

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LAS ASPIRACIONES DEL LIBERALISMO CONSTITUCIONAL*

RICHARD FALLON**
HARVARD UNIVERSITY, ESTADOS UNIDOS
rfallon@law.harvard.edu

RESUMEN: Las constituciones liberal-democráticas tienden a conjugar distintos valores en conflicto para formar parte de la ley fundamental única, pero sin especificar cómo los conflictos habrán de ser resueltos. Al ser enfrentados a estos casos de conflicto, los tribunales constitucionales frecuentemente toman decisiones políticas, mas deben evitar descarrilarse del principio del imperio de la ley.

Palabras Clave: *Tribunal Constitucional, principios liberal-democráticos, decisiones políticas.*

CONSTITUTIONAL COURTS AND THE ASPIRATIONS OF THE CONSTITUTIONAL LIBERALISM

ABSTRACT: Liberal-democratic constitutions tend to make conflicting values part of the fundamental law without uniquely specifying how all of the conflicts ought to be resolved. Constitutional courts must therefore often make political choices that the constitution has not made for them. Liberal democrats need to adjust their views of “the rule of law” accordingly.

Keywords: *Constitutional Court, liberal-democratic ideals, political choices.*

* Parte de este paper fue presentado en el V Congreso de Teoría Constitucional. Trabajo recibido el 25 de julio y aceptado 03 de septiembre del 2012. Traducido al español por Javier Vergara Cordero.

** Ralph S. Tyler, Jr. Profesor de Derecho Constitucional, Harvard Law School. El autor agradece a Soledad Bertelsen y Previn Warren por su colaboración en la investigación.

Permítanme comenzar agradeciéndoles por el privilegio de haber sido invitado a hablar ante este Congreso, aquí en esta cautivadora ciudad, en este hermoso país. Estoy encantado de estar en Chile. Y estoy muy, muy contento de tener la oportunidad de dirigirme a esta audiencia de estudiantes de Derecho.

Mi tema es “Tribunales Constitucionales y las Aspiraciones del Liberalismo Constitucional”. Dicho tema me obliga a empezar con una definición. Para mis propósitos, el término “Tribunal Constitucional” se refiere a cualquier tribunal con el poder para pronunciarse sobre la validez de la legislación y los decretos ejecutivos.¹ De esta forma, la Corte Suprema de Estados Unidos es un tribunal constitucional, ya que puede declarar ciertos estatutos como inconstitucionales; mientras que la Corte Suprema de Chile no es un tribunal constitucional. Aquí en Chile, el único tribunal constitucional es aquél que lleva dicho nombre.

También debo decir, en primer lugar, que el poder de un tribunal constitucional para declarar leyes como inconstitucionales es notable. Cuando Estados Unidos le concedió a su Corte Suprema el poder para invalidar preceptos, bajo una Constitución escrita en 1787, fue la primera nación en hacerlo. Hoy en día, claramente, los tribunales constitucionales son innatos a las democracias liberales. Su proliferación refleja un creciente consenso en que dichos tribunales pueden jugar un rol importante en la promoción de las aspiraciones de las constituciones democrático-liberales.² No obstante, más de ninguna forma sorprendente, las decisiones y prácticas de los tribunales constitucionales pueden algunas veces resultar controversiales. En algunas instancias, los tribunales constitucionales parecen haber perdido en sus obligaciones al no demostrar suficiente coraje o visión en la protección de los derechos individuales.³ En otros casos, los críticos alegan que los tribunales constitucionales han ejercido erróneamente sus poderes para frustrar los esfuerzos de otros poderes del estado que promueven los objetivos de la democracia liberal, como el conseguir una distribución equitativa de las riquezas e igualdad de oportunidades.⁴

¹ Este uso es más amplio que el de Favoreu, Louis. *Constitutional Courts*. Baton-Rouge, Estados Unidos: Center of Civil Law Studies, LSU, 2001, quien define a un Tribunal Constitucional como una corte creada sólo y específicamente para conocer de las demandas de carácter constitucional, situadas fuera del sistema judicial ordinario e independiente de este último.

² Véase, *Ibid.* (No se puede concebir un sistema constitucional que no incluya la justicia constitucional, por lo mismo, todas las nuevas constituciones europeas han reconocido la necesidad de la existencia de un tribunal constitucional); Issacharoff, Samuel. “Constitutional Courts and Democratic Hedging,” en: *Georgetown Law Journal*, 99. Washington DC, Estados Unidos: Georgetown University, 2011, pp. 961-964 (señala que los tribunales constitucionales parecen ser un elemento requerido para la creación de... las nuevas democracias).

³ En los Estados Unidos, por ejemplo, con frecuencia se denuncia que la Corte Suprema no da la debida protección a los derechos de las minorías impopulares, sobre todo en tiempos de guerra. Véase por ejemplo STONE, Geoffrey R. *Perilous Times: Free Speech In Wartime: From The Sedition Act Of 1798 To The War On Terrorism*. Nueva York, Estados Unidos: W. W. Norton & Company, 2004.

⁴ Para citar otro ejemplo estadounidense, la Corte Suprema de Estados Unidos, hoy, cree ampliamente en lo que se ha hecho durante la llamada era *Lochner*, que se extendió desde finales del siglo XIX hasta 1937. Para una visión histórica y una evaluación crítica, véase FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nueva York, Estados Unidos: Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp. 145-236. Aunque no se habla de un tribunal constitucional, HILBINK, Lisa. *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*.

La asociación de tribunales constitucionales con la democracia liberal invitan a la cuestión de cómo las cortes se relacionan con los ideales constitucionales liberal-democráticos, incluyendo el principio del imperio de la ley. Mi análisis del rol de los tribunales constitucionales en las democracias liberales se desarrollará en tres partes. En primer término, hablaré acerca de los valores o aspiraciones que subyacen a las constituciones liberal-democráticas y sobre los desafíos que enfrentan los encargados de redactar este tipo de constituciones. La tesis principal de esta primera parte de mi charla será que las constituciones liberal-democráticas tratan de encarnar múltiples y a veces conflictivos valores, lo cual, por diversas razones, termina siendo una imposibilidad práctica para los redactores de éstas el resolver todos estos conflictos. Para resumir esta tesis en una oración; las constituciones liberal-democráticas tienden a hacer que distintos valores en conflicto pasen a formar parte de la ley fundamental única, sin especificar cómo los conflictos habrán de ser resueltos.

