

LA PROBLEMÁTICA LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Por GLORIA PATRICIA LOPERA MESA *

SUMARIO

1. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD COMO EXPRESIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA: A) La Constitución como parámetro de control. B) La dignidad democrática de la ley.—2. LAS RAZONES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL: A) Críticas al «coto vedado». B) Críticas al precompromiso.—3. LAS RAZONES DE LA OPCIÓN JUDICIALISTA: A) La lógica Hamilton-Marshall: a) *El poder judicial como freno al despotismo de la mayoría*. b) *La concepción objetivista de la interpretación constitucional*. c) *Sobre el carácter contingente de la justicia constitucional*. B) Legitimidad de la interpretación-aplicación judicial de la Constitución: a) *La relación juez-Constitución en el Estado constitucional*. b) *El juicio de constitucionalidad en el momento de la aplicación judicial del Derecho*. c) *La legitimidad de ejercicio de la jurisdicción*.—4. PROPUESTAS PARA REORIENTAR EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: A) El control del procedimiento. B) El «constitucionalismo débil».

El tema de la legitimidad de la justicia constitucional ha estado presente de tiempo atrás en la discusión de constitucionalistas y filósofos del derecho. Con todo, está lejos de ser un problema resuelto, acaso porque todo ensayo de justificación del control judicial de constitucionalidad obliga a abordar la compleja relación entre constitucionalismo y democracia y a plantear el diseño institucional que haga posible la coexistencia pacífica —o menos problemática— entre estas dos exigencias, ineludibles para todo modelo de organización política con pretensiones de legitimidad.

* Profesora de Derecho Constitucional de las Universidades de Antioquia y de San Buenaventura de Medellín (Colombia).

Hasta el momento, la existencia de un catálogo de derechos fundamentales, incluidos en una Constitución rígida y garantizados por una justicia constitucional encargada de decidir sobre su contenido y enjuiciar conforme a ellos la constitucionalidad de la ley, parecía ser el diseño institucional que mejor conciliaba ambas exigencias; pero en las últimas décadas esta solución ha sido duramente cuestionada, en nombre de lo que genéricamente se ha denominado la «dificultad contramayoritaria»¹.

Con el fin de lograr una aproximación al estado actual de la discusión, en este trabajo propongo desarrollar el siguiente itinerario: como punto de partida, caracterizar el juicio de constitucionalidad como expresión de la relación entre constitucionalismo y democracia (1); proseguir con la revisión y crítica de algunas de las principales razones que justifican el control de constitucionalidad de las leyes (2) y la atribución del mismo a los jueces (3), para luego abordar algunas propuestas orientadas a redefinir el control judicial de constitucionalidad, considerando especialmente aquellas que han surgido o han tenido repercusión en el ámbito de la teoría jurídica hispanoamericana (4).

1. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD COMO EXPRESIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

Emplearé el término *justicia constitucional* para aludir a los órganos y procedimientos de naturaleza jurisdiccional dispuestos para enjuiciar la constitucionalidad de las actuaciones de los restantes poderes públicos, y que básicamente se manifiesta en el control de constitucionalidad de las leyes y el amparo de los derechos fundamentales en supuestos concretos de vulneración². Propongo centrar la atención en las dificultades que sus-

¹ La que desde Alexander Bickel se conoce como la «dificultad contramayoritaria» (*The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 1962, 2.ª ed., New Haven-London, Yale University Press, 1986, p. 16) agrupa todas las críticas dirigidas contra la *justicia constitucional en nombre de la democracia*. En ella se mezclan objeciones contra la idea de supremacía constitucional y contra la que en este trabajo denomino opción judicialista, es decir, aquellas que no necesariamente cuestionan la existencia de límites constitucionales al legislador o la necesidad de arbitrar mecanismos de control para hacerlos efectivos, sino la atribución de dicho control a jueces carentes de legitimidad democrática para imponer su opinión a la de la mayoría.

