio de revisão judicial. Em seguida, será mostrada a imagem de prestígio dos tribunais e da função educativa. Este argumento diz que os juízes não são uma potência countermajoritarian, pelo contrário, estão apoiando a democracia. Finalmente, argumenta-se que o DCM Bickel envolve a criação de um diálogo inter-institucional, porque os juízes com base em casos maduros estão respondendo às demandas da sociedade.

**Palavras-chave:** Juízes, Dificuldade countermajoritarian, Democracia, Revisão judicial.



## Introducción: Algunas premisas bickelianas

En esta investigación se rastrea un tópico (Aristóteles, 1977)<sup>1</sup> muy común en teoría constitucional, según el cual los jueces en ocasiones ejercen un PCM cuando no fallan solamente con las leyes que están vigentes. La razón es que los jueces están sometidos al ‘imperio de la ley’ y de la Constitución –de origen democrático– para garantizar la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Sin embargo, en muchas ocasiones los jueces consideran que pueden apartarse de algunas normas vigentes (aunque no, por ejemplo, de la Constitución y los principios) al argumentar que estas son inconstitucionales. No obstante, la falta de aplicación de las normas ha llevado a reconsiderar a los ‘escépticos del control judicial’ que los jueces se manifiestan como una ‘fuerza antidemocrática’, y que así se genera una tensión entre la democracia y los jueces, porque estos no están facultados para desobedecer las leyes.

De ahí que los defensores del PCM ataquen a los jueces, sosteniendo que estos, por no ser elegidos democráticamente y no tener funciones legislativas, no pueden modificar o corregir las legislaturas a través de la *judicial review*. Esto se debe a que las leyes pueden ser creadas, modificadas, e inclusive interpretadas únicamente por el poder legislativo, quien tiene el poder para hacerlo. Es decir, la *judicial review* que se entiende, al menos en el caso norteamericano, como la facultad que tienen los jueces para revisar las normas con base en el ‘control concreto’ no posee un origen democrático. Este rechazo de la *judicial review* se fundamenta en los argumentos que Alexander Bickel ofreció para resolver la tensión entre la democracia y los jueces. Dichos argumentos fueron presentados en la obra titulada *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, la cual los ‘escépticos del control judicial’<sup>2</sup> han expuesto por más de 30 años.

Pero esta exposición se ha hecho a partir de una lectura parcial del jurista norteamericano. Con base en dicha lectura se sustenta, entre otras cosas, que Bickel se opuso a la *judicial review* porque pensaba que los jueces

1 Tópico ha de entenderse en el sentido aristotélico: un lugar común en el que dialogan varios aspectos o elementos de un concepto o de un discurso. En este caso, los juristas y abogados en general han estado obsesionados por indagar si los jueces cuando no se dedican solamente a la aplicación de las normas, lo que hacen es ejercer un ‘poder contramayoritario’, o si se quiere, contra la democracia, por ejemplo, cuando ejercen el control de constitucionalidad de las leyes.

2 Expresión utilizada para comprender cómo un grupo de académicos y políticos son apáticos con respecto a la idea de que los jueces ejerzan la *judicial review* o el control judicial de leyes. En este orden de ideas, están algunos ‘liberales antijudiciales’; ‘conservadores antijudiciales’; ‘deliberativistas antijudiciales’; ‘legalistas y neolegalistas antijudiciales’; ‘economistas antijudiciales’; ‘originalistas’; ‘intencionalistas’; ‘textualistas’; ‘exégetas’; ‘demócratas’; ‘formalistas’; entre otros.

serían contramayoritarios al utilizar este mecanismo judicial. En la literatura jurídica es abundante la mención que se hace de Bickel, mostrándolo como un crítico acérrimo del control judicial, ya que con este mecanismo los jueces son una 'fuerza antidemocrática' en los ordenamientos jurídicos y políticos. Sin embargo, y como se va a exponer, un análisis de la respuesta de Bickel al problema de la DCM permite moderar esta crítica, y presentar a los jueces como auxiliares de la democracia.

Los 'escépticos del control judicial' desconocen que la DCM era un problema que el profesor de la Universidad de Yale descubrió y resolvió al comprender que existía una tensión que se daba entre las leyes –supuestamente inconstitucionales– y la posibilidad de su revisión a partir de los jueces. Este desconocimiento ha hecho que no se permita percibir al poder judicial con las funciones de corrección de las leyes, al buscar adaptarlas a la Constitución, los valores y los principios aceptados en la sociedad. Y solo en este sentido, para Bickel, es que los jueces pueden autorizarse para ejercer el control judicial como garantía constitucional y fortalecimiento de la democracia. Por lo tanto, la DCM de Bickel es el planteamiento de un problema, y la respuesta que ofreció el jurista quedó marginada por una 'lectura parcial' que no superó el 'argumento contramayoritario de los jueces.

Sin embargo, la propuesta de Bickel busca resolver la tensión que puede ocasionarse entre los jueces y la democracia en 'asuntos constitucionales extraordinarios' –no simplemente rutinarios–, y en los que el legislador no entrega una respuesta oportuna a la demanda social. En esta situación, el juez, después de un tiempo de espera y de 'prudencia' con respecto a la acción del poder legislativo, puede entrar a decidir cómo responder a esta exigencia de la sociedad. A causa de esto, Bickel dio una respuesta a esta DCM, y en ningún momento afirmaba que la 'dificultad contramayoritaria' fuera un 'poder contramayoritario' cuando los jueces aplican la *judicial review*. Antes bien, los jueces serían un 'poder prodemocrático' si hacen un uso debido de este mecanismo judicial, mediante el cual se convertirían en una nueva instancia comunicativa, que bien podría denominarse la 'palabra intermediaria' frente a los 'llamados de la sociedad'.

En fin, esta lectura depende de un asunto de interpretación y de traducción de los textos de Bickel en la que los críticos del control judicial se quedaron cortos a propósito del alcance de la respuesta que dio el jurista a la DCM. Nuestra lectura significa que aunque Bickel le colocó límites a la *judicial review*

debido al activismo que estaba observando en la Corte Warren en los años 50 y 60, también infirió que un control judicial moderado o ‘minimalista’ podía traer grandes dividendos a la democracia.

Ahora bien, es cierto que los jueces pueden ejercer un PCM si ejercen un ‘activismo judicial’ (‘virtudes activas’) en el que obran sin ‘prudencia’, actuando sin ninguna medida judicial, en especial, en cuestiones políticas no justiciables. Es decir, en estas cuestiones políticas los jueces están usurpando el poder de quien debe hacerse cargo de estas políticas. Pero, en cuestiones políticas justiciables los jueces ya han venido haciendo una labor edificante en la construcción de las políticas públicas. En todo caso, los críticos de la *judicial review* no han comprendido estas diferencias lo suficientemente. Debido a esto tampoco han interpretado correctamente el problema que Bickel estaba resolviendo con el concepto, por él elaborado, de las ‘virtudes pasivas’ del juez (Kronman, 1985: 1584-1585)<sup>3</sup>. Así pues, Bickel introdujo un valioso elemento en la teoría y en la práctica constitucional, el cual, hoy por hoy se encuentra abandonado, pero sobre todo, confundido.

Por consiguiente, para llevar a cabo la práctica de las ‘virtudes pasivas’, el juez debe ejercer un ‘minimalismo judicial’ (Sunstein, 2009-2010), en el cual sus intervenciones sean moderadas y respetuosas de los principios políticos y los ‘compromisos morales’ de una comunidad. Estas virtudes y el respeto por la ‘práctica social’ servirán a los jueces para motivar sus decisiones cuando corrijan las normas supuestamente inconstitucionales que el legislador ha provocado, entre otros, en casos de trascendencia nacional. Por esto, el ‘minimalismo judicial’ de Bickel puede entenderse como una forma en la que los jueces obran con ‘prudencia’ sin afectar las funciones de los demás poderes públicos. Ésta es una actividad judicial en donde el uso de las ‘virtudes pasivas’ tan solo se practica cuando la ley y la Constitución permiten a los jueces hacerlo, pero sin usurpar la responsabilidad de otros órganos y sin reemplazar la deliberación pública.

3 Las ‘virtudes pasivas’ son técnicas de adjudicación de la sabiduría práctica, es decir, las ‘virtudes’ son las modalidades de la prudencia, cuya maestría y adecuado ejercicio son esenciales para crear ese tiempo de espera que la Corte requiere para resolver conflictos jurídicos y auxiliar a la democracia. En este sentido, las ‘virtudes pasivas’ no disuelven inmediatamente la tensión entre los jueces y la democracia, sino que posponen el momento con el cual llega el consentimiento popular para dar más herramientas a los jueces en sus fallos. Con base en esto, el poder judicial tiene más conocimiento del principio constitucional que debe aplicar, convirtiéndose las ‘virtudes pasivas’ en una exigencia con los compromisos y los principios que ayudan a mantener la reducción de algunas presiones sociales y políticas.

Así pues, por 'virtudes pasivas' ha de entenderse aquella 'actitud judicial', según la cual los jueces, a través de un espacio de 'prudencia', esperan que las normas supuestamente alegadas como inconstitucionales puedan ser aceptadas o no en la sociedad. Ahora bien, si después de este tiempo de espera los jueces observan que tales normas generan resistencia por parte de la gente, e incluso que pueden ir en contra de la Constitución, el órgano judicial puede intervenir para dar una salida razonable al problema. En estos casos las decisiones judiciales estarían fundadas después de un largo debate que se ha dado en la opinión pública, en el cual el 'asunto constitucional' se convierte en un caso más 'maduro'. Por esto, y como se verá en seguida, los fallos de los jueces no serían sus caprichos, sino más bien respuestas que los jueces hacen a los 'llamados de la sociedad' y que están fundados constitucionalmente.

En consecuencia, la *judicial review* que Bickel quiere defender a través de las 'virtudes pasivas' se da a partir de un 'control concreto' –no abstracto– que faculta a los jueces para evitar hacer especulaciones conceptuales sin antes conocer si las normas van a tener o no eficacia y aceptación en la sociedad<sup>4</sup>.

De tal suerte que una cosa es el PCM que algunos académicos han inferido de la lectura de Bickel, y otra cosa muy distinta es la DCM que el autor resolvió, y que los 'escépticos del control judicial' han pasado por alto. De hecho, este tópico bickeliano es el que se investigó en la tesis doctoral para deslindar estas afirmaciones entre los críticos de la *judicial review* y las posiciones de Bickel. En este sentido, se observará que si bien es cierto que los jueces pueden ejercer un 'poder contramayoritario' cuando usan indebidamente la *judicial review*, también es cierto que los jueces a partir de Bickel pueden desempeñar un 'poder prodemocrático'.

Pues bien, ha existido una comprensión parcial del tópico dominante de Alexander Bickel en lo que tiene que ver con la DCM y sus consecuencias como PCM. Por esto, con Bickel existe una lectura alternativa al mapa conceptual y constitucional establecido por los 'escépticos del control judicial' desde el textualismo, originalismo, el legalismo, neolegalismo, formalismo, las democracias deliberativas', entre otras, que han visto en las facultades

4 Esto es contrario a lo que sucede en Colombia, en donde la 'acción pública de inconstitucionalidad' se hace por intermedio de un 'control abstracto'. Pero el argumento de Bickel muy bien pudiera extenderse a las acciones de tutela, acciones populares y de grupo y, en general, a los movimientos sociales que generan grandes debates nacionales, y en los que los jueces conocen más directamente el 'asunto constitucional'.

extraordinarias del juez un peligro para la seguridad democrática. Con base en esto se advertirá también que dicho tópico debe cambiar, al menos, desde la visión de Bickel, puesto que éste más que presentar una tensión entre la convivencia de la democracia y los jueces –sin una posible solución–, lo que ha hecho es disolverla para posibilitar una existencia armónica.

Llegado a este punto, Bickel analiza cómo los jueces pueden colaborar con la democracia, antes que obstruirla. Para hacer esto, el autor ofrece varias ideas que permiten dilucidar cómo el diálogo entre los poderes tendrá relevancia para fortalecer no sólo la democracia, sino al mismo tiempo una Corte con funciones constitucionales. Por ello, se expondrá que una Corte de este tipo, y con base en una ‘imagen de prestigio’ y ‘educadora’, podrá iniciar un ‘coloquio deliberativo’ (Bickel, 1962: 206 y 240)<sup>5</sup> con la sociedad en la que se descubran los principios y los valores que respaldan las peticiones ciudadanas. Con base en este coloquio los jueces tendrán más razones para comprender la madurez de la discusión a través de este ‘diálogo interinstitucional’, y en la medida que logren ganar confianza democrática con las personas pueden también consolidar su ‘autoridad moral’.

Como lo vamos a ver, un ejemplo que explicará con suficiencia esta iniciativa bickeliana es el caso *Brown v. Board of Education*, el cual permitió que la Corte Warren, a través de sus ‘virtudes pasivas’, observara en retrospectiva el debate que se había dado en los Estados Unidos en torno a la ‘segregación racial’. Según el análisis que realiza Bickel de este ‘hecho institucional’, existen ‘casos maduros’ en donde la Corte puede entrar a decidir un ‘asunto constitucional’. Para el autor de las ‘virtudes pasivas’, los ‘casos maduros’ son asuntos constitucionales suficientemente deliberados en la sociedad, y las respuestas prudentiales que den los jueces a estos debates serán la única forma para que el poder judicial gane la legitimidad democrática de la cual carece<sup>6</sup>.