En la segunda parte de la charla, quiero considerar las consecuencias de los conflictos entre valores constitucionales por el rol jugado por los tribunales constitucionales. En esta parte, argumentaré que cuando los tribunales constitucionales deciden casos que refieren a valores constitucionales, las cortes no tienen otra opción más que tomar decisiones “políticas”, de la misma manera que las decisiones de los constitucionalistas son necesariamente políticas. En casos de conflictos entre valores constitucionales, los tribunales constitucionales no pueden simplemente aplicar decisiones hechas por otros por el simple hecho que los constitucionalistas hayan fallado en la resolución de dichos conflictos. Los tribunales constitucionales deben entonces tomar decisiones que la Constitución no ha previsto. Los liberal-demócratas deben ajustar sus puntos de vista sobre el “imperio de la ley” en consecuencia. No podemos esperar que los tribunales constitucionales sean completamente apolíticos. En vez de eso, debemos demandar que sean políticos de una forma correcta y no equivocada.

En la tercera parte de la charla, daré un paso atrás para considerar cómo los redactores de una Constitución liberal-democrática, o los ciudadanos de una democracia liberal, debieran dirigir a los tribunales constitucionales para resolver diferentes tipos de conflictos de valores. En resumen, argumentaré que algunos tribunales constitucionales deben ser más asertivos al invalidar leyes y decretos en algunos casos que en otros.

I

Los diversos objetivos de las constituciones liberal-democráticas podrían ser indudablemente especificados de innumerables maneras. Para los propósitos de este ensayo enfatizaré cuatro parcialmente superpuestas, pero igualmente distinguibles aspiraciones.

Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University Press, 2009, ha criticado a la Corte Suprema de Chile, tanto en el hecho de no detener los abusos de los derechos ni en la impediencia de la realizar de reformas políticas progresistas durante el período 1973-1990.

El primero entre éstos, debido a que es necesario para la consecución de otros, es *el orden público y la aspiración de seguridad privada*: las constituciones liberales pretenden establecer gobiernos capaces de mantener el orden doméstico y seguridad en la vida privada y el comercio.⁵ Aunque las constituciones liberal-democráticas no incluyen típicamente detallados códigos de Derecho Penal, no definen los derechos de propiedad ni proporcionan de normas para la ejecución de los contratos, sí empoderan a distintas instituciones como las legislaturas, los poderes ejecutivos, los ejércitos y los tribunales para tomar las acciones necesarias.

Un segundo y más celebrado y distintivo objetivo de las constituciones liberales podría ser la llamada *aspiración libertaria*. Uno de los sellos de las constituciones liberales tiene que ver con su compromiso con los derechos y libertades individuales, arraigada en un reconocimiento de la dignidad humana.⁶ Las aspiraciones libertarias, que las constituciones liberales característicamente incorporan en una Carta de Derechos (*Bill of Rights*), implican límites a los poderes del Estado. En particular, los derechos y libertades individuales restringen los medios que pueden emplear lícitamente los Estados en el intento de cumplir con los cometidos liberal constitucionales; el orden público y las aspiraciones de seguridad privada.

Una tercera aspiración de las constituciones liberales podría ser la llamada *aspiración mínima de bienestar*.⁷ Esta rúbrica refleja la idea de que las constituciones liberales establecen mecanismos para permitir la provisión de todas las necesidades básicas de una vida humana digna; como vivienda, nutrición, asistencia médica y educación. El postular una aspiración de bienestar mínimo como característica general de las constituciones democrático liberales, puede parecer una generalización en exceso. A pesar de esto, algunas constituciones liberal-democráticas establecen derechos a ciertas necesidades básicas⁸; otras, como la Constitución de Estados Unidos, no lo hacen.⁹ Pero, incluso aunque las constituciones liberales no consagren derechos de bienestar en una Carta de Derechos, tienden a autorizar a los Estados para diseñar e implementar programas destinados a la protección de un bienestar mínimo. Como en el caso

⁵ MURPHY, Walter. "Constitutions, Constitutionalism and Democracy." En: GREENBERG, Douglas *et al.* *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*. Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press, 1993, pp. 3, 8. Así comienza su relato de las funciones de la constitución autoritaria, diciendo que debe, como mínimo, establecer los oficiales o funcionarios de gobierno y dividir las responsabilidades entre ellos.

⁶ Véase por ejemplo, SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy*. Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press, 2001, p. 97 (Algunos derechos están consagrados por la creencia de que "son", en cierto sentido pre/ extrapolítico, es decir, porque los individuos deben estar autorizados para ejercer, independientemente de lo que las mayorías piensan)

⁷ Véase, GLENDON, Mary Ann. "Rights in Twentieth-Century Constitutions", en: *University of Chicago Law Review*, 59. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago, 1992, pp. 523-24 (Los derechos del bienestar (o responsabilidades) se han convertido en staple feature of post-war international declarations and have been accorded a place reside tradicional political and civil liberties in the nacional constitutions of most liberal democracies).

⁸ For example, the Chilean constitution does so, though the extent to which such rights are judicially enforceable may now be in flux.

⁹ See GLENDON, *op. cit.* (n.7), p. 525 (observa que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha consentido declinando el reconocimiento a los derechos constitucionales de bienestar).

del orden público y la aspiración de la seguridad privada, esta disposición de la autoridad gubernamental reconoce implícitamente una obligación del Estado, aunque sea de manera vaga y parcialmente contingente.¹⁰

Como cuarto punto, las constituciones liberales tienen una *aspiración democrática*. Apuntan a estructurar sistemas representativos de gobierno que distribuyan equitativamente el poder político entre ciudadanos iguales, y que faciliten el debate y la discusión necesaria para una informada toma de decisiones políticas.¹¹

Si asumimos que las constituciones liberales tienen al menos las cuatro aspiraciones que he previamente identificado, podemos entonces empezar a considerar la naturaleza de dos desafíos estrechamente relacionados a los que se verán inevitablemente confrontados los encargados de la redacción de una constitución democrática liberal. Al entender estos desafíos, lograremos entender mejor las funciones de los tribunales constitucionales. En particular, seremos capaces de entender por qué el papel jugado por los tribunales constitucionales es tan importante e irreductiblemente, apolítico.

El primer desafío de los autores de constituciones liberal-democráticas consiste en la dificultad de pasar desde declaraciones abstractas de ideales o aspiraciones que todos los liberal demócratas debieran abrazar, incluyendo declaraciones de compromiso a derechos constitucionales para determinar de mejor manera las especificaciones o aplicaciones concretas de dichos ideales generales. Consideremos, por ejemplo, el caso de la libertad de expresión. En principio, todos los demócratas liberales concuerdan respecto de la importancia de la libertad de expresión, pero, ¿qué es exactamente la libertad de expresión y qué tanto se extiende ésta?