² Esta definición comprende los dos grandes modelos de justicia constitucional: el sistema *concentrado*, basado en la propuesta de Kelsen y el modelo *difuso*, inspirado en la *judicial review*. Actualmente se advierte una tendencia a la unificación de ambos modelos, pues los sistemas *concentrados* tienden a incorporar mecanismos orientados a garantizar derechos y enjuiciar la constitucionalidad de la ley en el momento de su aplicación, con lo cual el control se torna difuso y en concreto; a su vez, en el modelo americano el Tribunal Supremo concentra la competencia para decidir sobre asuntos constitucionales, y si bien se pronuncia frente a casos concretos, en la práctica sus sen-

cita la primera de estas modalidades de actuación, por lo cual en adelante al referirme a la legitimidad de la justicia constitucional propiamente estaré hablando de la justificación del control judicial de constitucionalidad de las leyes.

Dicho control se manifiesta en un juicio de constitucionalidad que, según explica Víctor Ferreres, se asemeja en su estructura a otros juicios de comparación entre normas que tienen lugar en el Derecho, verbigracia, el que se dirige a establecer la legalidad de una disposición reglamentaria. Su peculiaridad consiste en el especial carácter de las normas que en él se involucran: por un lado, la mayor indeterminación del parámetro de control, que obedece al plural contenido ideológico incorporado en las constituciones y, por otra parte, la legitimidad democrática de la ley sometida a juicio³.

A) La Constitución como parámetro de control

Suele asociarse el constitucionalismo a la idea de límites al poder, establecidos en función de garantizar derechos y libertades a los individuos. Así, la Constitución se concibe como la norma que establece los principios que fundamentan la existencia de una comunidad política, señalando el procedimiento y los límites que deben orientar la toma de decisiones colectivas. Al ser patrón de su legitimidad, la Constitución no es susceptible de modificación a través de tales decisiones.

En una sociedad plural no es fácil lograr un amplio consenso sobre los contenidos constitucionales, como tampoco es deseable que la discusión se liquide mediante la imposición de las convicciones del grupo dominante, con lo cual la Constitución aspira a ser la expresión de acuerdos mínimos que permitan la coexistencia entre diversos grupos sociales portadores de diferentes valores, intereses y concepciones acerca de lo bueno y lo justo⁴.

Tanto la naturaleza —sustantiva o procedimental— como el grado de respaldo de estas decisiones constitucionales condicionará su textura normativa. Mientras los contenidos orgánicos y procedimentales permiten ser

tencias adquieren efectos generales, en virtud del sistema de precedentes que opera como mecanismo de unificación jurisprudencial. Sobre esto llama la atención FRANCISCO RUBIO LLORENTE en «La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 1.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 495 y ss.

³ Cfr. VÍCTOR FERRERES COMELLA, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 18-19.

⁴ Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 14. (trad. Marina Gascón).

expresados en forma de reglas, los enunciados sobre derechos tienden a ser formulados como principios⁵, tales como «se garantiza la libertad de conciencia» (art. 18 C.Col.) o «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad» (art. 17.1. C.E.). Esto último obedece a dos motivos: por un lado, la inconveniencia de establecer *a priori* todas aquellas conductas amparadas por el derecho que se quiera proteger. En el ejemplo propuesto, piénsese en el efecto contraproducente de fijar de antemano los modos concretos de ejercicio de la libertad de conciencia, pues ello conduciría a tasar el contenido de tal derecho y dejar por fuera de su amparo aquellas conductas no consideradas de modo expreso por el constituyente. Por otra parte, la textura principialista de las normas sobre derechos se explica por la dificultad de llegar a un consenso que permita una definición más precisa de aquello que se quiere proteger, ante lo cual se prefiere acudir a las que Carl Schmitt denomina «cláusulas de compromiso dilatorio»⁶. En este caso la indeterminación que caracteriza a los principios ofrece una solución que permite satisfacer intereses discrepantes, alcanzar una mayoría al precio de postergar hacia el futuro y dejar en manos de la política ordinaria la lucha por la definición de su sentido⁷.