5 Y en otro texto afirma: “*Virtually all important decisions of the Supreme Court are the beginnings of conversations between the Court and the people and their representatives*”. [Prácticamente todas las decisiones importantes de la Corte Suprema son los inicios de conversaciones entre la Corte, el pueblo y sus representantes] (Bickel, 1978:91). No sobra decir en este punto que también Ronald Dworkin ha introducido en la teoría jurídica y constitucional la expresión ‘foro de principios’ para representar la manera de actuar de los jueces. No obstante, fue primero Bickel quien introdujo este concepto. que se ha denominado en este artículo como el ‘coloquio deliberativo’, para diferenciarlo de la propuesta de Dworkin. Por esto, no habría que descartar la posible influencia que pudo ejercer Bickel en la distinción de los ‘argumentos de principio’ y los ‘argumentos políticos’ que realizara el autor de *Los derechos en serio*.

6 Aquí hay que tener en cuenta que la ‘legitimidad formal’ de los jueces estuvo ausente en

Lo especial de esta 'legitimidad democrática' de los jueces es que dichos 'asuntos constitucionales' no han tenido una respuesta por parte del legislativo, ejecutivo, o quien deba hacerlo. En este orden de ideas, los jueces, una Corte, un Tribunal Constitucional, pueden entrar a intervenir para dar respuesta a los 'llamados de la sociedad' y lograr su aceptación<sup>7</sup>. No obstante, no se puede olvidar que en Colombia esto puede ser problemático, porque si se trata de una 'omisión legislativa absoluta', si una Corte entra a estudiar un caso así, se entendería que está usurpando las funciones de los demás poderes, ya que quien debía pronunciarse no lo hizo inicialmente dentro de la democracia. Pero en este caso, la Corte no puede regular lo que no ha pasado por las instancias jurídicas correspondientes.

Por ende, la 'dificultad contramayoritaria' no implica un 'poder contramayoritario' cuando los jueces practican la *judicial review* en casos muy específicos, como lo hicieron creer los 'escépticos del control judicial'. Al contrario, resolver el problema de la DCM, como lo pretende Bickel, significa evitar el poder arbitrario de los jueces. Esto se debe a que los jueces, a pesar de no ser elegidos democráticamente, pueden en 'casos maduros' ejercer un 'poder prodemocrático', ya que 'representan argumentativamente' (Alexy, 2007:103)<sup>8</sup> los 'llamados de una sociedad'. Así pues, en el caso *Brown v. Board of Education*, la Corte Warren obró con 'prudencia' al reconocer que ya se había esperado lo suficiente para dar respuesta a los 'llamados de la ciudadanía' que reclamaba la 'desegregación racial'. De hecho, los jueces que antes habían provocado una tensión con la democracia, lo que lograron con el tiempo fue

---

el caso de EEUU. Pero resulta que en Colombia sí hay 'legitimidad formal' para que los jueces puedan ejercer el control constitucional de las leyes. No obstante, a pesar de esto, el debate es recurrente entre los jueces y la democracia, lo que muy bien pudiera resolverse desde la legitimidad democrática del control judicial.

7 Bickel quiere, de un lado, que los jueces sean minimalistas y respeten la práctica social; y del otro, que resuelvan asuntos constitucionales de envergadura que no han tenido respuesta "por quien deba hacerlo" en una comunidad, siguiendo el "clamor" de la sociedad. Sin embargo, este postulado demuestra cómo la práctica constitucional es sumamente compleja y puede acarrear problemas. Por ejemplo, si es un caso de minorías y éstas resultan favorecidas, sin la actuación del juez, ¿se dirá que el caso no era lo suficientemente maduro' para atender los 'compromisos morales de una comunidad?' y ¿que se actuó sin prudencia? Pero, si una gran parte de la sociedad resulta favorecida, con la actuación del juez, ¿se dirá que la intervención judicial fue prudente y moderada? En estas dificultades se encuentra envuelto el 'constitucionalismo democrático', pero en todo caso, Bickel ofrecerá algunas luces para dar una respuesta razonable.

8 Esta es una referencia que se toma de Robert Alexy, quien explica que los jueces pueden representar argumentativamente los derechos, los principios y los valores que exige una sociedad, sin que esto implique la violación del principio democrático y de la separación de poderes.

dar un golpe de ‘autoridad moral’ aceptado por las instituciones democráticas<sup>9</sup>.

Concluyendo, y para dar inicio a algunos planteamientos generales de Bickel, una Corte empieza a ganar ‘prestigio y ascendencia’ en la medida en que inicia un diálogo con la sociedad a través de los ‘casos maduros’. Este diálogo, a su vez, provoca otras discusiones con los demás poderes del Estado, las cuales van permitiendo ‘dinamizar la ley’ con nuevos conceptos jurídicos, y los introducen al debate constitucional como resultado del ‘diálogo interinstitucional’.

En suma, una Corte es antidemocrática si es un cuerpo elitista que funciona como ‘última palabra’. Pero lo que sostuvo Bickel fue que él tan solo intentó dar una respuesta a la DCM, en la que buscó una forma de reconciliar el constitucionalismo con la democracia a través del diálogo. Así, la Corte cumple con una ‘función educadora’ y promotora de un debate más rico para la construcción de una ‘democracia constitucional’, que se presenta como respuesta a la ‘dificultad contramayoritaria’. Aunque, institucionalmente un Tribunal constitucional es la ‘última palabra’, lo que lo hace menos antidemocrático desde la perspectiva de Bickel, es que se permita el ‘diálogo interinstitucional’. Esto es, Bickel está tratando de lograr más legitimidad para la Corte a través de estos argumentos dialógicos de los poderes de la sociedad.

### La ‘dificultad contramayoritaria’ en Bickel

¿Qué es entonces la DCM para Bickel? Según este autor “*the root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system [...] that judicial review constituted control by an unrepresentative minority of an elected majority*” [“La dificultad de raíz consiste en que el control judicial es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema [...] el control judicial constituye un control por parte de una minoría no representativa sobre una mayoría elegida”] (Bickel, 1962: 16). Este es el rótulo que Alexander Bickel dio a la tensión entre la democracia y los jueces, la cual se produce cuando éstos, sin ser elegidos democráticamente, revisan las normas que el legislador de origen democrático ha creado. Esto significa que mientras el legislador sea el único que debe crear las leyes –con las excepciones del ejecutivo, por ejemplo– con

9 El tiempo de ‘espera’ y de ‘prudencia’ siempre será el punto más problemático en la propuesta de Bickel. Ello se debe a que siempre son los ciudadanos en su legítimo derecho democrático los que pueden impugnar la decisión del legislador, es decir, usan la ‘acción de inconstitucionalidad’, por ejemplo, para controlar al legislador a través de los jueces. No importa el límite de tiempo, por lo menos en el caso Colombiano. No obstante, con las explicaciones que se darán de Bickel se comprenderán mejor sus propósitos.

base en el principio democrático, los jueces no tienen por qué analizar si las normas son constitucionales o no, pues ellos tan sólo están para aplicarlas (salvo cuando la Constitución misma lo autoriza, con el fin de garantizar precisamente las reglas democráticas).

De ahí que pueda entenderse, desde las afirmaciones de los 'escépticos del control judicial', que los jueces cuando se apartan de las normas están obrando ilegalmente en muchos casos; y que de ahí surge el problema de la DCM. Pero, ¿es el problema de la DCM un problema de legitimidad, o un problema de falta de legalidad? Este es un problema, en principio, de 'aparente falta de legitimidad' del control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por esto, en Colombia, la crítica de los 'escépticos' tendría la debilidad de que la Constitución colombiana sí autoriza el 'control judicial abstracto'. Por tanto, si el problema fuera de legalidad, como parecen sostenerlo los críticos en este punto, éste estaría resuelto con la precisión constitucional, y así los jueces no estarían apartándose de normas vigentes.

Ahora bien, en el caso de EEUU, la Carta Política no establece la atribución del control judicial de las leyes, y éste es de creación jurisprudencial. En otras palabras, el "sistema democrático" original de los EEUU no tenía previsto este tipo de control hasta que lo implementaron los jueces<sup>10</sup>. ¿Pueden entonces compararse las estructuras constitucionales de los Estados Unidos con las de los países que tienen claramente ese control dispuesto "democráticamente" en la Carta, y partir del mismo problema de que los jueces ejercen un 'poder contramayoritario' por limitar al ejecutivo y al legislativo, habiendo sido autorizados por la constitución para ello? En este sentido es importante tener en cuenta que Bickel se plantea el problema desde las propias limitaciones del sistema norteamericano.

Por consiguiente, ¿por qué sigue siendo relevante este aspecto en países que han consagrado constitucionalmente ese poder de los jueces, y en donde éstos no obran por fuera de la ley en lo que al control se refiere? Se sabe que muchas

10 Aunque en los Estados Unidos desde finales del siglo XVIII ya venía discutiéndose el ejercicio de la *judicial review*, es apenas a partir de 1803, con el caso *Marbury v. Madison*, en donde el juez Marshall estableció dicho mecanismo por medio de la jurisprudencia. Este es el caso clásico del precedente constitucional del control judicial, así para Bickel esta sentencia esté llena de falacias y de incoherencias que afectan la coherencia del argumento del control judicial con el principio democrático y la supremacía constitucional. En los estados Unidos la *judicial review* no estaba formulada en la Constitución, y todo no fue más que una 'astucia de Marshall' para quedar bien con los dos gobiernos, es decir, con el saliente en cabeza de Adams y el entrante de la mano de Jefferson. No sobra decir que la *judicial review* que defiende Bickel se apartará sustancialmente de este precedente constitucional americano.

personas asocian ligeramente la democracia con el legislador, lo que desde la perspectiva norteamericana es perfectamente lógico, dada la naturaleza del sistema federal que tiene este país. Pero si la democracia se entiende como un sistema democrático ‘participativo’ y ‘pluralista’, en donde se han dado unas directrices constitucionales estructurales que legitiman la acción de los jueces, el argumento no tiene el mismo sentido.

En otras palabras, ¿si la estructura norteamericana se pareciese a la nuestra, el argumento contramayoritario de Bickel tendría la misma fuerza? Incluso cabría preguntarse si el problema sería el mismo. Es más, si el problema es de legalidad, ¿pueden nuestros jueces hacer el control constitucional de las leyes avalados por una Constitución democrática que los autorizó? La respuesta es sí. Si el problema es de legitimidad, ¿pueden nuestros jueces legítimamente hacerlo? La respuesta es sí, en principio. Y luego viene el tema de los excesos o no en la función, que es de donde surge la dificultad en el caso colombiano. En el caso norteamericano, la respuesta a ambas preguntas es un no inicial, salvo por los precedentes que ahora le dan legalidad y legitimidad a la función. Por ello el tema de ahondar en la legitimidad de los jueces es tan importante en el caso norteamericano.

Pero volvamos al rótulo de la DCM anteriormente citado que es utilizado por los ‘escépticos judiciales’. Apoyados en Bickel, los críticos argumentan que el ejercicio del poder judicial haciendo uso de la *judicial review* se convierte en un PCM, ya que los fallos irían en contra de las mayorías por el simple hecho de la revisión judicial y por la posibilidad de que se vuelven un órgano creador de derecho. Sin embargo, a pesar de que Bickel aceptó que la rama judicial puede ser ‘una fuerza contramayoritaria’, esto no quería decir que el autor estuviera sosteniendo que no se pueda llevar a cabo la *judicial review* en debida forma. Esta defensa de la *judicial review* a partir de Bickel, en la que no se pone en riesgo a la democracia, es la que los escépticos’ deben empezar a aceptar.