Para darle cierta concreción a esta investigación, permítanme ofrecer tres temas de prueba que han dividido tanto a constitucionalistas como tribunales constitucionales y a las democracias liberal-constitucionales en general. En primer lugar, ¿incluye la libertad de expresión un privilegio para denigrar a otros debido a su raza o religión?¹² En segundo lugar, ¿se extiende dicha protección a las denuncias de los funcionarios públicos que erróneamente impugnan la

¹⁰ Véase por ejemplo, SACHS, Justice Albie. "Social and Economic Rights: Can They Be Made Justiciable?", en: *Southern Methodist University Law Review*, 53. Dallas, Estados Unidos: Southern Methodist University, 2000, pp. 1381-1382 (Una de las responsabilidades del gobierno, cual sea en su naturaleza y en la de la sociedad es asegurar al menos los mínimos de decencia de vida para todos sus ciudadanos. Qué es controversial es si reclaman algún margen de decencia que debería ser reforzado mediante los derechos fundamentales)

¹¹ Véase por ejemplo, SUNSTEIN, *op. cit.* (n.6), p. 97 (Muchos de los derechos que son constitucionalmente regulados derivan del principio de la democracia en sí misma)

¹² Véase R.A.V. contra St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

integridad de otros funcionarios?¹³ Y finalmente en tercer lugar, ¿se le daría una licencia a los individuos y corporaciones más ricas a gastar grandes sumas de dinero en propaganda dirigida a influenciar los resultados de las campañas electorales?¹⁴

Que los liberal-demócratas discrepen acerca de estas preguntas no es para sorprenderse. Además de ser vagamente contestables incluso al ser abordadas de manera aislada, el principio de la libertad de expresión puede algunas veces entrar en conflicto, o al menos parecer en conflicto, con otras aspiraciones o ideales del liberalismo constitucional. Por ejemplo, un derecho a la libertad de expresión que protegiera la denigración racial y religiosa podría parecer en conflicto con los principios de orden público, seguridad privada o con la aspiración democrática de la igualdad de los ciudadanos contenida en las constituciones liberales.¹⁵ Darles protección a falsas denuncias a funcionarios públicos sería incompatible con el orden público y los intereses de la seguridad privada en prohibir ataques injustificados en la reputación, propiedad y persona de los ciudadanos.¹⁶ Y respecto al derecho de los más ricos para hacer gastos ilimitados en propaganda política, podría pensarse que se estaría frustrando la aspiración democrática del principio de la igualdad en la distribución del poder político.

Al reconocer el potencial de desacuerdo y conflicto sobre la verdadera extensión de los derechos a la libertad de expresión, aquellos encargados de la redacción de una constitución democrática liberal podrían trabajar en pos de resolver todas las cuestiones de aplicación, o al menos, tantas como la imaginación humana puede prever. Pero la previsión humana es, por supuesto, limitada. Entonces, también es el tiempo disponible para trabajar en la construcción de respuestas a preguntas que pudieran darse y que aún no se han dado.¹⁷

Si aquellos encargados de redactar una Constitución liberal-democrática asumieran el reto de producir un documento que determinadamente resolviera todo debate sobre los alcances de los Derechos y principios constitucionales, llegarían inevitablemente a la confrontación de un segundo reto. Este es el desafío de asegurar un acuerdo público en torno a una Constitución liberal-democrática. Como cuestión política, los intentos de especificar exactamente cómo las garantías constitucionales se aplicarían a todas las situaciones fáctico-contenciosas podrían fácilmente provocar división y resentimiento. Demasiado determinismo podría disminuir mucho el sentido social de unidad política y erosionar asimismo, la confianza en una Constitución como aquella que genuinamente encarna juicios de consenso sobre valores

¹³ Véase *New York Times contra Sullivan*, 376 U.S. 572 (1964).

¹⁴ Véase *Citizens United contra Federal Election Commission*, 130 S.Ct. 876 (2010).

¹⁵ Para discusión de los variados tratos según el “odio al discurso” bajo distintos regímenes liberales constitucionales, véase JACKSON, Vicki C. y TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. Nueva York, Estados Unidos: Foundation Press, 2006, pp. 1483-1595.

¹⁶ Véase *Ibid.*, pp. 1620-37.

¹⁷ Véase por ejemplo, ISSACHAROFF, *op. cit.* (n.2), p. 983 (nota que la carencia de previsión y las relaciones de larga data de la confianza entre los redactores constitucionales probablemente llevan a un documento que en gran parte se aspira y que utiliza términos de ambición amplio, pero poca específicos)

fundamentales. De ser así, será frecuentemente más fácil, y a veces políticamente necesario para los escritores de constituciones liberal-democráticas, el dejar algunas cuestiones sobre el alcance de las garantías constitucionales sin resolver.¹⁸

Con el fin de elaborar un documento que cuente con un amplio apoyo popular, se podría, por ejemplo, incluir en la Constitución, una garantía de la libertad de expresión, pero sin intentar una específica aclaración acerca de si abarca o no privilegios para tolerar la denigración basada en criterios de raza o religión, el hacer falsas acusaciones sobre las intenciones o integridad de funcionarios públicos, o el gastar cantidades ilimitadas de dinero para influenciar elecciones. O, en una estrategia que es cercanamente familiar, los escritores constitucionales podrían incluir una garantía abstracta de que ningún atentado contra la libertad de expresión será tolerado a no ser que perjudique este mismo derecho más de lo necesario y de manera proporcional a la importancia de los intereses protegidos mediante esta vulneración.¹⁹ Entre las evidentes virtudes o vicios de esta última formulación, es que deja las determinaciones de proporcionalidad para ser resueltas posteriormente, ya sea por un órgano legislativo, el ejecutivo o un tribunal constitucional. Las cláusulas que autorizan limitaciones de derechos representan por tanto, una declaración de conflicto político pretendiendo ser una resolución del mismo.²⁰

Para nuestros propósitos, no hay necesidad de profundizar en detalles, o el tratar de identificar el enfoque que aquellos encargados con la redacción de una Constitución liberal-democrática debieran idealmente tomar en uno u otro ambiente político. El punto esencial seguiría siendo el mismo: una Constitución liberal-democrática inevitablemente fracasará en resolver muchos desacuerdos fundamentales sobre cómo exactamente los principios liberal-democráticos debieran ser interpretados y aplicados, especialmente en los casos en que los principios liberal-democráticos están o parecen estar en tensión con otros.²¹

¹⁸ Véase MICHELMAN, Frank I. "Ida's Way: Constructing the Respect-worthy Governmental System", en: *Fordham Law Review*, 72, 345, 362 (2003) ("Las garantías sustantivas de la constitución se echan en formulaciones abstractas, y no por casualidad, ya que parece que tendría que ser así emitir en fin... el prescindir de divisiones morales sobre las principales cuestiones de política pública"); véase también MICHELMAN, Frank I. "Is the Constitution a Contract for Legitimacy?", en: *Review of Constitutional Studies*, 8, 101, 123 (2003) (teniendo en cuenta la capacidad vaga del lenguaje constitucional para generar acuerdos que se descompongan en el estado de la aplicación de dicha lengua a las controversias contenciosas).