Esto permite comprender que el alto grado de indeterminación del texto constitucional, su ambigüedad, vaguedad, la inclusión de conceptos esencialmente controvertidos y de principios tendencialmente contradictorios, más que una desviación a corregir, parece ser una característica insuprimible de las constituciones modernas, que así favorece amplios márgenes de discrecionalidad en su interpretación. Lo anterior ha llevado a poner en discusión el carácter estrictamente jurídico del juicio de constitucionalidad y la ya problemática legitimidad del órgano encargado de llevarlo a cabo.

⁵ Para una caracterización de los principios remito a ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81 y ss. (trad. Ernesto Garzón Valdés); MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996; y LUIS PRIETO SANCHÍS, «Diez argumentos sobre los principios», en *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 52 y ss.

⁶ Refiriéndose a la Constitución de Weimar, señala Carl Schmitt que dichas cláusulas constituyen «compromisos apócrifos, porque no afectan a decisiones objetivas logradas mediante transacciones, sino que precisamente consiste su esencia en alejar y aplazar la decisión». *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 54 (trad. Francisco Ayala).

⁷ No obstante, algunos enunciados sobre derechos asumen la forma de reglas («queda abolida la pena de muerte», art. 15 C.E.), cuando están respaldados en un amplio consenso o cuando la indeterminación propia de los principios supone un alto riesgo para el derecho que se quiere proteger (p. ej., el plazo de 72 horas para poner a un detenido a disposición de autoridad judicial, art. 17.3 C.E.). Así lo advierte JUAN CARLOS BAYÓN, «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional», *Jueces para la Democracia*, 27, Madrid, 1996, pp. 45-46.

B) La dignidad democrática de la ley

En un sistema democrático, la ley merece una especial consideración respecto a las demás normas infraconstitucionales por emanar del Parlamento, órgano que, debido a su legitimidad de origen (elección directa por los ciudadanos) y al carácter plural y deliberativo del procedimiento legislativo, satisface mejor que los demás las condiciones que requiere la expresión de la voluntad popular. Estas características en su conjunto, no solo la primera, confieren mayor importancia política y jurídica a las decisiones parlamentarias, incluso respecto a las de otros poderes de naturaleza electiva, pero a la vez condicionan su legitimidad democrática, pues con ellas se busca que el procedimiento legislativo satisfaga los presupuestos que hacen de la democracia un procedimiento de decisión especialmente valioso⁸, como son, entre otros:

a) Respeto a la *autonomía moral* de los individuos, al permitir la participación de todos los afectados en la toma de decisiones colectivas. Y aunque la democracia adopta la regla de mayoría como sucedáneo de la unanimidad⁹, conserva la ventaja de considerar la voz de los implicados mucho más de lo que lo hacen otros mecanismos (dictatoriales o elitistas) de decisión colectiva, si bien no queda a salvo del riesgo de opresión a las minorías.

b) La democracia realiza el valor de la *igualdad* porque trata con la misma consideración la opinión de todos los afectados, al conceder igual valor al voto de todos los participantes, a diferencia de la dictadura, donde solo la opinión del dictador tiene valor, o de un procedimiento elitista,

⁸ En tal sentido Antonio Peña Freire señala que el carácter plural y deliberativo del procedimiento legislativo, y no solo la naturaleza electiva del Parlamento, es lo que cualifica la ley y justifica su preeminencia sobre las demás normas jurídicas, incluso las emanadas de otros órganos que también reciben legitimación democrática directa como el Ejecutivo, elegido popularmente en muchos sistemas políticos actuales. *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 195 y ss.