Para Bickel, cuando los legisladores hacen normas previstas, claras, calculadas y de conformidad con la Constitución, el juez no tiene por qué intervenir, corregir o apartarse de las leyes, pues estas legislaturas se supone que son coherentes con la democracia y acordes con los principios y valores de una sociedad. Pero hay casos en donde el legislador no crea normas en coherencia, por ejemplo, con el principio democrático y la defensa de la ‘supremacía constitucional’. En esta situación, el juez está autorizado para

intervenir judicialmente, ya que tales normas van en contra del bienestar común y de la democracia participativa. Según Bickel, en este escenario se justifica la *judicial review* para fortalecer, por un lado, la democracia y, por el otro, la 'supremacía constitucional'.<sup>11</sup>

En este orden de ideas, se empiezan a esclarecer la 'dificultad contramayoritaria' y el tópico bickeliano que se generó dentro de la teoría y la práctica constitucional (Bassok, 2012: 333). Es decir, es cierto que los jueces pueden volverse un PCM si intervienen sin ninguna deferencia frente al legislador y cambiando el 'espíritu de la ley'. No obstante, también es cierto que para Bickel los jueces pueden colaborar y fortalecer la democracia en la medida en que 'representan argumentativamente' al pueblo. Aunque esta es una expresión de Robert Alexy cuando dice que "el concepto de representación argumentativa [...] también es central para solucionar el problema general del control de constitucionalidad", ya que lo que hacen los jueces, sin violar el principio democrático, es representar a la sociedad en sus decisiones judiciales. Esta es una línea argumentativa en la que estaba parado Bickel. (Alexy, 2007:99). En esta línea argumentativa se resuelven demandas sociales que han estado marginadas a través del tiempo y que debían haberse resuelto por otros poderes. Bickel afirma que:

Las personas, todo este tiempo, se vuelven negligentes en lo relacionado a quién llevan ellos a la legislatura; con mucha frecuencia votan animadamente por hombres o mujeres en los que ellos no confiarían en un asunto privado importante, y cuando se encuentra que estas personas [...] aprueban leyes tontas y malas, y los tribunales entran y las toman en cuenta, las personas se enorgullecen de que estos pocos caballeros inteligentes en esos lugares estén tan listos a protegerlos a todos contra sus representantes más inmediatos (Bickel, 1962:22).

De modo que los jueces, cuando se encuentran con una DCM, lo que deben hacer para resolverla es actuar con 'prudencia' o, lo que es lo mismo, con las 'virtudes pasivas'. En este sentido, Shu-Perng Hwang dice que

---

11 Esto significa, como se dijo anteriormente, que la tesis de las 'virtudes pasivas' no es simplemente para actuar frente a normas inconstitucionales, estas son también útiles para fundar las sentencias de los jueces como guardián de la Constitución y, en este caso, el poder judicial a través de los fallos de tutela también puede hacer uso de las 'virtudes judiciales'.

Bickel argumentó que, si bien la revisión judicial puede ser justificada en el sentido de que el poder judicial es la rama más adecuada de pronunciar y guardar esos ‘principios’ o ‘Valores perdurables’ arraigados en la sociedad norteamericana, esta justificación no puede tener éxito si el poder judicial no cumple con ciertas ‘virtudes pasivas’ (Hwang, 2003: 687).

Las ‘virtudes pasivas’, para evitar la DCM, son un mecanismo judicial por medio del cual los jueces esperan con ‘paciencia’ que las normas y los ‘asuntos constitucionales’ sean discutidos y aceptados por las personas. Si no es así los jueces no pueden entrar a decidir. Las ‘virtudes pasivas’ son parámetros que deben tener en cuenta los jueces a través de la prudencia, los principios y las virtudes a la hora de apartarse de una norma que es contraria a la Constitución. También pueden entenderse como aquel espacio que logran los jueces para esperar que los casos ‘maduren’ en la sociedad, hasta que llegue el momento para intervenir judicialmente (Mendes, 2008).<sup>12</sup>

Bickel argumenta, a este respecto, que:

Una de las facultades principales del poder judicial, de la cual carece la legislatura y que si corresponde a las cortes en su función de desarrollar y aplicar los principios constitucionales, es que el juicio de las cortes puede llevarse a cabo después de que las esperanzas y vaticinios expresados en la legislación hayan sido puestos a prueba en el funcionamiento real de la sociedad; el juicio de las cortes puede ser tenido en cuenta en casos concretos que ejemplifiquen las consecuencias existentes de las acciones de la rama legislativa o la ejecutiva, por lo tanto, está permitido que la corte apruebe sus principios y los transforme (Bickel, 1962:115).<sup>13</sup>

12 Con todo, la Corte puede sacar del marco jurídico una norma que no necesariamente encuentre una resistencia social marcada en la sociedad. Es posible que lo haga por otras razones, es decir, sin que medie un ‘diálogo interinstitucional’, porque simplemente sabe que determinadas pretensiones de un caso o una norma son evidentemente inconstitucionales. Un juez no puede quedarse a esperar a dar una respuesta cuando la sociedad o el tema esté maduro. Eso puede que sea posible en los Estados Unidos, porque la Corte Suprema puede elegir no escoger un caso hasta que el caso esté “maduro” para tratarlo en sociedad. En Colombia, se puede seleccionar en materia de tutela. Pero en los casos constitucionales, si la demanda tiene un argumento de inconstitucionalidad, hay que estudiarlo y punto. No se puede tener “paciencia” con el derecho político ciudadano de demandar los actos del Congreso ajenos a la Carta.

13 En particular, las ‘virtudes pasivas’ como ‘técnicas de adjudicación’ de todo un sistema procesalista en el derecho se encuentran en Bickel (1962:111-198).

Según Conrado H. Mendes (2008) –con base en su lectura de Bickel– las decisiones de una Corte pueden tener varias opciones cuando cree que debe intervenir en un caso determinado. Al decir del autor “la corte, frente a un caso, dispone de tres alternativas. En primer lugar, tiene el poder de revocar una ley por anticonstitucionalidad (sic). En segundo lugar, puede validar y legitimar esa ley, si la entiende constitucional. Tanto una como la otra necesitan ser tomadas y basadas en principios. Son las dos elecciones obvias que un tribunal puede hacer cuando analiza el mérito de la disputa constitucional. Existe, sin embargo, una tercera opción. La corte puede no hacer ninguna de las dos cosas, y decidir no decidir. Para esto, hace uso de una serie de “técnicas de decisión”, llamadas virtudes pasivas. Éstas son herramientas procesales por medio de las cuales la corte evita emitir su opinión sobre el caso, pues puede no estar obligada a legitimar todo aquello que no considere inconstitucional. Así, entre dos extremos se abre una salida intermedia, un mecanismo para aplicar la máxima del juez Brandeis que indica que “lo más importante que hacemos es no hacer”” (Mendes, 2008).<sup>14</sup>

Por esta razón, las ‘virtudes pasivas’ más que un mecanismo procesal para declarar o no constitucional una norma, son herramientas que le permiten a la Corte saber si es el momento oportuno o no para decidir. Es decir, le permiten conocer si puede dar respuesta inmediata a un determinado asunto o si, por el contrario, guardando silencio, puede fomentarse un ‘diálogo interinstitucional’ mucho más rico para construir nuevos argumentos que le servirán –con posterioridad– para fundar mejor sus fallos. No se puede olvidar que la noción de “virtudes pasivas” se trata de un examen que Bickel hace del “significado institucional” de ciertas doctrinas procesales que la Corte de los Estados Unidos ha venido creando.

14 La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, en los ECI o ‘Estado de cosas inconstitucional’, sostiene cómo la situación de las cárceles, los desplazados, las pensiones y demás, ha llevado a dicho tribunal a decidir sobre una situación en donde las medidas inmediatas las tome el gobierno. Este ECI viene determinado por los llamados constantes de la sociedad hacia los jueces, porque el gobierno no toma las medidas necesarias y espera que los tribunales constitucionales ofrezcan alguna respuesta. A partir de los fallos, lo que hacen las cortes es poner en alerta a la sociedad sobre una situación que va en contra de la Constitución que se ha establecido. Por esto, el sentido de la expresión “no hacer”, en el contexto de Bickel, no implica que esto pueda llevar en nuestro caso a la desidia judicial, o que no exista respuesta ninguna del Estado de Derecho a las necesidades ciudadanas; porque si en Desplazados, por ejemplo, la Corte se toma su tiempo y no hace nada, nadie hubiese actuado en conformidad. Lo mismo pasó con el UPAC. Sin embargo, hubo un ‘tiempo razonable’ por parte de la Corte Constitucional para “decidir no hacer nada” (buscando una deliberación en la sociedad) y luego tomar decisiones más obligatorias para los demás poderes del Estado.

Por ende, la respuesta a la DCM tiene que darse con base en el descubrimiento de los principios constitucionales que la misma sociedad va reclamando a través de las demandas sociales. Asimismo, estos principios descubiertos aumentan el material probatorio del juez para motivar sus sentencias, pero en especial, para colocar en práctica la *judicial review* sin que esta actuación se oponga a la Constitución, sino que más bien, impida que lo no regulado constitucionalmente por el poder legislativo menoscabe los principios de un sistema jurídico democrático.

De esta manera, Bickel presentó la importancia que tienen los jueces cuando ejercen sus funciones constitucionales, y cómo a través del uso de la *judicial review* se propuso un equilibrio entre los poderes al dinamizar la ley con la jurisprudencia. Dicho esto, la ‘revisión judicial’ lo que hace es provocar un diálogo entre las diferentes instituciones del Estado a través de la ‘rama menos peligrosa’, a saber, el poder judicial.

Hay que recordar que Bickel estaba pensando en una vieja calificación que había rotulado Hamilton en el *Federalista* cuando pensaba que la rama judicial era considerada la ‘rama menos peligrosa’ entre los poderes públicos. Según Hamilton:

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. (Hamilton, *et al.*, 2010)<sup>15</sup>.

Bickel quería revivir esta hegemonía de los demás poderes sobre el poder judicial para observar que aunque los jueces, sigan estando sin la ‘espada y la bolsa’ (“*sword*” o “*burse*”) suficientes para que se ejecuten sus órdenes, ello no significa que el poder judicial no pueda tener influencia en las transformaciones de la sociedad. No obstante, la tensión entre la democracia y los jueces (la DCM) que se generaba a finales del siglo XVIII por procurar que los jueces practicaran la *judicial review*, fue un problema que quedó sin resolver en el *Federalista*. Por esto, para lograr disolver esta tensión, al menos desde Bickel, la revisión judicial de las leyes se ve como un

<sup>15</sup> En el *Federalista* 78 se encuentra esta cita.

mecanismo que fortalece la debilidad de la rama judicial, siempre y cuando logre garantizar los derechos fundamentales y la supremacía constitucional frente a cualquier poder arbitrario.

A causa de esto, la tesis de los 'escépticos del control judicial' acerca de la DCM debe revisarse, ya que esta línea argumentativa es la que en general se defiende y se estudia en la teoría constitucional para apoyar la idea de que los jueces son un PCM. Mientras tanto, se descuida la versión de Bickel de que los jueces pueden auxiliar a la democracia. De modo que, introducir esta segunda versión de Bickel en el 'constitucionalismo democrático' traería varias ventajas al debate entre la democracia y los jueces. En otras palabras, la lectura de Bickel exige mirar con cautela cuándo los jueces pueden ser democráticos y cuándo no lo son, ya que es cierto que existen para Bickel dos posiciones en torno a la utilización de la *judicial review*.

(i) Según Bickel, no es representativa una abstracción que oscurece la realidad, porque al momento que la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un funcionario elegido, la Corte está frustrando la voluntad de los representantes de las personas que los han elegido. Así, la Corte ejerce un control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra, razón por la cual la *judicial review* ha sido acusada de no ser democrática. Al decir de Tushnet:

Alexander Bickel [...] Acuñó la frase "dificultad contramayoritaria" para describir lo que hacía la Corte Suprema. De acuerdo con Bickel, la Corte Suprema era una institución "anómala" en nuestra democracia, porque un puñado de funcionarios no elegidos, sin responsabilidad directa con el pueblo, tenían la facultad para invalidar decisiones tomadas por los representantes democráticamente elegidos (Tushnet, 2012:109-110)<sup>16</sup>.

(ii) Sin embargo, Bickel introducirá un concepto de democracia mucho más amplio que el concepto de democracia representativa, pues para Bickel los funcionarios elegidos democráticamente podían delegar determinadas tareas

---

16 En Europa, especialmente en Alemania, se consideró válido precisamente que la Corte pudiera obstruir la voluntad de la mayoría, para proteger a las minorías. Se pensó en el Tribunal Constitucional específicamente como un 'protector del juego democrático' para todos, pero particularmente como un garante de los grupos que no fueran mayoritarios. Por otra parte, en Estados Unidos se piensa estructuralmente en los jueces, de una forma muy distinta. Por esta razón, nosotros pensamos muy similar a Alemania, ya que si el Tribunal Constitucional es el árbitro del 'juego democrático' y un garante de las minorías, su legitimidad se funda precisamente en que realice esta tarea judicial.

a otros hombres –que no son directamente responsables en las votaciones–. Al hacer esto, se exige establecer una democracia mucho más sofisticada y compleja para la toma de decisiones, ya que tanto en la ‘representación’ como en la ‘delegación’ la democracia podía terminar en deliberaciones por parte de un grupo de hombres que aspiran a manejarla a partir de sus propios intereses. Por lo tanto, para Bickel, la democracia no siempre es representación, ya que tenía muy claro que las mayorías populares podían estar o no subordinadas a facciones políticas, algo que el propio Madison quiso controlar:

Por *facción* entiendo cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto. (Hamilton, *et al.*, 2010)

Y más adelante afirma que: “este examen del problema permite concluir que una democracia pura, por la que entiendo una sociedad integrada por un reducido número de ciudadanos, que se reúnen y administran personalmente el gobierno, no puede evitar los peligros del espíritu sectario” (Hamilton, *et al.*, 2010).<sup>17</sup> Ante lo cual Bickel manifiesta que:

Es verdad, por supuesto, que el proceso de reflejar la voluntad de una mayoría popular en la legislatura, es desviado por varias desigualdades de representación y por todo tipo de hábitos y características institucionales [...] Sin embargo, debe ser recordado que los estatutos son el producto de la legislatura y el ejecutivo actuando concertadamente (Bickel, 1962:17-18).