¹⁹ Para discusiones de tests de proporcionalidad empleados por varios regímenes constitucionales para medir la permisibilidad de de las cargas sobre los demás derechos protegidos, véase ELLIS, Evelyn. *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Portland, Estados Unidos: Hart Publishing, 1999; EMILOU, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Kluwer Law International, 1996.

²⁰ GRIFFITH, J.A.G. "The Political Constitution", en: *Modern Law Review* 42, 1, 14 (1979).

²¹ Véase el texto de justicia de SOUTER, David H. *Commencement Address, Harvard University*, 27 de Mayo de 2010. <En línea> Disponible en la World Wide Web: <http://news.harvard.edu/gazette/story/2010/05/text-of-justice-david-souters-speech/> (Las tensiones que son las cosas de juzgamiento en muchos casos constitucionales duros son, después de todo, las criaturas de nuestras aspiraciones: la libertad de valor, así como el orden, la equidad y la igualdad, así como la libertad.)

II

Paso ahora a la segunda parte de mi charla, que implica las consecuencias de los conflictos entre principios constitucionales respecto al papel jugado por los tribunales constitucionales. El fenómeno de la vaguedad en las garantías constitucionales, a menudo derivadas o exacerbadas por tensiones entre los principios constitucionales, es crucial para entender la naturaleza de la función que realizan los tribunales constitucionales. Cuando el lenguaje de las constituciones liberal-democráticas no es específico, el papel de un tribunal constitucional no es el de simplemente aplicar o hacer cumplir una decisión previamente hecha por el legislador constitucional. Al emplear un lenguaje vago para imponer principios y/o aspiraciones que pueden estar en conflicto entre sí, los autores legisladores de las constituciones liberal-democráticas frecuentemente no han sido capaces de resolver los problemas específicos que los Tribunales Constitucionales habrán de resolver luego. En esta situación, el rol del tribunal constitucional es continuo y no discontinuo frente al rol de los autores de la Constitución.²²

De la misma manera que aquellos que dictan y adoptan las constituciones liberal-democráticas, los tribunales constitucionales tienen que hacer juicios valorativos o políticos de cuánto un vago lenguaje constitucional debe o no extenderse y como reconciliar mejor las a menudo conflictivas aspiraciones constitucionales.²³

Precisando, deben decidir cómo un lenguaje constitucional previamente impreciso puede ser aplicado o ampliado en el futuro en un contexto en el cual la mejor decisión incluya inexorablemente elementos normativos. Al decir que el rol de los tribunales constitucionales es inherentemente político en algunos casos, por lo cual no puede ser estrictamente apolítico, quiero dejar claro que uso el término de apolítico en un sentido limitado. Lo utilizo en forma amplia como lo hace el Profesor Ronald Dworkin cuando dice que cuando los jueces se ven enfrentados a problemas que una Constitución y sus autores no han resuelto en forma clara, probablemente debido a la vaguedad del lenguaje o de conflicto entre los principios constitucionales, deben escoger dentro de las posibles interpretaciones preguntándose cual es la mejor desde un punto de vista de la moralidad política.²⁴

Los tribunales constitucionales no necesitan ni deben ser partícipes de ningún partido político, sin embargo, deben hacer irreductiblemente juicios valorativos. Poniéndolo de manera

²² Véase por ejemplo, ISSACHAROFF, *op. cit.* (n.2), p. 986 (observando de que los tribunales constitucionales son integrales partes estructurales del momento de la creación constitucional original)

²³ Véase STONE, Alec. "Abstract Constitutional Review and Policy Making in Western Europe", en: JACKSON, Donald W. y Neal Tate, C. (eds). *Comparative Judicial Review and Public Policy*. Westport, Estados Unidos: Greenwood Press, 1992, p. 52 (Que los jueces son creativos al crear el derecho es innegable, si es como una respuesta natural al hecho de que muchos de los problemas que son puestos para su resolución son altamente complejos social y políticamente hablando y ello, no para caer en el las categorías constitucionales que el ordenamiento dispone)

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1986, p. 256.

ligeramente diferente, aun cuando los tribunales constitucionales puedan y deban ser apolíticas en el sentido de no ser promotores de algún partido político, no pueden ser apolíticas en el sentido de evitar juicios de cómo reconciliar o balancear valores constitucionales que estén en mutuo conflicto.²⁵

Otra característica de los tribunales constitucionales puede estar implícita en lo que he dicho, pero merece hacerse explícita. Al resolver preguntas para las cuales los autores de la Constitución no han dado respuestas precisas, los tribunales constitucionales deben a menudo hacer juicios impugnables sobre los cuales personas razonables, incluyendo proponentes razonables de la democracia liberal, no concuerdan razonablemente.²⁶

Una vez más, los debates sobre el alcance adecuado de libertad de palabra al cual aludí anteriormente es un ejemplo de dicha posibilidad. En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha mantenido que la garantía constitucional de libertad de palabra crea el derecho de permitir el vilipendio racial,²⁷ de hacer falsas acusaciones sobre la integridad de funcionarios²⁸ y de gastar cantidades ilimitadas de dinero para influenciar en campañas políticas.²⁹ En cada uno de estos casos, las decisiones de la Corte han provocado disensiones dentro de los Estados Unidos. El desacuerdo es fácilmente comprensible. Dadas las tensiones entre los valores liberal-democráticos que describí anteriormente, las personas razonables, incluyendo a los liberal-demócratas, quienes difieren en cómo equilibrar valores competitivos y resolver las tensiones entre ellos. Hay un desacuerdo razonable entre los derechos individuales, como también del ámbito de las obligaciones que he agrupado bajo el título de aspiraciones mínimas de bienestar como una característica erradicable de las sociedades democráticas libres. Cuando le solicitamos a los tribunales constitucionales dirimir tales desacuerdos, les pedimos que emitan juicios de valor, pragmatismo y prudencia, los cuales son más políticos que técnicos en el sentido que he utilizado.

III

Habiendo argumentado que los tribunales constitucionales hacen frecuentemente juicios políticos enfrentados a ciertos casos, paso ahora a la tercera parte de mi charla. Aquí quiero considerar más cuidadosamente cual debe ser el rol preciso de los tribunales constitucionales en la resolución de conflictos entre los principios constitucionales.

²⁵ Para una discusión crítica de las aspiraciones de los jueces chilenos de ser apolíticos, véase HILBINK, *op. cit.* (n.5)

²⁶ En desacuerdo razonable, véase, por ejemplo, GUTMANN, Amy y THOMPSON, Dennis. *Reasonable Disagreement*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1996; WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review", en: *Yale Law Journal* 115, 1346 (2006).

²⁷ Véase *R.A.V. contra St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

²⁸ Véase *Citizens United contra Federal Election Commission*, 130 S.Ct. 876 (2010).

²⁹ *Ibid.*

Al sostener que los tribunales constitucionales deben hacer frecuentemente juicios políticos en circunstancias de desacuerdos, había querido describir las características generales de tales funciones de los tribunales. Pero el análisis que he ofrecido hasta ahora representa el inicio, no su conclusión, de una exploración de los roles que los tribunales constitucionales pueden jugar. A luz de la naturaleza irreductiblemente política de la interpretación constitucional bajo condiciones de desacuerdo razonable, los autores de las constituciones liberal-democráticas desearían definir o circunscribir el rol de los tribunales constitucionales en una de variedad de maneras.

Entre los problemas más fundamentales para las constituciones liberal-democráticas que incluyen los tribunales constitucionales es la pregunta sobre si la revisión judicial del poder de los tribunales debe ser fuerte o débil.³⁰

En sistemas con una revisión judicial fuerte, los tribunales constitucionales ejercen un veto sobre la legislación o decretos ejecutivos. Una vez que los tribunales constitucionales han declarado, su decisión es difícil o imposible de anular excepto a través de una enmienda constitucional. Pero formas más débiles de revisión judicial también son posibles, incluyendo al otro extremo, una que permite anular el juicio de un tribunal constitucional por la legislación ordinaria.³¹ Entre los supuestos beneficios, las formas débiles de revisión judicial prometen reducir sino eliminar el conflicto entre la protección judicial de los derechos fundamentales y la decisión democrática.³²

A pesar de la enorme importancia del problema de si las democracias liberales debieran preferir una revisión judicial fuerte o una débil, no me pronunciaré en este momento. Tanto los Estados Unidos como Chile tienen sistemas de revisión fuertes. Además en los Estados Unidos, no hay perspectivas prácticas de que el sistema de revisión judicial fuerte sea abandonado a favor de una revisión judicial débil. Cuando un tribunal constitucional sostiene que una ley o decreto es constitucionalmente inválido, su decisión es jurídicamente vinculante sobre otras instituciones de gobierno a menos que el tribunal revise su decisión o la Constitución sea enmendada.

Aun si asumimos que la revisión judicial va a ser fuerte, persisten otros problemas en relación a cómo debe ser definido el papel de los tribunales constitucionales. Por ejemplo, una constitución democrática-liberal puede exceptuar algunos problemas de la revisión judicial,

³⁰ Para discutir la distinción, véase TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press, 2008; TUSHNET, Mark “Weak-Form Judicial Review and ‘Core’ Civil Liberties”, en: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 41, 1 (2006).

³¹ El artículo 33 de la Constitución canadiense permite a la legislatura establecer un estatuto para entrar en vigor no de pie con las garantías de la Carta Canadiense de Derechos y decisiones judiciales que interpretan esas garantías.

³² GARDBAUM, Stephen. “The New Commonwealth Constitutionalism”, en: *American Journal of Comparative Law*, 49 707, 745 (2001).

prescribiendo la revisión judicial de otros.³³ O, como en Chile, la Constitución requiere más que una simple mayoría de los jueces de un tribunal constitucional para invalidar legislación. Tomando otro ejemplo, una constitución liberal democrática debe instruir a los tribunales constitucionales para acordar una gran, pequeña o ninguna deferencia a las decisiones de otras instituciones de gobierno; tales como el poder judicial o ejecutivo de cómo reconciliar o acomodar los principios constitucionales en competencia.³⁴

Existen obviamente muchas perspectivas desde cuales los demócratas liberales puedan pensar sobre tales problemas. Entre ellas, como ya lo he sugerido, está la perspectiva que obtenemos al pensar sobre el rol de los tribunales constitucionales a la luz de las cuatro aspiraciones del constitucionalismo liberal que he identificado previamente. ¿Cuáles son las capacidades de los tribunales constitucionales que deben promoverse dentro de las variadas, parcialmente superpuestas, y sin embargo diferentes aspiraciones del constitucionalismo democrático? ¿Cuán significativos son los riesgos de permitir un rol robusto para los tribunales constitucionales que pudieran coartar la realización de alguna o todas sus aspiraciones?

El orden público y las aspiraciones de la seguridad privada. Si comenzamos con el orden público y las aspiraciones de la seguridad privada, debo decir en forma sumaria, que los tribunales constitucionales tienen poco o nada que contribuir a la realización éstos, tal como los he descritos. Aún cuando es difícil imaginar un sistema de leyes capaces de asegurar el orden público y seguridad privada que no empleen los tribunales, si el orden y la seguridad fueran lo único de importancia, los tribunales constitucionales, que son una innovación relativamente reciente en muchos países,³⁵ no serían necesarios. En la medida que los tribunales constitucionales hacen una contribución distintiva a la realización de las aspiraciones constitucionales liberal-democráticas, es posible que aquellas aspiraciones involucren otras tales como las aspiraciones libertarias, que pueden estar en conflicto parcial con el orden público y las aspiraciones de la seguridad privada como las he definido.

La aspiración libertaria. Consideremos entonces la aspiración libertaria. ¿Cómo el foco en las aspiraciones de las constituciones liberal-libertarias nos ayuda a pensar en el rol apropiado de los tribunales constitucionales? La respuesta es obviamente compleja debido a las tensiones actuales o potenciales entre la aspiración libertaria y otras aspiraciones de las constituciones liberales. En honor a la simplicidad y brevedad voy a hablar en forma general. Aquí ofreceré

³³ Para la discusión de enfoques diferentes sobre la cuestión de si los asuntos relacionados con los asuntos exteriores y militares deben estar sujetas a revisión judicial, incluso cuando los límites constitucionales se aplican, Véase JACKSON y TUSHNET, *op. cit.* (n.15), pp. 744-88.

³⁴ En los Estados Unidos, por ejemplo, la Corte Suprema aplica como base una prueba racional muy deferente en la resolución de algunos conflictos constitucionales, mientras que el empleo de una forma claramente no respetuoso de un estricto escrutinio judicial para determinar si otros tipos de leyes impugnadas pasan el examen constitucional. En la variedad de pruebas constitucionales empleados por los tribunales norteamericanos, véase FALLON JR. Richard H. *Implementing the Constitution*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 2001.

³⁵ Véase, por ejemplo a FAVOREAU, *op. cit.* (n.2), p. 1 (La historia de los tribunales constitucionales no es muy Antigua)

comentarios sobre la categoría de casos en los cuales hay un conflicto real o percibido entre los derechos individuales por un aparte, y en los intereses del orden público y seguridad privada por otra. Más adelante, en la discusión sobre las constituciones liberales democráticas, bienestar mínimo y aspiraciones democráticas, hablaré de los choques de valores que implican tales consideraciones.

No debiera haber disputa seria respecto al hecho de que las aspiraciones constitucionales para establecer el orden público y seguridad privada puedan a menudo estar en conflicto con las aspiraciones de las constituciones liberales para proteger los derechos individuales.³⁶ De hecho, la mayoría concuerda que una función fundamental de los tribunales constitucionales es determinar si las leyes o decretos dirigidos a mantener el orden público y la seguridad privada infringen demasiado los derechos individuales.