En este orden de ideas, para Bickel no hay duda de que los grupos facciosos operan con fuerza en los procesos electorales, y no hay duda también que buscan y ganan acceso para un efectivo dividiendo en el proceso de elección del poder legislativo y del poder ejecutivo. Ahora bien, se podría inferir, dice Bickel, que la *judicial review*, aunque no es responsable políticamente puede tener formas de responsabilidad en la teoría democrática y en el proceso electoral para frenar intereses políticos (Bickel, 1962: 18); porque, “la revisión judicial, sin embargo, es el poder de aplicar y construir la Constitución, en asuntos de grandes momentos contra los deseos de la mayoría legislativa, la cual es a la

<sup>17</sup> En *El Federalista 10* se encuentra esta cita (WILLIAM, 2002).

vez impotente para afectar la decisión judicial” (Bickel, 1962: 19-20)<sup>18</sup>. Por ello, los jueces deben estar atentos a ponderar los intereses de las mayorías formales, pero al mismo tiempo, sus decisiones deben estar respaldadas en los reclamos de las mayorías y minorías excluidas que esperan ser escuchadas en los estrados judiciales.

En conclusión, la ‘dificultad contramayoritaria’ es una tensión entre la democracia y los jueces, pero que en todo caso Bickel resolvió con las ‘virtudes pasivas’ para evitar que los jueces fueran un PCM. Sin embargo, los ‘escépticos del control judicial’ pensaron, en general, que lo expuesto por Bickel acerca de la DCM obstaculizaba cualquier construcción democrática a partir de los jueces. En todo caso, si se mira detenidamente la filosofía política de Bickel, es inevitable encontrar un método judicial en el que el juez va creando a través de la ‘prudencia’ y la ‘ascendencia’ de las cortes todo un ejercicio educativo con la sociedad.

Pues bien, con este nuevo enfoque de la teoría constitucional a partir de Bickel se fortalece, aún más, la respuesta que Bickel propone a la ‘dificultad contramayoritaria’. Esta ampliación de la tesis bickeliana permite aclarar –contrario a lo que pensaron los ‘escépticos’– que Bickel había dado una respuesta a la DCM, y que no solo había dicho que los jueces debían cuidarse de ejercer una ‘fuerza contramayoritaria’.

### **La filosofía prudencial de Bickel a la luz de la ‘imagen de prestigio y autoridad’ de las cortes y su ‘función educadora’**

Como se mencionó, las ‘virtudes pasivas’, al permitir a la Corte posponer la decisión, facilitan también explicar lo que Bickel denomina el ‘maravilloso misterio del tiempo’, en el cual la Corte crea un recurso adicional para dar sentido a una respuesta prudencial. Ahora bien, con este espacio judicial se crea un ‘tiempo razonable’ para que la opinión pública, dentro de un ‘coloquio deliberativo’ consolide y madure sus posiciones iniciales en cada caso constitucional en discusión (Kronmant, 1985:1586)<sup>19</sup>. A partir de esto, los jueces se toman el tiempo de reflexión y de meditación necesario para

---

18 Esta es una idea que ayuda a comprender un poco cómo la intención de Bickel con la *judicial review* no es la del intervencionismo de los jueces en todos los aspectos de la vida, sino tan sólo en algunos casos excepcionales. (Ackerman, 1991).

19 Por ejemplo, la Corte constitucional colombiana se toma un periodo de tres meses para declarar una norma inconstitucional; es decir, este es el tiempo promedio para el estudio de cada caso.

buscar una respuesta en cada ‘asunto constitucional’, con lo cual pretenden morigerar los ánimos –que se expresan aceleradamente y con urgencia– en los parlamentos en donde los debates en torno a cuestiones de derechos y de principios a veces no son los mejores.

Por lo tanto, entre más oportuna y más ‘prudente’ sea una Corte conforme a la Constitución, más fácil será su aceptación en la sociedad. Además, menos peligro correrá su independencia y su autonomía como la ‘rama menos peligrosa’ –*the Least Dangerous Branch*–.<sup>20</sup> Pero si una Corte es inoportuna, pronto colocará en peligro su existencia, su imagen y las funciones en torno a la *judicial review*. Por esto, si la Corte en raras ocasiones debe actuar en contra de la opinión pública, tiene que respaldar, por ende, los principios controvertidos a través de una motivación clara, inspirada en la Constitución y en las ‘virtudes judiciales’.

No obstante, en vista del peligro en el cual la Corte puede caer, ésta debe trabajar bajo la obligación de tener éxito democrático, así se avencinen una serie de inconvenientes. Es decir, a pesar de las ‘dificultades’ que una Corte pueda tener, ésta intenta buscar el ‘diálogo interinstitucional’ que garantice fortalecer la democracia. Lo anterior se debe a que, como lo dirá Bassok, los jueces no son la “última palabra, sino apenas intermediarios entre la democracia constitucional y la sociedad” (Bassok, 2012: 366).

La pregunta que uno debe formularse ahora es si los jueces son o no son parte de la democracia. A lo que habría que decir de inmediato que los jueces, al ser delegados por el Constituyente Primario para tomar las decisiones que toman, son parte de la democracia. En ese sentido, la elección popular no puede ser el único aval posible para que se considere que algo es democrático. Los jueces, al no ser elegidos democráticamente, también pueden contribuir a, y hacer parte de la democracia cuando impiden que se obstaculicen los mecanismos de participación; y son garantes de los derechos. Dicho brevemente, esta contribución judicial se vuelve todavía más importante cuando es apoyada por la ciudadanía.

De suerte que los jueces han ido ganando un espacio democrático cuando sus decisiones son avaladas por la sociedad, particularmente cuando utilizan la *judicial review* en pro de la democracia. Por esto, la jurisprudencia se ha ido convirtiendo

20 Al decir de Hamilton “no hay proposición que se 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” (Hamilton, Madison y Jay, 2010).

de a poco en una fuente principal para la construcción de la democracia y en dinamizadora de la ley. En este sentido, la elaboración de la ley ya no es un resultado dado solo por el dueto legislativo-ejecutivo, sino que ahora también es consecuencia de la intervención del juez que, a su vez, se encuentra con una 'identidad complementaria' en este nuevo rol del 'constitucionalismo democrático'.

En consecuencia, la búsqueda de una función judicial y democrática implica la realización de las políticas públicas que no tengan la posibilidad de ejecutarse de ninguna otra forma si las cortes no las asumen. Esto significa que las cortes no pueden disminuir la calidad en el desempeño de los otros 'poderes' al desnudarlos de la dignidad y la carga de su propia responsabilidad (Bickel, 1962:24). En otros términos, el legislador tiene la 'primera palabra' en políticas públicas; luego la tendrán los jueces tras un tiempo prolongado de deliberación en la sociedad sobre lo que el legislador ha dicho o dejado de decir. Tan solo en este momento, los jueces pueden entrar prudencialmente a decir el 'asunto constitucional' sin colocar en peligro la 'imagen' que una Corte debe tener ante la ciudadanía.

De manera que dicha 'imagen' se mantiene cuando los jueces no utilizan la *judicial review* para hacer 'activismo judicial', sino para utilizarla en momentos muy específicos de crisis democráticas, en las que los 'llamados de la sociedad' exigen poner en práctica los principios descubiertos en la deliberación pública. En estos casos, los jueces pueden intervenir con prudencia a través de aquellos principios para ganar la legitimidad democrática que fortalezcan sus decisiones. Esto no quiere decir que los legisladores no sean capaces, como los jueces, de discutir con base en los principios, sino que hay momentos en los que el legislativo no los tiene en cuenta en sus discusiones políticas.

202

Así, el sistema político-jurídico americano, al decir de Bickel, necesitaba de la evolución de los principios en circunstancias muy novedosas, más que simplemente de la aplicación mecánica de los mismos. Por lo cual no se demandaba solo el respeto de la aplicación de la regla de los principios establecidos, sino que también se procuraba su establecimiento creativo y dinámico, y la renovación de un cuerpo coherente de reglas a partir del significado que daba la colaboración judicial.

Frente a lo anterior, Bickel argumentaba que las legislaturas habían probado que estaban muy mal equipadas para ejercer la función del 'coloquio deliberativo' (Bickel, 1962:24-25)<sup>21</sup>. Esto ocurre porque el carácter y el trato de los principios

---

21 En este orden de ideas es que se dice, en términos de Dworkin, que la Corte está mejor equipada para el 'foro de principios'. Los jueces, con sus decisiones, colocan a prueba a la

en la legislatura se presentan de una manera muy diferente a cómo son entendidos por los jueces, que tratan con casos reales y no simplemente en abstracto (Bickel, 1962:25)<sup>22</sup>. De modo que las cortes están mejor preparadas para fallar con base en principios y ‘valores perdurables’ que se encuentran inmersos en los debates constitucionales, porque los ciudadanos a través de sus demandas expresan más fácilmente sus derechos y pretensiones. A partir de este diálogo judicial entre las partes y los jueces, se busca dar mejor claridad a las leyes abstractas y generales que el legislador crea, para convertirlas en una ‘jurisprudencia concreta’ –en contra de una ‘jurisprudencia abstracta’– que haga más fácil la comunicación con la gente, y de la cual depende también su ‘función educadora’.

Con respecto a la ‘función educadora’, hay que decir que ésta depende de una ‘imagen de prestigio’ de las cortes que no se logra de golpe, sino a través del continuo de su historia, en la que la *judicial review* no se justifica por sí misma, sino que obedece a las respuestas que una Corte vaya ofreciendo a las demandas, movimientos sociales, conflictos de principios, entre otros, que son suscitados para promover reformas constitucionales. De modo que, en la forma cómo los jueces vayan enfrentando los conflictos sociales a través de la reflexión solitaria –y su ‘lugar estratégico’–, pero en paralelo a los reclamos de la sociedad, se logrará percibir el éxito de su intervención para aumentar o no la DCM. En este sentido, una Corte puede ser contramayoritaria si se aleja de las demandas sociales, y puede ser un ‘poder pro-democrático’ si está más cerca de las prácticas ciudadanas.

Ante todo, la ‘función educadora’ de una Corte depende básicamente del diálogo que pueda provocar en la opinión pública a partir de las decisiones judiciales. Con esto se sabrá qué tanto el poder judicial está en sintonía con las ‘sensibilidades sociales’, sin que ello quiera decir que abandone la práctica judicial. Simplemente se quiere decir que los jueces son más receptivos al diálogo con los ciudadanos y están en un mejor ‘lugar estratégico’ que el de los legisladores para no tomar decisiones apresuradas.

En este sentido, el poder judicial actúa a través de las ‘virtudes pasivas’, mientras que el legislador, al decir de Bickel, hace parte de una democracia que está llena de emociones e intereses en juego, en donde la ‘prudencia’ brilla

---

comunidad para deliberar asuntos de gran trascendencia nacional.

22 Aquí hay toda una corriente del realismo jurídico que está impregnada en Bickel y en todo el diseño constitucional norteamericano, en donde el derecho más que trabajarse a partir de teorías, se investiga a través de los casos reales.

por su ausencia. Por esto, la democracia representativa ha perdido la confianza con sus representados, pues al no ver estos sus intereses reflejados en las leyes, el poder judicial gana el respaldo de las personas cuando ven mejor protegidos sus derechos en los estrados judiciales.

Lo anterior significa que existen diferentes asuntos constitucionales que no se pueden decidir en el matiz del momento. Sin embargo, a través de la espera y la prudencia judicial, diferentes dificultades políticas –que han quedado sin respuesta– pueden llegar a feliz término con el ‘uso pro-democrático’ de la *judicial review*. Así pues, lo importante no es sólo la deliberación como lo sugirieron varios juristas y legalistas promotores de las democracias deliberativas, sino la forma prudencial en que se resuelven los conflictos. De este tenor fue la intervención del profesor Néstor Osuna cuando en Colombia, por ejemplo, llamó la atención sobre este particular, afirmando que:

Los jueces reaccionan en un tiempo mucho más humano, en un tiempo que no es de espectáculo, que se permite por la reflexión, el debate, la argumentación, el intercambio de ideas. Probablemente este modo de proceder parezca disfuncional frente al lustre de la cámara de televisión o de la opinión pública con sus inquietudes cotidianas, pero es esencial para el funcionamiento de una democracia crítica y madura, es decir, una democracia con la cual valga la pena comprometerse (Osuna. 2013:372).

Esta afirmación la realizó el profesor Osuna en un momento en el cual la Corte Constitucional colombiana estaba llevando a cabo una serie de ‘diálogos interinstitucionales’; y en ella comparte sus inquietudes con otros cuestionamientos de académicos, juristas, profesores y ciudadanos en general (Bickel, 1962:26)<sup>23</sup>.