Sin embargo, reconocer que puede existir un conflicto genuino entre las aspiraciones constitucionales, subraya la naturaleza de la dificultad de confrontar los tribunales constitucionales, especialmente en casos de emergencia o cuando los atentados al orden y seguridad puedan considerarse razonablemente graves. En los Estados Unidos por ejemplo, los ataques terroristas del 11 de Septiembre de 2001, introdujeron una era de amenaza permanente a la cual el gobierno ha respondido con lo que se ha denominado “Guerra contra el Terror”. Este rótulo tiene importancia. Casi todos concuerdan que al menos algunas libertades civiles disminuyen en forma necesaria en tiempos de guerra.

En casos de emergencia o amenazas a la seguridad ciudadana, la legislatura y especialmente los funcionarios ejecutivos a menudo poseen mayor información y la experiencia necesaria para apreciar la magnitud de la amenaza que un tribunal constitucional. Sin embargo, la mayoría de las constituciones liberal-democráticas reflejan la premisa, que la experiencia histórica sugiere bien fundamentada, que las legislaturas elegidas y especialmente los ejecutivos nacionales frecuentemente tienden a sobreestimar el orden público y seguridad privada, y subvalorar los intereses de los derechos individuales, especialmente en tiempos de guerra y emergencias. En sociedades divididas, existe también el riesgo que los funcionarios titulares intenten utilizar la autoridad del Estado para aplacar protestas o castigar a sus enemigos políticos.³⁷ Por lo tanto, la revisión judicial parece ser un mecanismo altamente deseable, si no absolutamente necesario, para la realización de las aspiraciones de una Constitución liberal-libertaria; especialmente en democracias emergentes en la cuales ciertas enemistadas históricas, sectarias o políticas amenazan el color de los juicios de los actuales funcionarios.

El problema más difícil involucra la especificación de cuan precisa deba ser la búsqueda de la revisión judicial. En respuesta a esto, los tribunales norteamericanos han desarrollado una

³⁶ Véase, por ejemplo, SOUTER, *op. cit.* (n.22) (observando la tensión entre las aspiraciones constitucionales... a la libertad de valor, así bien el orden).

³⁷ Véase ISSACHAROFF, *op. cit.* (n.2)

variedad de estándares de revisión judicial, dependiendo de la naturaleza de la libertad en juego y la naturaleza de la intrusión gubernamental. Cuando están involucradas intromisiones en las libertades fundamentales o cuando el gobierno impone cargas basadas en la religión, raza o afiliaciones políticas, un estricto escrutinio es aplicado normalmente, y se mantendrá una regulación sólo si es necesario para promover un interés gubernamental importante.³⁸ Como se dijo anteriormente, los tribunales constitucionales en muchas otras democracias liberales aplican un test de proporcionalidad, preguntándose si el ámbito de la intromisión sobre la libertad está justificado por la magnitud de los beneficios que puedan alcanzar o del mal que se puede evitar.³⁹

Empleando tests como estos, los tribunales constitucionales deben tomar decisiones en condiciones de incertidumbre. Al momento de la decisión, típicamente no saben si una amenaza particular al orden público o seguridad privada será de hecho realizada. En esta clase de situaciones, no debemos pedir mucho a los tribunales constitucionales. Si otros están temerosos, es probable que los jueces de un tribunal constitucional lo estén también. En algún grado, debiéramos querer que ellos sean temerosos y que permitan que sus temores influyan sobre sus decisiones constitucionales. Tal como la Corte Suprema de Estados Unidos ha famosamente comentado, aún cuando la Constitución protege contra la invasión de los derechos individuales, esto no es un pacto suicida.⁴⁰

Sin embargo, aun cuando no podemos pedir demasiado a los tribunales constitucionales, tampoco debemos pedir demasiado poco. Si los tribunales constitucionales deben ser en un sentido apolíticos, también quiero enfatizar que ellos no deben nunca ser apolíticos en el sentido de buscar servir los intereses de funcionarios políticamente poderosos, grupos o intereses. Es vital que los tribunales constitucionales de mantengan firmes contra el abuso del poder político al castigar a sus oponentes y sobrecargar selectivamente minorías no populares. Además, aun cuando los tribunales constitucionales tengan buenas razones más que partidarias para ser deferentes, no deben ser subyugados, sino romperán la confianza que una constitución liberal-democrática ha depositado en la revisión judicial autorizada.

Desde mi punto de vista, la disponibilidad de la revisión judicial ha jugado un rol importante en controlar algunos de los excesos que de otra manera habrían ocurrido en la guerra americana contra el Terror. Aun cuando ha habido algunos abusos bien documentados de poder, es revelador que la mayor parte de los casos notables aparentemente han ocurrido fuera del territorio de Estados Unidos —en lugares tales como Irak, Afganistán y bahía de Guantánamo— donde los funcionarios responsables creían que la jurisdicción de los tribunales americanos

³⁸ Véase FALLON, JR., Richard H. "Strict Judicial Scrutiny" en: *U.C.L.A. Law Review*, 54, 1257 (2007).

³⁹ Véase notas n.21 y n.22 y acompañando el texto.

⁴⁰ Kennedy contra Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 159 (1963).

no se extendía. Cuando la perspectiva de la responsabilidad oficial existe a través de la revisión judicial, claramente tiene un efecto en evitar las violaciones de los derechos constitucionales y la dignidad humana.

La aspiración mínima de bienestar. Un segundo conjunto de conflictos generador de problemas puede existir entre la aspiración libertaria de una Constitución liberal-democrática y los esfuerzos políticos para satisfacer las necesidades mínimas de bienestar. En los Estados Unidos, la Corte Suprema en el pasado, algunas veces ha invocado con facilidad las provisiones de la Constitución que confieren libertad para invalidar legislación diseñada a ayudar a los miembros de la sociedad menos capacitados.⁴¹ A pesar de que este juicio esté irreductiblemente basado en valores, también es justo decirlo, el juicio de cuasi-consenso de la Historia.

Si el patrón de la Corte Suprema americana se repite en otros lugares, tanto los autores de las constituciones liberal-democráticas y los jueces de los actuales tribunales constitucionales podrían esbozar una lección. En los Estados Unidos, la doctrina constitucional moderna trata de colocar un balance adecuado entre las aspiraciones libertarias constitucionales y las de bienestar mínimo, proporcionando al gobierno mayor discreción para ajustar los beneficios económicos y cargas, más que restringir tales derechos fundamentales como aquellos de la libertad de expresión y religión.⁴² Desde mi punto de vista, este enfoque ha funcionado bien en los Estados Unidos. Dudo de ofrecer una receta universal de respeto judicial a los esfuerzos legislativos para promover un bienestar mínimo basado únicamente en la experiencia americana, ya que diferentes culturas nacionales y constitucionales podrían establecer estrategias distintas por sus tribunales constitucionales. El punto sobre el cual tengo confianza que se mantendrá en forma transcultural es este: hay conflictos familiares entre las aspiraciones libertarias y de bienestar mínimo de las Constituciones liberal-democráticas, y los tribunales constitucionales debieran reconocer la historia para decidir cuándo sustituir su juicio por aquel de los tomadores de decisiones democráticamente responsables bajo condiciones de desacuerdos razonables.