---

23 Recordemos que desde hace unos años la Corte Constitucional colombiana viene realizando una serie de eventos denominados *Encuentros de la jurisdicción constitucional*. En estos encuentros los magistrados de esta Corte, los magistrados de otras cortes y países, funcionarios de otras ramas del poder, y los profesores, por mencionar tan sólo algunos participantes, son invitados para tocar temas de gran transcendencia nacional en debates sobre derechos, democracia, justicia, Estado, política, entre otros. Este ‘Encuentro’ cuenta con una de las asistencias más concurridas que existen en el país a nivel de encuentros académicos, y cada vez aumenta más su popularidad. Ha sido tanta la participación, que en el último evento, por la poca capacidad de los auditorios y por el llamado de la gente a concurrir, la Corte Constitucional decidió transmitir el encuentro vía Web para muchos lugares del país. Por lo tanto, éste es un encuentro nacional y académico en el que se forjan valores constitucionales a través de una Corte que pretende ejercer una ‘función educadora’. Además, ésta es una forma

En consecuencia, con base en esta práctica educativa en donde las cortes van fortaleciendo la confianza con el público, éstas se convierten en un espacio democrático, en el cual los jueces constitucionales logran dar respuesta, no como la ‘última palabra’, sino como una ‘palabra intermediaria’, a los ‘llamados de la gente’. Por lo tanto, lo útil de esta respuesta de Bickel a la DCM es que aumenta la autoridad de la ‘rama menos peligrosa’, es decir, los jueces, quienes aunque no tienen un poder físico (“*sword*” o “*burse*”) –como lo tiene, por ejemplo, el ejecutivo–, pueden hacer uso de su ‘autoridad moral’ con sus respuestas a las pretensiones de las personas, para consolidar aún más el equilibrio entre los poderes<sup>24</sup>. Es por esto que se hace necesario replantear la discusión de la DCM, de manera que se contra-argumente la lectura de los escépticos, y se analicen otros entes e instituciones del Estado que evidentemente ejercen un ‘poder contramayoritario’.

Lo anterior se explica mejor citando al propio Bickel en su defensa moderada de la Corte. Según este autor:

La Corte aparece predestinada en el largo plazo, no sólo por la escalofriante tradición de la ley de los anglo-americanos, sino también por los duros hechos de su posición en la estructura de las instituciones norteamericanas, a ser la voz de la razón, cargada con la función creativa del discernimiento

---

distinta de la Corte para acercar sus fallos a la sociedad, en la que se promueve un ‘foro o coloquio deliberativo de principios’ a través de un ‘diálogo interinstitucional’. El año pasado se realizó el IX Conversatorio de la Jurisdicción Constitucional, *Diálogo Constitucional para la paz*, en el que se discutieron por tres días las respuestas, dilemas y problemas que el gobierno está enfrentando en la Habana con las FARC. Las exposiciones que allí se dieron fueron sin duda un ‘diálogo interinstitucional’, en el cual se conjugaban diferentes entes del gobierno y de la democracia para intentar llegar a un acuerdo, y así intentar terminar con una guerra prolongada durante más de 50 años.

24 Recordando al juez Frankfurter, a la Corte le interesaba primero reclutar la confianza pública, porque de algún modo no había que temerle sólo al juicio, sino a la ‘sanción moral’ de la gente. La reminiscencia de Frankfurter coloca en vigencia la defensa que Hamilton hiciera en *El Federalista* 78, en la que expresaba que el poder de la Corte no radica ‘sólo’ en sus conocimientos, sino en su capacidad de reclutar el apoyo del público, pues muchos casos llegan a revisión judicial sólo porque la gente lo ha decidido. Pero también es cierto que lo único que le queda a la Corte en momentos difíciles es basar sus argumentos en coherencia con los principios que conducen al fallo. Con base en esto se pretende ganar respeto y confianza con la democracia. Ahora bien, aunque la Corte no tiene la fuerza que posee el ejecutivo o el legislativo, por ser estos de origen democrático, también es cierto que la Corte reemplaza este poder físico por un ‘poder moral’, que ganará con el tiempo cuando su ejercicio sea análogo en sus fallos con la democracia; y con la influencia que ejerza en las personas (Bassok, 2012:368-372).

nuevo, y de articular y desarrollar principios impersonales y duraderos”  
(Bickel, 1962:27, Hamilton, Madison y Jay, 2010; y Linares, 2008).

Por ende, para Bickel la Corte puede ayudar a encauzar los valores que la sociedad le demanda por medio de un ‘diálogo interinstitucional’ en que se evite caer con las tesis de la ‘última palabra’ y del ‘elitismo judicial’.

Siguiendo la lectura de Bickel, es posible defender una ‘judicatura pro-democrática’ en la práctica constitucional. Pero no basta sólo con la justificación de la *judicial review* para defender los derechos, por ejemplo, a través del uso de la tutela, sino que los jueces ahora están para auxiliar a la democracia con base en una imagen de ascendencia, autoridad y educadora que van construyendo en el transcurso de la historia. No obstante, no cualquier Corte tiene sintonía con la sociedad para representar mejor estas características. Como se dijo, ésta debe estar comprometida con las necesidades de las personas, pero al mismo tiempo sustentar sus decisiones respetando el principio de legalidad y la democracia participativa.

Una Corte que cumpla adecuadamente con estas funciones debe ser por lo tanto una institución que se ‘tome en serio’ los principios que la sociedad le reclama, de manera que éstos se puedan llevar a cabo en la práctica social, y no solamente dentro de un ordenamiento jurídico interno, sino también que sean útiles para la práctica del derecho trasnacional. Por ejemplo, en la declaración de la constitucionalidad del ‘principio de integración’ en el caso *Brown v. Board of Education* los jueces inclinaron la balanza hacia el bienestar de la política y el bien común. Y nadie puede discutir, hoy por hoy, que el caso *Brown*<sup>25</sup> no sea un caso ejemplar para representar el poder político de la Corte, ya que cada vez que la opinión judicial se racionaliza en la sociedad, ésta se adecua a la Constitución.

En este orden de ideas, se demuestra que tal política no sólo está respaldada por la Corte, sino por la Constitución misma, que a fin de cuentas es la que contiene a estos valores. Al decir de Bickel:

---

25 Una de las tareas prioritarias en este caso era el de cómo incluir socialmente el ‘principio de la integración’ de las razas, y cómo las cortes deberían adaptarse al mismo tiempo a las realidades de cada época. El problema no era simplemente la ejecución del fallo, sino que la tarea de la Corte era buscar y promover la aprobación y el cumplimiento del mismo a través del consentimiento que podía lograrse a muy corto o a largo plazo, dependiendo de la efectividad de esclarecimiento que la Corte hubiera tenido para encontrar el verdadero ‘asunto constitucional’; y en qué lenguaje debía ser transmitido a la sociedad (Whitman, 2004).

La Corte es capaz de ejercer cabalmente su función, como lo hizo en los casos de segregación escolar manteniéndose la tensión en la cual nuestra sociedad florece y prospera, pues tiene a su disposición muchas técnicas y dispositivos de formas de mediación entre los valores últimos de la legitimación y la invalidación [...] la Corte es sobre todo un animal político (Bickel, 1962:132).<sup>26</sup>

De ahí que las cortes, aunque puedan de algún modo desalentar los esfuerzos de las personas para educarse a sí mismas, y disminuir la argumentación en las legislaturas, también son una institución altamente educativa. Más aún, los jueces, como lo haría ver también Eugene Rostow, son, según Bickel: “profesores inevitables en un seminario vital nacional” (Bickel, 1962:26), en el que los dejan a un lado su aislamiento para estar más involucrados con una ‘judicialización de la democracia’, con la cual se espera reconciliar el constitucionalismo con las discusiones que se dan en el parlamento.

Por otra parte, la ‘metáfora del profesor’, según la lectura que realiza Kronmant de Bickel, es la tesis a partir de la cual las cortes tienen dentro de sus principios el de una ‘función educadora’, en la que se presenta al juez como si fuese un ‘profesor responsable de un seminario nacional’. Este profesor no sólo se preocupa por disertar sobre una técnica específica, sino que debe transmitir los valores y los principios que ayuden a educar a sus estudiantes. Así también,

26 Este es un asunto que debe tenerse en cuenta, ya que se alega que la Constitución americana es antidemocrática, y que son los jueces los que le han ido dando significado. Es decir, ¿dónde quedaron los derechos de los negros, de los esclavos, de las mujeres, de los grupos sin poder económico y demás grupos minoritarios excluidos de los dos grandes partidos políticos? La respuesta es fácil: quedaron por fuera de la parte formal de la Constitución y tuvieron que pasar muchos años para que fueran incluidos por enmiendas constitucionales dentro de la dogmática constitucional estadounidense. Por ejemplo, la esclavitud tuvo que esperar hasta 1865 para que Abraham Lincoln, junto con sus amigos en el Congreso, la declarara inconstitucional, sin que esto violara la Constitución y contrariara el sentir de los ‘padres fundadores’. El derecho al voto de las mujeres tuvo que esperar hasta 1919 con la novena enmienda; y la segregación escolar, efecto de la esclavitud y el racismo, tuvo que esperar casi cuarenta años más para también declararse inconstitucional en 1954. Estos problemas y vacíos que dejaron los ‘padres fundadores’ son recordados por Robert Dahl cuando dice, por ejemplo, que Madison a sus 36 años llegó a la Convención de 1787 sin contar con mucha experiencia en las prácticas e instituciones jurídicas que requería una república democrática como la estadounidense. Dice Dahl que “antes de su muerte en 1836, a los 85 años, casi medio siglo después de la Convención, Madison podría haber reflexionado con una rica experiencia que habría modificado en diversos sentidos sus concepciones acerca de la Constitución” (Dahl, 2003:42).

una Corte tiene un compromiso social de educar en principios y valores, pues ésta no sólo debe reflexionar y decidir sobre temas constitucionales, sino que también debe educar mediante sus fallos y coloquios a la ciudadanía.

Incluso, el valor educativo de una Corte tiene, entre otros principios, hacer realidad las aspiraciones constitucionales de una sociedad, porque si no tiene esto como principio –es decir, para llevar a la sociedad hacia adelante o mejorarla–, tampoco tiene el poder para instruirla o educarla. De esta manera aumentaría la DCM, y pondría en riesgo la estabilidad de la *judicial review*. Además, de nada sirve que la sociedad esté encaminándose hacia un lado y una Corte Constitucional llevándola hacia otro lugar. Esto significaría que no hay un 'diálogo interinstitucional' que identifique qué valores y principios persigue la sociedad, convirtiéndose así la Corte en un obstáculo para el progreso moral y social de las personas.<sup>27</sup>

De manera que la metáfora del 'educador responsable' tendrá en cuenta las actitudes de sus alumnos, sus deseos, inquietudes y creencias para edificar desde allí cualquier debate, ya que éstos representan el punto de partida del proceso de desarrollo moral, intelectual y argumentativo de una sociedad. Igualmente, éste también debe ser el camino de una Corte cuando recibe los 'llamados de la sociedad' a través de sus demandas y acciones (Kronmant, 1985:1583)<sup>28</sup>. Es decir, la corte debe construir a partir de los ciudadanos un

27 No obstante, reconocemos que este acuerdo entre un Tribunal Constitucional es complicado, porque, ¿qué pasa si la sociedad está dividida? ¿Qué pasa con los acuerdos constitucionales iniciales? Seguramente los originalistas nunca pensaron en matrimonios entre personas del mismo sexo, pero ahora es un tema estatal en EEUU y en el mundo. En este caso, la interpretación judicial debe "ajustar" el querer de la Constitución a los cambios del mundo. Por esto, la actitud prudencial y educadora de una Corte implicaría que no debe meterse en debates hasta que el asunto constitucional no esté "decantado". Es decir, si el legislador no dice nada frente a un problema social, los jueces deben quedarse quietos sin ejercer un 'activismo judicial'. Pero si la lucha social, la exigencia de las minorías, u otro actor social, apela a la teoría de derechos para exigir un pronunciamiento de los jueces constitucionales, estos deben obrar en concordancia, a costa de la pasividad de los demás poderes para actuar.

28 Es claro, según Bickel, que los jueces deberían tener el ocio, la formación y el aislamiento para seguir los caminos del erudito en la consecución de los fines del Estado. Sin embargo, a la Corte Suprema le compete una tarea diferente de su contraparte académica, la cual es el rendimiento de la tarea de la justicia (su rendición de cuentas), que requiere una capacidad que el filósofo moral o el legislativo puede teorizar, pero que no logran comprender por no estar expuestos a los casos de 'carne y hueso'. De esto depende su sensibilidad y no su abstracción, ya que el objetivo de la Corte y de la justicia es lograr satisfacer los ideales aspiracionales que persigue una sociedad y que se ven reflejados en los llamados constantes, como sucedió en el caso *Brown v. Board of Education*. En fin, como diría Bickel, los jueces se ven constantemente envueltos en una 'tensión lincolniana'; esto es, en la idea de hacer

‘coloquio deliberativo’ que dé mejores respuestas que las que se constituyen tan sólo en los parlamentos.

Ahora bien, –siguiendo con la metáfora– como las escuelas son lugares para la realización y la construcción de estos valores y desarrollos intelectuales de los alumnos, las Facultades de Derecho, como las cortes, pueden proporcionar oportunidades para practicar y mejorar los debates que luego podrían ser aplicados de forma más general en la resolución de los conflictos sociales. No obstante, la relación inter-generacional entre el alumno y el maestro –como la Corte y la sociedad– tiene sus dificultades intrínsecas, puesto que llegan, el uno y el otro, desde diferentes lugares, incluso cuando parece que estamos en el mismo sitio. Esto, según Robert Burt, fue lo que aprendió de sus maestros; en este caso de Alexander Bickel; y esto es lo mejor que un profesor o una Corte puede ofrecerle a toda una generación siguiente, a saber, la deliberación mancomunada (Burt, 1995:1873).

En resumidas cuentas, esto es lo que pretende hacer una Corte cuando en los debates más agudos de una sociedad lo que intenta primero es entrar en contacto con los diálogos que está generando y exigiendo dicha sociedad. Esto significa que una Corte no puede quedarse amarrada a los precedentes decimonónicos y a la doctrina para apoyar sus fallos, sino que debe abrirse al debate interinstitucional. aunque los debates decimonónicos y los precedentes son reglas de juego en el diálogo judicial, ya que no se llega en blanco a un debate constitucional. Tal exigencia es importante puesto que una Corte no sólo dialoga con sus precedentes jurisprudenciales, sino que también lo hace con la política presente, con los litigantes, con los ciudadanos, y con los demás poderes públicos; y debe tener muy presente hacia dónde se está conduciendo la cultura jurídica y qué democracia se está construyendo. En este sentido, Wilfrid Waluchow, quien sigue la línea de argumentación de Ronald Dworkin, señala que:

Incluso cuando el debate es iluminador [...] el proceso mayoritario anima los compromisos que pueden subordinar las cuestiones importantes de principio. En contraste, los casos constitucionales pueden propiciar, y de hecho propician, una amplia discusión pública que se centra en la ética política” [...] Cuando un asunto constitucional ha sido decidido por

---

cambios sociales fuertes en contra de una democracia que está atada a otros precedentes judiciales. Sin embargo, un grueso de la democracia tiende a no dejarse domesticar por la jurisprudencia y la ley vigente (Kronmant, 1985: 1589).

la Corte Suprema, y es lo suficientemente importante como para que se pueda esperar que sea elaborado, expandido, contrariado o incluso anulado por futuras decisiones, comienza un sostenido debate nacional, en la prensa y otros medios, en las facultades de derecho y en las aulas, en los foros públicos y en torno a la mesa del comedor. Ese debate encaja mejor (con los ideales de la democracia constitucional) que cualquier resultado que el procedimiento legislativo por sí mismo probablemente pueda producir (Waluchow, 2009:374).<sup>29</sup>

Aparte de esto, lo que pretende también una Corte es mantener el equilibrio entre la democracia y el constitucionalismo, el cual viene generándose desde el interior de la sociedad, pero también desde el interior de las instituciones democráticas. Por esto, si la Corte no está alerta a estos propósitos, sus decisiones claramente se verán envueltas en el 'argumento contramayoritario', y su 'imagen de prestigio' y su 'función educadora' pasarán a ser las de un 'profesor mecánico'. De manera que, en medio de ese intento por comprender la naturaleza del gobierno y de la Corte, Bickel introdujo un lenguaje constitucional y común para que conversaran académicos, filósofos, jueces y constitucionalistas en general, a saber: el lenguaje de la DCM.

En síntesis, las ventajas de acercarse a la DCM desde la perspectiva del argumento histórico y contextual de Bickel han permitido conocer otros atributos que una Corte posee para moderar los reclamos de los 'escépticos del control judicial'. Estas percepciones ofrecen otras formas de reaccionar ante la polémica de si los jueces pueden colaborar con la democracia a través de algunas decisiones judiciales (Colón, 2011: 6).

---

29 Con Waluchow, entonces, los jueces, por ejemplo en Canadá, no se ven como obstáculos a la democracia. Citando a Peter Hogg y Allison Bushell, este autor dice que "han argüido que el papel de los tribunales canadienses a la hora de aplicar la carta es mejor concebido no como una imposición que obstaculiza la voluntad democrática, sino como un estadio en el proceso democrático [...] Este proceso propicia una democracia pujante más que su supresión [...] y puede ser también vista como un auxilio en el establecimiento y en la determinación de los requisitos de la ética constitucional comunitaria [...] Que uno quiera o no llamar a esto un "diálogo" entre las partes concernidas, el hecho cierto sigue siendo que el control judicial de constitucionalidad parece promover una interacción de un tipo que sería absurdo ignorar" (Waluchow, 2009:376). Por otra parte, algunos argumentos sobre la reflexión acerca de la formación política en Dworkin se encuentran en su obra *La democracia posible*, en donde promueve un diálogo más abierto en términos democráticos, en el que los jueces pueden jugar un papel relevante. Esta misma idea también la insinúa en su otra obra, titulada *Virtud soberana*.

En fin, debe quedar claro que los jueces constitucionales pueden crear la DCM de muchas maneras –en esto estaba pensando Bickel cuando analizó el activismo de la Corte Warren–. Pero también debe ser muy evidente que a través del ‘uso prodemocrático’ de la *judicial review*, la cual se funda en las ‘virtudes pasivas’, la ‘imagen de prestigio’ de una Corte y su ‘función educadora’, fue posible para Bickel disolver de varias maneras la DCM. Este uso democrático del control judicial, que no es más que hacer partícipes a los jueces como complementos del legislador, y sobre todo como promotores de un ‘coloquio deliberativo en ciertos casos excepcionalmente ‘maduros’, es lo que se verá enseñada.

### **La teoría del ‘diálogo interinstitucional’ de Bickel como resultado de los ‘casos maduros’**

Según Bickel, los jueces en sus decisiones no debían hacer simples análisis conceptuales alejados de la realidad –como sucede por ejemplo en el control abstracto de leyes–, sino que su método jurisprudencial debía adquirir una forma para el esclarecimiento y el dinamismo de la ley; y esto ocurría gracias a la vaguedad existente en las normas jurídicas<sup>30</sup>. Con base en este método, las decisiones judiciales están plasmando el resultado de todo un proceso de discusión jurídica que se da entre litigantes, jueces, sociedad y legislador.

Por ejemplo, dice Bickel, en una ocasión la Corte respondió al llamado sobre un debate en torno a la libertad de expresión, que tuvo lugar con motivo de la película ‘Don Juan’. En este caso, la parte demandada le pedía a la Corte, en apelación, resolver un tema sobre la censura de la película. El argumento de la parte demandada –la ciudad de Chicago– en el caso de la corporación cinematográfica Times Film concluía con lo que podía ser seguramente una de las más conmovedoras y humildes peticiones nunca antes hechas ante la Corte Suprema. Dicen los demandados a la Corte:

30 Esto puede ser problemático, porque alguien puede pensar que el ‘control abstracto’ no se aleja de la realidad. Por ejemplo, supongamos que se demanda una norma sobre nuevas facultades del procurador para retirar funcionarios públicos de sus cargos. La norma en sí misma, para ser expedida, tuvo que tener un trámite en el Congreso, con estudios y demás sobre la necesidad de la misma y su conveniencia. También los participantes opinan sobre su viabilidad, resultados, dificultades y sobre por qué es inconstitucional o no; es más, hay peritos que señalan las bondades o no de la figura. El debate inclusive puede ser un asunto internacional por el lío político que puede ocasionar en la ‘ingeniería constitucional’, y muy seguramente estas situaciones son parte de las argumentaciones de los participantes en la construcción de la ley. ¿Por qué sería entonces un control ajeno a la realidad? Esto no es ajeno a la realidad diría aquel defensor del ‘control abstracto’, que solo sería de nombre, por oposición al ‘control concreto’ propuesto por el realismo jurídico.

Le corresponde a esta Corte liderar la senda, pues es con esta Corte que reposa la responsabilidad máxima. La Corte debe adherirse a la política, debe ir por el camino medio –una vía que está bordeada por dos precipicios. Uno de ellos va a dar a la degradación moral y el otro [...] al sofocamiento de pensamiento y una reglamentación puritana. Ninguna de las opciones es apta para EE.UU. Esta Corte debe tomar el timón y conducirnos –a ambas partes de esta controversia– por el camino medio donde las obras cinematográficas solo estén sujetas a la restricción previa como fuese necesario para prohibir la obscenidad, la inmoralidad y aquellas películas que tienden a crear una perturbación del orden público y sublevaciones” (Bickel, 1962:138).<sup>31</sup>

Para Bickel la solución a este caso debió girar en torno a la evaluación de la Corte sobre la sabiduría y la prudencia de la ‘restricción previa’, y sobre los efectos probables en las circunstancias políticas y sociales de la actualidad. Se trataba concluyentemente de una función de la Corte que proclamaba los objetivos de principios, incluyendo algunos que se preveía podían ser difíciles de lograr en una plena realización inmediata. Y de ninguna manera, según Bickel, esto degradaba el proceso de la razón o la durabilidad de los principios. Esta es una tesis que también defiende Dominique Rousseau cuando afirma que:

El significado que el juez constitucional va a dar de un principio, en un momento determinado, es resultado de una deliberación que ha tenido lugar en las diferentes esferas de la sociedad. El juez interviene en la cadena de producción de la norma no para imponer de una manera arbitraria su significado, sino para consagrar y validar el trabajo hermenéutico que ha sido realizado en el seno de la sociedad civil (Rousseau, 2013:329).

Por esta razón, el derecho jurisprudencial puede ser reelaborado, ya que el estudio de los hechos lo hace el juez mediante las demandas que llegan a su despacho, imponiendo contenido y vida a las normas hechas por el legislador. Así, las sentencias son construcciones constitucionales, envueltas en decisiones políticas y sociales, que luego son aceptadas o no por la sociedad, debido a la carga semántica del lenguaje ‘contramayoritario’ o ‘prodemocrático’ que puedan traer tales decisiones judiciales.

---

31 El ‘diálogo interinstitucional’ va a quedar mejor ilustrado cuando en seguida se presenten algunas ideas de cómo concibió Bickel el caso *Brown v. Board of Education*.

Esta línea argumentativa también puede explicarse desde Levi, el jurista de Chicago, con quien el lenguaje de los litigantes, como representantes de sus partes, se va introduciendo en los fallos judiciales en la medida en que los jueces lo aceptan dentro de la construcción del derecho. Levi expresa que desde 1816 a 1851, por ejemplo, se debatió en los tribunales sobre qué era considerado un ‘objeto peligroso’, mientras que el legislador sólo prescribía nociones generales. Este concepto evolucionó en la medida en que los litigantes iban reclamando ante los jueces sus diferentes peticiones individuales, en las que el concepto –objeto peligroso– se entendió de varias maneras; a saber: Un ‘arma cargada’; una ‘máquina defectuosa’; un ‘veneno mal rotulado’; una ‘rueda defectuosa’; hasta llegar a una ‘lámpara que explotaba’. Estos procesos sugieren, según Levi, que se necesita de un deber especial por parte de los jueces: “este deber requiere que haya un cuerpo de servidores públicos, los jueces, para interpretar el significado de lo que otro cuerpo, los legisladores, ha dicho” (Levi, 1964:43).

En este mismo orden de ideas se encuentra Bickel, quien intentaba que la Corte fuera un órgano dinamizador de la ley a través de una jurisprudencia más ‘concreta’, y no simplemente la promotora de una ley que se adecuaba a un caso en específico. Esto no quería decir que los jueces fueran interventores en la elaboración de las normas. Tan sólo se pretendía que la Corte jugara un papel importante en colaboración con la rama legislativa; sobre todo porque los jueces podían colaborar con el fortalecimiento de las normas a través de un proceso de deliberación que les exigía la sociedad (Bickel, 1962:161).

Más aún, cada sentencia, como lo diría Holmes, es un “momento esclarecedor” de la historia, el cual ayuda a que las demás líneas jurisprudenciales tomen su verdadero significado en la realidad. A su vez, la jurisprudencia no puede ser un “retrato del pasado, ni estar a espaldas del presente, sino que debe ser una pintura mejor elaborada y proyectada hacia el futuro de cómo deberían ser mejor las cosas”. Por ello, como diría también Bickel, las sentencias deben ser el reflejo de ese ‘brillo esclarecedor de la historia’ y no pueden convertirse en precedentes inamovibles. Antes bien, requieren de un uso dialógico, a través de los jueces y la comunidad.