La aspiración democrática. Ahora me dirijo al problema de cuál debe ser el rol de los tribunales constitucionales para lograr la aspiración democrática de los constituciones liberales. La discusión de este problema comienza en forma apropiada con una nota defensiva. Reconociendo que a menudo puede haber desacuerdos razonables sobre como mejor reconciliar los conflictos entre aspiraciones a menudo competitivas de las constituciones liberal-democráticas, y que la resolución de los problemas constitucionales a veces requiere juicios políticos irreducibles; yo he sugerido que los tribunales constitucionales frecuentemente deben al menos algún respeto a los juicios de los legisladores elegidos y de los poderes ejecutivos antes de invalidar leyes o decretos. Otros, sin embargo, han ido mucho más lejos. En una serie de libres artículos

⁴¹ Véase, por ejemplo, *Lochner contra New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁴² Los comentaristas constitucionales han designado a veces el enfoque de las Cortes Supremas como el reconocimiento de los derechos de expresión y de religión como preferido en comparación con las libertades económicas o como la encarnación de un doble estándar. Véase, por ejemplo, FRIEDMAN, *op. cit.* (n.4), p. 239.

importantes, el teórico político Jeremy Waldron ha confiado en la aspiración democrática para argumentar que los tribunales constitucionales y las revisiones judiciales deben ser abolidos.⁴³ La revisión judicial, según su opinión, da mucho poder a las Cortes para hacer en última instancia juicios políticos e injustamente priva a los votantes del derecho de tomar decisiones importantes bajo condiciones de desacuerdo razonable. En términos contundentes, sugiere que la revisión judicial es elitista y anti-democrática.

Este argumento merece seria atención de los liberal-demócratas, pero no es en última instancia persuasiva, o al menos en todas sus implicancias. El mejor caso para el empoderamiento de los tribunales constitucionales para ejercer revisiones judiciales yace en la premisa liberal democrática de que el pueblo tiene derechos morales preexistentes a las constituciones, en vez de ser la creación de las constituciones.⁴⁴ Contrario al supuesto de Waldron, los que apoyan la necesidad de la revisión judicial no dependen de la suposición de que las Cortes son mejores que los funcionarios electoralmente responsables y el público votante para identificar qué derechos morales tiene el pueblo; una posición elitista que debe poner incómodos a los liberales demócratas en condiciones de desacuerdo razonable. El mejor caso para los Tribunales constitucionales y la revisión judicial depende más bien de la premisa de que es típicamente mejor para los derechos, sin embargo, deben ser definidos idealmente para ser sobreprotectores que desprotegidos. Si se concede esta premisa, apoya fuertemente el argumento de que los tribunales constitucionales deben tener la capacidad para bloquear legislación que creen viola los derechos morales consagrados en una constitución liberal. Aún si otros pueden estar en desacuerdo razonablemente con un juicio judicial defendiendo una pretensión de un derecho constitucional, la revisión judicial reduce la posibilidad de que los derechos sean cumplidos en forma parcial en casos de desacuerdo razonable sobre cuáles derechos tiene realmente el pueblo. Tal como típicamente pensamos que es mejor que dos acusados criminales culpables sean liberados más que un inocente sea declarado convicto, los liberales demócratas podrían concluir que es mejor tener muchos reclamos constitucionales que rechazar un menor número de reclamos válidos.

De ser aceptado este argumento, tiene importantes implicaciones de cómo una revisión judicial ha de ser practicada. En particular implica que el caso de una revisión judicial es más débil en situaciones en las cuales ambas partes plausiblemente reclaman poseer derechos fundamentales. Imagine por ejemplo, que una legislatura eximiera a las iglesias de un estatuto de otra manera aplicable prohibiendo la discriminación basada en la religión para el empleo.⁴⁵ Por una parte una iglesia mantiene que la exención es requerida por su derecho al libre ejercicio de su religión; el cual, podemos asumir, requeriría preferir a los miembros de una iglesia en vez de los

⁴³ Véase, por ejemplo, WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 1999, pp. 211-312; WALDRON, *op. cit.* (n.26)

⁴⁴ Este párrafo y el siguiente resumen un argumento que he desarrollado en un artículo anterior. Cf. FALLON Jr., Richard H. "The Core of An Uneasy Case For Judicial Review", en: *Harvard Law Review*, 121, 1693 (2008).

⁴⁵ En este ejemplo, se extrae de la Corporación del Obispo Presidente de la Iglesia de Jesucristo de los últimos días, cfr. *Saints contra Amos*, 483 U.S. 327 (1987).

no miembros al tomar ciertas decisiones laborales. Por otra parte, un solicitante de empleo decepcionado reclama que el permiso estatutario de la iglesia para discriminar, sobrepasa su derecho al libre ejercicio de su religión. El Estado, argumenta el solicitante de empleo, ha permitido que se le haya negado el empleo basado solamente en una fe religiosa equivocada. En casos de este tipo, en los cuales la sobre aplicación de un derecho fundamental debería al menos implicar la sub-aplicación de otro, creo que los tribunales constitucionales debieran tener mayor respeto por los juicios legislativos de cómo reconciliar los derechos competitivos más que los juicios legislativos en los casos más típicos en los cuales los derechos fundamentales corren riesgo sólo por una parte.

El profesor Waldron ha sugerido a veces que el derecho de los ciudadanos a controlar las políticas públicas a través de los votos y las elecciones es un derecho importante, subsumido bajo el título de lo que he llamado la aspiración democrática de las constituciones liberales, que compiten con otros reclamos de derechos en literalmente todos los casos en los cuales las Cortes ejercen revisión judicial.⁴⁶ Pero este reclamo no es convincente. La aspiración de las constituciones liberales de permitir a los ciudadanos controlar las políticas públicas a través de las elecciones es una aspiración genuina, pero es demasiado amorfa para ser considerada un derecho fundamental de la misma magnitud e importancia, como por ejemplo los derechos individuales de libertad de expresión y religión.