En vista de esto, la jurisprudencia puede ser menos o más abstracta dependiendo de qué tanto el ‘asunto constitucional’ esté lo suficientemente debatido y confrontado con otros casos semejantes en la sociedad. Es decir, los tribunales, como ‘coloquio de principios’, están poniendo a prueba los resultados de los diálogos que la ciudadanía va sugiriendo en cada caso particular hasta llegar

a su madurez. Porque en los casos menos 'maduros' —o asuntos no— la vaguedad es más común y la falta de debate público puede llevar a los jueces a cometer más errores, que aumentarían la DCM. Por esto, los jueces tienen que superar el simple análisis de los conceptos jurídicos, para pasar a una confrontación más sana, de los hechos que ameritan el 'asunto constitucional' con otros fallos que la Corte y la ciudadanía han deliberado con anterioridad. Al decir de Levi:

El razonamiento mediante ejemplos es clave para muchas cosas en el campo del derecho. Explica en parte el dominio o fuerza que el proceso jurídico ejerce sobre los litigantes. Ellos han participado en la creación del derecho. Están obligados por algo que han contribuido a elaborar. Además los ejemplos o analogías alegados por las partes hacen ingresar en el campo del derecho las ideas comunes de la sociedad, que tienen oportunidad de ser oídas en el tribunal, y volverán a tenerla nuevamente. (Levi, 1964:14)<sup>32</sup>.

Llegado este punto, hay que insistir en la importancia que tienen las 'virtudes pasivas' para Bickel, ya que con éstas se logran las respuestas prudenciales de una Corte da en sintonía con los compromisos de las personas.<sup>33</sup>

La Corte, como 'animal político', está alerta a responder a las sensibilidades de la sociedad a través de sus valores y principios, al cumplir a cabalidad con la práctica de la *judicial review* en su uso democrático. Se trata de una función en que la Corte proclama los objetivos de principios y en la que termina inmiscuida —quíeralo o no— en debates políticos.

Ahora bien, la legitimidad de esta intervención dependerá del grado de sutileza y prudencia que la Corte posea para interpretar y descubrir los principios vigentes en una sociedad democrática. Es decir, la DCM disminuye

---

32 Por esto, Levi sostiene que: "la idea adquiere importancia en la sociedad. Es sugerida de nuevo ante un tribunal. Esta vez el tribunal reinterpreta el caso anterior y, al hacerlo, adopta la idea que antes había sido rechazada. En casos subsiguientes ella recibe mayor precisión y es vinculada a otras aceptadas por los tribunales [...] las ideas rechazadas al comienzo, pero que gradualmente han obtenido aceptación, desplazan ahora lo que había llegado a ser una categoría jurídica del sistema, o lo convierten en algo que puede ser su opuesto" (Levi, 1964:14-15).

33 En opinión de Bickel, la prudencia es una condición indispensable para el éxito en las actividades tanto de los políticos como del juez. Por esto, nos reitera Bickel, si queremos seguir siendo una sociedad viable, debemos apelar a 'las artes del compromiso', que desde la perspectiva de esta concepción de la política prudencialista de Bickel, no son más que salirle al paso a todas las 'dificultades democráticas' en las que se pueda ver envuelto el ser humano en todos sus oficios; y en especial, en la función judicial y en la pública. (Kronmant, 1985:1567; y Amaya, 2012).

o aumenta dependiendo de las consecuencias que el fallo suscite con los más afectados, y del ‘diálogo interinstitucional’ que se vaya logrando en la sociedad. En consecuencia, este ‘diálogo interinstitucional’, a partir de los jueces, será de suma importancia para que los derechos, por ejemplo, exigidos por los movimientos sociales y las minorías, puedan tener un resultado más favorable, sin tener que esperar que las legislaturas los resuelvan. Se cree que esto fue lo que logró la Corte Warren en su intervención con el asunto constitucional de la ‘segregación escolar’. Por tanto, se hace relevante detenerse, brevemente, en el caso *Brown v. Board of Education*, con el fin de hacer más explícito el ‘diálogo interinstitucional’ que se trae entre manos Alexander Bickel con base en los ‘casos maduros’ (Bickel, 1962:132).

*A propósito del caso Brown v. Board of Education*

Según Bickel, en el caso *Brown v. Board of Education*, era claro que iban a surgir varios inconvenientes con la decisión de la Corte, en un momento en donde había todavía mucha gente en contra de la desegregación escolar. Este autor expresa, por ejemplo, que unos 250.000 alumnos de color se vieron afectados por algunos problemas provocados por alborotadores y por otras revueltas que estallaron en Delaware, Maryland y West Virginia. También se presentaron algunos disturbios en una pequeña comunidad de Delaware que había integrado a once afroamericanos en una escuela con 665 blancos. Pero, en general, lo que siguió inmediatamente a favor de la declaración del tribunal en torno al ‘principio de integración’ fue alentador y edificante. No obstante, dice Bickel, con la participación de 5000 distritos escolares, casi nueve millones de niños blancos y casi tres millones de color, la situación era de gran complejidad.

Para empezar, un gran número de leyes, reglamentos y la incorporación centralizada de la segregación tuvieron que cambiar para ajustarse al nuevo principio de la desegregación. Por esto, en la mayoría de los lugares, los alumnos fueron asignados a las escuelas de acuerdo con la ubicación de sus casas. Verbigracia, en donde había dos escuelas, una blanca y una afroamericana, las líneas residenciales ahora tendrían que ser elaboradas exclusivamente sobre una base geográfica y no, como anteriormente se hacía, de acuerdo con la geografía y la raza. Aun así, las escuelas no ofrecían los mismos espacios para la integración, por lo que la eliminación del criterio racial podía crear un nuevo problema y costos para el establecimiento del principio que imponía la Corte (Bickel, 1962:247).

Después de todo, y es esto lo que me interesa explicar, el caso Brown fue un buen ejemplo sobre cómo se promovió el 'coloquio deliberativo'; y es por ello que Bickel lo presenta como una aceptación plena de lo que podía ser un golpe de autoridad de una Corte. A este respecto, dice el autor:

Como ya se ha indicado, en los estados fronterizos y en especial, en las grandes ciudades fronterizas, así como otras zonas marginales, se inició el cumplimiento inmediato [...] En el resto del Sur, la situación era la siguiente. Hubo algunos gobiernos intransigentes [...] Pero eran muy excepcionales. El senador Richard B. Russell, de Georgia, atacó a la Corte [...] James F. Byrnes, entonces gobernador de Carolina del Sur, quedó 'en shock', pero instó a todos 'a actuar con moderación y mantener el orden'. El senador Harry F. Byrd, de Virginia, aunque imperiosamente crítico, llamó solo al 'el ejercicio de la mayor sabiduría' [...] El senador Russell Long, de Luisiana, quien lamentaba la decisión, añadió: "Mi juramento me obliga a aceptar esto como ley [...] Insto a todos los funcionarios del Sur para evitar cualquier tipo de acción temeraria o precipitada" [...] El gobernador de Arkansas, Francisco Cerezo, dijo: "Arkansas obedeceremos la ley. Como siempre se ha hecho [...]". El gobernador Tomás Stanley, de Virginia, se comprometió a "trabajar hacia un plan que sea aceptable para nuestros hijos y de acuerdo con el mandato de la Corte [...]". El gobernador de Carolina del Norte, William Ulmstead, aunque 'muy decepcionado', dijo que "este no es momento para declaraciones imprudentes o la propuesta de planes imposibles". En Texas, dijo el gobernador Shivers Alian, se cumplirá, aunque se necesitaría mucho tiempo para trabajar en los detalles [...] El Superintendente de Virginia de Información Pública, el Dr. J. Howard Dowell, abjuró (rechazó) cualquier desafío. "Estamos tratando de enseñar a los niños de la escuela la ley del país", dijo, 'y vamos a atenernos a ella' (Bickel, 1962:254-255; Whitman, 2004; y Burt, 2000).

216

Todavía más, antes de 1954 las escuelas segregadas estaban en un número de ciudades fronterizas y en algunas comunidades en los Estados del Norte, incluyendo a California, Ohio, Illinois, Pennsylvania y Nueva Jersey. Ahora, dice Bickel, estas escuelas no existen allí y es totalmente razonable conjeturar que, incluso en ausencia de una intervención de la Corte Suprema, los días estaban contados para acabar con esta división.

Pero, esto no elimina la afortunada intervención de la Corte para comprender que ya era el tiempo preciso para decidir un asunto que estaba lo suficientemente maduro en la opinión pública.<sup>34</sup>

Estos momentos políticos y jurídicos fueron propicios para que la Corte Warren, en el caso *Brown v. Board of Education*, expusiera al mundo la capacidad judicial que podían tener los jueces para hacer entrar en razón a una sociedad. Según Bickel, ésta pudo ser la primera, pero no fue la única ilustración del potente golpe de gracia que la Corte pudo asestar en la agitación nacional sobre asuntos acaloradamente discutidos e impugnados. El fenómeno fue más bien un concomitante necesario, mediante la toma de decisión con base en principios proclamados por la sociedad, para el proceso democrático. Al final, lo importante fue haber puesto a dialogar interinstitucionalmente a la población, con miras a construir una sociedad más democrática e igualitaria.

Esto permite decir que el grado de trascendencia de una Corte depende también del grado de racionalidad y prudencia por medio del cual la Corte le va dando un orden político a la ley; esto es, a su grado de efectividad empírica. El grado de sutileza y sensatez de una Corte depende de cómo los principios sustanciales son incrustados en la sociedad, en coherencia con el significado que las personas y movimientos sociales quisieron ofrecer. Aun así, Bickel señala que un principio constitucional descubierto por la vía de la interpretación judicial proyecta grandes sombras hacia el futuro. Esto, como sucedió en el caso de la ‘segregación’. Pero sin duda, esta incertidumbre no se hubiese esclarecido si la Corte de Earl Warren, entre 1953 y 1969, no hubiera marcado un episodio de ‘ascendencia’ y de educación ciudadana para los Estados Unidos. No obstante, argumenta Bickel:

Puede haber, no sólo la resistencia al alcance total del nuevo principio, más aún se darían dificultades con la ejecución de decretos específicos. En una crisis, [...] el poder judicial está totalmente dependiente del Ejecutivo [...] Es cierto que en la práctica y en la teoría el Ejecutivo está obligado a apoyar al poder judicial en una crisis tal. El buen Estado lo

34 Para el profesor Cox, en el caso *Brown* no hay ningún activismo de la Corte, pues no se está invalidando precedentes que están arraigados en la sociedad, sino que, por el contrario, es el resultado de una serie de luchas sociales y raciales que se han venido dando hace tiempo, por lo que la Corte creyó que era el momento justo para intervenir y decidir sobre estas energías socialmente acumuladas, pero que según este fallo traería un costo muy alto. Sin embargo, institucionalmente, la Corte daría un paso muy grande a nivel de ‘autoridad judicial’ y de interpretación de la Constitución (Swindler y Hanson, s.f.: 260).

exige, independientemente de los méritos [...] cuando la cooperación de las instituciones políticas pueden ser necesarias tanto en el fomento del consentimiento y, muy posiblemente en la administración de la ejecución, la Corte tenía derecho a considerar que esas instituciones se sentían incómodas por la presencia de tan difíciles y rápidos principios pidiendo una ejecución universal y repentina. (Bickel, 1962: 252-253).<sup>35</sup>

Por esto, en dicho caso, la declaración de la constitucionalidad del 'principio de desegregación' inclinó la balanza hacia el bienestar de la política y del bien común en el país del norte. Nadie puede discutir, hoy por hoy, que el caso *Brown v. Board of Education* no haya sido un 'caso maduro' para representar el poder político y eliminar la 'segregación escolar' a través de la Corte. Además, este caso da cuenta de la forma en que cada vez que la opinión judicial se racionaliza en la sociedad, ésta se adecua a la Constitución<sup>36</sup>.

En este orden de ideas, se demuestra que tal política no sólo estaba respaldada socialmente, sino también que estuvo muy bien comprendida en la decisión de la Corte que fundó su fallo con la misma Constitución creada por los 'padres fundadores'. O sea que la Corte resolvió con sabiduría y prudencia una tensión evidente entre la democracia y los jueces al dar una solución correcta a la posible DCM en el caso sobre la 'desegregación escolar'.

Por lo tanto, el 'uso adecuado' de la *judicial review*, en 'casos maduros', se dirige a la búsqueda de los compromisos sociales para representar 'argumentativamente' al pueblo, sin que esto implique la usurpación de los poderes. De ahí la importancia de Bickel y su estrategia para mostrar a la Corte como colaboradora de los demás

35 Sin embargo, no todo era color de rosa. Aquí florecieron de nuevo los debates constitucionales sobre qué dice la Constitución, qué se debía hacer o qué quisieron decir los constituyentes que se hiciera. Muchos fueron los apáticos frente al fallo de 1954. Por ejemplo, los políticos del sur fueron claros en que este fallo debía ser anulado, pues creían que se estaba violando el núcleo duro de la Constitución, y alentaban a aquellos Estados que se oponían a llevar las políticas de integración para que se opusieran al fallo por inconstitucional. Buscaban a toda costa que entrarán en razón sobre los principios fundamentales, ya que todas estas críticas estaban fundadas sobre aquellos que sí creían que el constituyente presagió una serie de controles y pesos entre los poderes, porque se creía que ningún hombre podía tener un poder ilimitado.

36 Una de las tareas prioritarias en este caso era establecer cómo incluir socialmente el 'principio de la integración' de las razas, y cómo las cortes deberían adaptarse al mismo tiempo a las realidades de cada época. El problema no era simplemente la ejecución del fallo, sino que la tarea de la Corte era buscar y promover la aprobación y el cumplimiento del mismo a través del consentimiento que podía lograrse a muy corto o largo plazo. Esto iba a depender de la efectividad de esclarecimiento que la Corte daría para encontrar el verdadero 'asunto constitucional', y de en qué lenguaje debía ser transmitido a la sociedad (Whitman, 2004).

poderes. Pero su mayor importancia se encuentra cuando sostiene que esta intervención no puede darse en todos los casos, sino en aquellos que eviten el ‘activismo judicial’ y promuevan, por el contrario, un acercamiento entre el constitucionalismo y la democracia a través del control judicial<sup>37</sup>. Con esto Bickel quiere dejar en claro a los ‘escépticos del control judicial’ que es posible, a través de las ‘virtudes pasivas’, que los jueces resuelvan asuntos constitucionales, para transformar a la sociedad con ‘mesura’<sup>38</sup> y prudencia, descubriendo otros principios implícitos en la sociedad y en la Constitución, con base en el ‘diálogo interinstitucional’. Al decir de Bickel:

Una de las facultades principales del poder judicial, de la cual carece la legislatura y que si corresponde a las cortes en su función de desarrollar y aplicar los principios constitucionales, es que el juicio de las cortes puede llevarse a cabo después de que las esperanzas y vaticinios expresados en la legislación hayan sido puestos a prueba en el funcionamiento real de la sociedad; el juicio de las cortes puede ser tenido en cuenta en casos concretos que ejemplifiquen las consecuencias existentes de las acciones de la rama legislativa o la ejecutiva, por lo tanto, está permitido que la corte apruebe sus principios y los transforme (Bickel, 1962:115).

La anterior afirmación de Bickel es una oportunidad que habilita a la Corte para reforzar la obtención de los principios con base en el control concreto

37 El ex-magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Manuel José Cepeda Espinosa dice que la “Corte no se mete en nada, a la Corte la meten en todo”. Como esta es una regla generalizada en Colombia, los jueces tendrán que ser más hábiles y prudentes para no estar resolviéndolo todo, pues perderían su razón de ser, según la cual, la Corte está para proteger la Constitución y no para ser un juzgado más del país. La Corte colombiana, por ejemplo, dentro de sus diseños de selección de tutela, a pesar de que muchas quedan por fuera de su margen de acción, sigue fallando considerablemente en relación a otros tribunales internacionales. Hay varios autores que muestran este problema en sus artículos, como por ejemplo Cesar Rodríguez Garavito, Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny, entre otros. Por estas razones, la Corte no debe pagar los errores de los demás jueces, ni los reclamos de la sociedad simplemente por tener popularidad o activismo. Su actividad debe perfilarse más como guardiana de la Constitución, y debe ejercer una ‘función educadora’ al estilo de un profesor responsable en un ‘seminario nacional’, comprometido con las demandas ciudadanas.

38 ‘Mesura’ es el término utilizado por Dominique Rousseau en la obra anteriormente citada, en la que sostiene que la justicia constitucional exige ‘mesura’ en la elaboración de las leyes. En nuestro contexto, el profesor Néstor Osuna utiliza la expresión ‘el tiempo del poder judicial’ para distinguirlo del ‘tiempo de la política’. La primera expresión se refiere a la reflexión, a la argumentación, mientras que la segunda, se refiere al espectáculo, a la urgencia. Sin duda estos conceptos van ligados a la expresión de las ‘virtudes pasivas’ de Bickel (Osuna, 2013:369).

(por ejemplo, la acción de tutela en el contexto local) y como resultado de los diálogos con la sociedad. Este control concreto permite ver si las normas se asientan o no en la sociedad. Después de este momento, como se dijo anteriormente, se observará si la norma se declara constitucional o no por los jueces. De igual modo, este diálogo implica que la sola decisión legislativa podría lograr importantes resultados para la sociedad si la paciencia de los jueces así se lo permite a través de sus 'virtudes judiciales'

En fin, las 'virtudes pasivas' en *The Least Dangerous Branch*, serán nada más y nada menos que la prudencia, un mecanismo estratégico que debe tener el juez a la hora de realizar sus funciones como poder público. Los jueces tendrán que guardar demasiada prudencia sobre lo que van a decidir en temas acerca de normas inconstitucionales, ya que éstas todavía no han tenido un efecto en la realidad. Por esto, los jueces deben esperar que las normas tengan sus efectos, pues la función judicial, en el caso americano, es hacer un control concreto de leyes. Estas afirmaciones se sustentan porque los legisladores, al apurarse a promulgar rápidamente las normas, pueden establecer algunas que no tengan sentido en la realidad, debido que no se ha hecho un debate deliberativo serio y calmado antes de su promulgación y publicación<sup>39</sup>.

Por esta razón, ante la poca o nula respuesta legislativa a los 'llamados de la sociedad', la Corte cumplirá un papel fundamental de respuesta al interés de la misma. De esta manera, la 'prudencia' del poder judicial indicará la posibilidad de que se genere un 'foro de principios' y un 'coloquio deliberativo' en la sociedad en procura de la madurez de los casos. Por consiguiente, después de todo este proceso dialógico, la Corte podrá decidir si interviene o no<sup>40</sup>, porque en este punto es donde se sabrá si los casos reales están lo suficientemente claros y 'maduros' para ser intervenidos por una institución que no tiene origen democrático. Con esto también se evitará que los jueces se conviertan en un PCM cuando fallan sin meditar con prudencia en qué deben fallar y cómo lo deben hacer.

La teoría de un 'diálogo interinstitucional a partir de los jueces es una línea argumentativa opuesta a la teoría de la 'última palabra', en la que el

39 En este mismo sentido es importante tener muy presente la definición que sobre la prudencia realiza Aristóteles como Φρόνησις (*phronesis*) o virtud (Aristóteles, 1977; Amaya, 2012; y Atienza, 2004).

40 Para Bickel es claro que hay casos insuficientemente maduros en donde la Corte no puede utilizar la JR, ya que el asunto fundamental del caso requiere más información y controversia para dar sentido al contexto político e histórico en relación con la Corte y las instituciones representativas.

poder judicial se observa como un ‘tribunal de la razón’. Mientras que con la teoría del diálogo, la ‘última palabra’ es ‘provisoria’ en cabeza de la Corte, ya que preferiblemente actuaría de manera minimalista en la mayoría de los casos, dejando abierta la posibilidad de que sus fallos se conviertan en ‘normas positivas’; pero, a su vez, ofreciendo la oportunidad de que sus fallos continúen con el ciclo de discusión en el legislativo, luego en la sociedad, y si es necesario, retornen a la Corte, comprendiendo un ‘asunto constitucional’ más ‘maduro’

Recordando la tesis gruesa de Bickel, los tribunales pueden seguir varios caminos principales: (i) invalidar la legislación incompatible con el principio; (ii) validar la legislación compatible con el principio o, (iii) no decidir. Cuando los tribunales invalidan o validan la legislación, el dictamen judicial es la principal herramienta para hacerlo. Bajo la tercera opción, el tribunal activamente no hace nada, pues entra a operar el mecanismo de las ‘virtudes pasivas’. El ejercicio de las ‘virtudes pasivas’, en este ‘diálogo judicial’, se logra típicamente mediante el uso de las doctrinas judiciales, la ‘madurez del caso’ y la prudencia judicial. En este ejercicio, para Bickel, uno de los beneficios principales del poder judicial es que reduce el enredo de los tribunales en temas de principios y aumenta su aislamiento de las políticas que competen a la sociedad para que ella misma emprenda el debate (Heise, 2000:5-6).<sup>41</sup>

Por esto, este ensayo está perfilado para debilitar, entre otras cosas, la argumentación de Gargarella –como defensor de la democracia deliberativa– cuando en uno de sus escritos expresa que:

Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía [...] sigan decidiendo cuestiones sustantivas [...] deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la “última palabra” en materia constitucional, cuando sabemos lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder” [...] Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y aislada de los jueces nos garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva (Gargarella, 1996: 265).

41 En Colombia existen algunos ejemplos de cómo sucede este debate, por ejemplo, las sentencias estructurales sobre el aborto; la jurisprudencia de los DESC; los fallos económicos en el IVA; las sentencias sobre el UPAC; el fallo inhibitorio del matrimonio LGBTI, los fallos sobre la reelección; entre muchos otros. Estos hechos institucionales están expuestos en la última parte de la tesis doctoral.

En conclusión, el principal interés de este texto fue explicar que existe otra lectura de Bickel, que permite ver a los jueces como auxiliares o colaboradores con la democracia, en oposición a lo que pensaban los 'escépticos del control judicial'. Ésta es una lectura que también va más allá de lo propuesto por J. Ely,<sup>42</sup> quien pensaba que los jueces tan sólo eran 'vigilantes de los canales de participación'; porque para Bickel los jueces ahora son promotores de un 'diálogo interinstitucional', dentro de una sociedad en donde sus fallos están basados en derechos, valores y principios. Con esto se expone que Ely se quedó corto en esta apreciación del control judicial, y por ello Bickel se hace importante para la comunidad jurídica y constitucional. Sin embargo, las discusiones entre Bickel y Ely serán parte de otro trabajo.<sup>43</sup>

### Bibliografía

- ACKERMAN, B. (1991). *We the people: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press.
- ALEXY, R. (2007) "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Cátedra Ernesto Garzón Valdez, Distribuciones Fontamara
- AMAYA, A. (2012). "Virtud y razón en el derecho. Hacia una teoría neo-aristotélica de la argumentación jurídica". *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas Perspectivas*, Bogotá, Temis
- ARISTÓTELES (1977). *Obras completas*, traducción de Francisco de P. Samaranch, Madrid, Ediciones Aguilar.
- ATIENZA, M. (2004). *Cuestiones judiciales*, México, Ediciones Fontamara.
- BASSOK, Or. (2012). "The two countermajoritarian difficulties", *Saint Louis University Public Law Review* 31.
- BICKEL, A. (1962) *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics*, New Haven and London, Yale University Press.

42 Al decir de Ely: "debiera resultar claro de lo que he dicho hasta ahora, que pienso exactamente lo contrario: desbloquear las obstrucciones al proceso democrático es de lo que debería ocuparse primordialmente el control judicial, y la negación del sufragio pareciera ser la obstrucción por excelencia" (Ely, 1997:146).

43 En la tesis doctoral está ilustrado de manera general las distancias y las semejanzas entre Bickel y J. Ely.

- BICKEL, A. (1978). *The Supreme Court and the idea of progress*, New Haven and London: Yale University press.
- BURT, R. (1995). "Alex Bickel's Law School and Ours", *The Yale Law Journal*, 104
- BURT, R. (2000). *Constitución y conflicto*, Buenos Aires, Eudeba.
- COLÓN RÍOS, Joel I. (2011). "The Counter-Majoritarian Difficulty and the Road not Taken: Democratizing Amendment Rules", *Faculty of Law*, Wellington, Victoria University of Wellington.
- DAHL, R. (2003). *¿Es democrática la constitución de los Estados Unidos?*, traducción de Pablo Gianera, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- ELY, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Bogotá, Universidad de los Andes-Siglo del hombre Editores.
- GARGARELLA, R. (1996). *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Editorial Ariel.
- HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. (2010). *El Federalista 78*, México, Fondo de Cultura Económica,.
- HEISE, M. (2002) *Preliminary thoughts on the virtues of passive dialogue*.
- HWANG, S.P. (2003). "The Countermajoritarian Difficulty Revisited. An Examination of Bickel's Theory of Judicial Review from Dworkin's Perspective", *EURAMERICA* 33.
- KRONMAN, Anthony (1985). "Alexander Bickel's Philosophy of Prudence". En: *The Yale Law Journal*, Vol. 94, No. 7.
- LEVI, E.H. (1964). *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, Editorial Eudeba.
- LINARES, S. (2008), *La (I) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons.
- MENDES, C. (2008). *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, capítulo 4. Inédito.
- OSUNA, Néstor (2013). *La tensión entre las cortes constitucionales y los otros poderes del Estado*, En: HENAO, Juan Carlos (ed.). *Diálogos*

constitucionales de Colombia con el mundo, VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ROUSSEAU, Dominique (2013). "Las relaciones conflictuales entre las cortes constitucionales y los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, expresión de una figura nueva de la democracia", En: HENAO, Juan Carlos (ed.). *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo, VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SUNSTEIN, Cass R. (2009). *A Constitution of many minds*, Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. (2010). *Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional y otros ensayos*, Cali: Universidad Icesi.

SWINDLER, W.F., HANSON, A.B. (s.f.). "Book Review of the Warren Court", *William and Mary Law Review* 263.

TUSHNET, Mark (2012). ¿por qué la Constitución importa? Traducción de Alberto Supelano, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 63.

WALUCHOW, W. (2009). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*, Barcelona: Editorial Marcial Pons.

WHITMAN, Mark (2004). *Brown v. Board of Education*, Princeton: Markus Wiener Publishers Princeton.

224

WILLIAM, H. (2002), *The Supreme Court*, New York, Vintage Books.