En el análisis del potencial papel de la revisión judicial en promover o frustrar las aspiraciones democráticas de las constituciones liberales, también debe enfatizar que los tribunales constitucionales pueden a veces proteger o promover la democracia política y no comprometerla.⁴⁷ Siempre es un error identificar los juicios o preferencias de las legislaturas o poderes ejecutivos con aquellos de toda la ciudadanía. A veces los intereses de los funcionarios en mantenerse ellos mismos o a su partido en el poder les pueden otorgar razones para promulgar esquemas de votación que injustamente favorecen a aquellos en el poder frente a sus oponentes. Los partidos dirigentes pueden sentir la tentación de sofocar el discurso que critique las políticas gubernamentales o que agobian la libertad de asociación de los partidos minoritarios.⁴⁸ En tales casos la revisión judicial por un tribunal constitucional puede ayudar a salvaguardar no sólo los derechos individuales de libertad de expresión y asociación, sino también el ideal democrático de deliberación de las políticas públicas que son informadas a través de un vigoroso debate.

Aún cuando los tribunales constitucionales reclaman que su invalidación de una ley o decreto promueve ideales democráticos, pueden ser obviamente fundamento para un desacuerdo razonable. Ejemplos vienen de los problemas disputados sobre el adecuado alcance de las

⁴⁶ Véase WALDRON, *Law and...* (n.43) pp. 233-54.

⁴⁷ Véase ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1980.

⁴⁸ Para ver un ejemplo de este tipo de casos extraídos de las incipientes democracias de todo el mundo, véase ISSACHAROFF, *op. cit.* (n.2)

garantías de libertad de expresión que he discutido previamente. Sin tratar de adjudicar los debates subyacentes en sus méritos, reiteraría dos puntos. Primero, que un régimen constitucional que confía que los tribunales constitucionales para hacer juicios políticamente correctos, en el especial sentido en que he usado el término, deben también aceptar el riesgo de que a menudo se hagan juicios incorrectos. Segundo, es riesgoso que los titulares políticos hayan estructurado sistemas electorales o restringido la libertad de expresión de manera que en forma injusta dañen a sus rivales políticos, por lo tanto, una fuerte revisión judicial por los tribunales constitucionales representaría la mejor estrategia para contrarrestarla, aun cuando no siempre esté libre de fallas en las constituciones liberal democráticas.⁴⁹

IV

Es hora de concluir. A pesar de que haya revisado en forma amplia varios tópicos interrelacionados, a modo de conclusión, reenfatizaría tres temas sobre el rol de los tribunales constitucionales.

Primero, al pensar sobre qué debieran hacer los tribunales constitucionales y al apreciar su desempeño, debemos reconocer que muchos de sus juicios son en un sentido importante, irreductiblemente políticos.

Segundo, al pensar cómo ha de ser definido exactamente el papel de los tribunales constitucionales, debemos distinguir las varias y a veces competitivas aspiraciones de las constituciones liberal-democráticas. Aún cuando los tribunales constitucionales estén bien diseñados para promover algunas aspiraciones constitucionales, hay razón para preocuparse de que esquemas excesivamente vigorosos de las revisiones judiciales podrían amenazar a otros. Los roles precisos que son asignados a los tribunales constitucionales debieran ser definidos y limitados a la luz de un reconocimiento expreso que las aspiraciones constitucionales pueden existir en una relación de conflicto entre ellas.

Tercero, a pesar de que los tribunales constitucionales puedan jugar roles importantes en proteger las libertades individuales y mantener la democracia política, son imperfectos y falibles, como lo son todas las instituciones humanas. Un examen mantenido y a veces crítico de sus papeles parece bien justificado. Aun cuando alabemos a los tribunales constitucionales, debemos siempre tener en mente la antigua pregunta: *Quiscustodietipsocustodes?*⁵⁰

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ ¿Quién controla a los guardianes?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1986.
- ELLIS, Evelyn. *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Portland, Estados Unidos: Hart Publishing, 1999.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1980.
- EMILOU, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Kluwer Law International, 1996.
- FALLON JR. Richard H. *Implementing the Constitution*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 2001.
- _____. "Strict Judicial Scrutiny" en: *U.C.L.A. Law Review*, 54 (2007).
- _____. "The Core of An Uneasy Case For Judicial Review", en: *Harvard Law Review*, 121 (2008).
- FAVOREU, Louis. *Constitutional Courts*. Baton-Rouge, Estados Unidos: Center of Civil Law Studies, LSU, 2001.
- FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nueva York, Estados Unidos: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- GARDBAUM, Stephen. "The New Commonwealth Constitutionalism", en: *American Journal of Comparative Law*, 49 707, 745 (2001).
- GLENDON, Mary Ann. "Rights in Twentieth-Century Constitutions", en: *University of Chicago Law Review*, 59. Chicago, Estados Unidos: University of Chicago, 1992.
- GRIFFITH, J.A.G. "The Political Constitution", en: *Modern Law Review* 42, 1, 14 (1979).
- GUTMANN, Amy y THOMPSON, Dennis. *Reasonable Disagreement*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 1996.
- HILBINK, Lisa. *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University Press, 2009.
- ISSACHAROFF, Samuel. "Constitutional Courts and Democratic Hedging", en: *Georgetown Law Journal*, 99. Washington DC, Estados Unidos: Georgetown University, 2011.
- JACKSON, Vicki C. y TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. Nueva York, Estados Unidos: Foundation Press, 2006.
- MICHELMAN, Frank I. "Is the Constitution a Contract for Legitimacy?", en: *Review of Constitutional Studies*, 8, 101, 123 (2003).
- _____. "Ida's Way: Constructing the Respect-worthy Governmental System", en: *Fordham Law Review*, 72. 345, 362 (2003).
- MURPHY, Walter. "Constitutions, Constitutionalism and Democracy." En: GREENBERG, Douglas *et al.* *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*. Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press, 1993.
- SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy*. Nueva York, Estados Unidos: Oxford University Press, 2001.
- SACHS, Justice Albie. "Social and Economic Rights: Can They Be Made Justiciable?", en: *Southern Methodist University Law Review*, 53. Dallas, Estados Unidos: Southern Methodist University, 2000.
- SOUTER, David H. *Commencement Address, Harvard University*, 27 de Mayo de 2010. <En línea> Disponible en la World Wide Web: <http://news.harvard.edu/gazette/story/2010/05/text-of-justice-david-souters-speech/>

STONE, Geoffrey R. *Perilous Times: Free Speech In Wartime : From The Sedition Act Of 1798 To The War On Terrorism*. Nueva York, Estados Unidos: W. W. Norton & Company, 2004.

STONE, Alec. "Abstract Constitutional Review and Policy Making in Western Europe", en: JACKSON, Donald W. y Neal Tate, C. (eds). *Comparative Judicial Review and Public Policy*. Westport, Estados Unidos: Greenwood Press, 1992.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press, 2008.

_____. "Weak-Form Judicial Review and 'Core' Civil Liberties", en: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 41, (2006).

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 1999.

_____. "The Core of the Case Against Judicial Review", en: *Yale Law Journal* 115, (2006).