⁹ La exigencia de unanimidad vendría impuesta por la premisa de la autonomía moral, presente en el pensamiento político moderno y que conduce, entre otros, a Rousseau a buscar «una forma de asociación [...] gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes». *El contrato social o principios de derecho político* (1762), Cap. 6, Madrid, Tecnos, 1988, p. 14 (trad. María José Villaverde). En efecto, con la regla de unanimidad se logra que al obedecer una norma heterónoma, el individuo solo se obedezca a sí mismo, al prestar su aprobación a la ley que ahora lo gobierna. No obstante, ésta resulta difícil de alcanzar e incluso inconveniente, porque confiere a un solo individuo el poder de veto de una decisión consentida por el resto de los participantes, deviniendo en una especie de dictadura a la inversa.

que solo valora la opinión de una minoría especialmente capacitada para decidir¹⁰.

c) El procedimiento democrático, según Carlos S. Nino, posee mayor valor epistémico, es decir, ofrece mayor fiabilidad para tomar decisiones intersubjetivamente válidas, siempre y cuando respete las exigencias que garantizan su valor epistémico y su carácter deliberativo, las cuales resume este autor en la noción de *derechos a priori*¹¹.

d) La democracia, en opinión de Garzón Valdés, es el único procedimiento de decisión colectiva que permite y se nutre del disenso, el cual cobra valor cuando opera como instancia crítica de las decisiones mayoritarias, vigilando el respeto o procurando la ampliación de aquellos derechos que integran lo que este autor denomina el *coto vedado*, asumido como pauta de corrección moral de las decisiones de la mayoría¹².

En ese orden de ideas, parece que la democracia es algo más que regla de mayorías, pues cifra sus méritos en el camino deliberativo que conduce a la toma de decisiones y, ante todo, en los valores que través de éste se busca promover. De lo que resulta que, al igual que otras formas de gobierno, la democracia tiene sólo un valor instrumental, en tanto medio para la realización de la autonomía moral, la igualdad y los derechos de las personas, que se asumen como fines últimos que fundamentan y condicionan su valor. Cabe decir entonces que, en términos generales, la democracia es un instrumento al servicio de los derechos. Igual ocurre con el constitucionalismo, entendido como una técnica de limitación del poder y garantía de libertades. Siendo así, existe un punto de encuentro importante que ofrece una vía para superar la contradicción que se plantea entre constitucionalismo y democracia, con lo cual, volviendo al te-

¹⁰ La validez de este razonamiento está condicionada por la universalidad que alcanzan los derechos de participación política en un sistema democrático. Por tanto, resulta claramente inaplicable en el caso de las democracias censitarias propias del siglo XIX, y en la actualidad conduce a cuestionar las restricciones a los derechos políticos que persisten en los regímenes democráticos.

¹¹ Concepto en el que incluye los derechos básicos de libertad y de participación, aunque el mismo autor reconoce que puede existir controversia sobre si los derechos sociales también deben ser incluidos en la categoría de *derechos a priori*. Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO, «Los fundamentos del control de constitucionalidad», *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Serie Cuadernos y Debates, 29, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 97-137.

¹² ERNESTO GARZÓN VALDÉS, «El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías», *Isonomía*, 12, México, 2000, pp. 7-34. En el mismo sentido, Stephen Holmes considera el desacuerdo público como instrumento esencial del gobierno popular. Cfr. del autor «El precompromiso y la paradoja de la democracia», en *Constitucionalismo y Democracia* (Jon Elster y Rune Slagstad, eds.), 1.ª ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 254 (trad. Mónica Utrilla de Neira).

rreno del juicio de constitucionalidad, se advierte que tanto el parámetro de comparación (constitución) como la norma enjuiciada (ley) obtienen su legitimidad de la misma fuente. Por eso el debate entre defensores y detractores de la justicia constitucional se convierte en un reclamo recíproco de coherencia con las propias premisas, en el que no se advierte conclusión posible porque envuelve un razonamiento circular.

Llegados a este punto conviene repasar los términos de este debate teniendo como hilo conductor las siguientes preguntas: ¿existen razones para establecer límites constitucionales al legislador democrático?, ¿por qué confiar a un órgano judicial, carente de legitimidad democrática o, en todo caso, con una legitimidad democrática solo mediata, la facultad de invalidar las leyes emanadas de un procedimiento democrático?

2. LAS RAZONES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

El control de constitucionalidad es un diseño institucional que se inscribe dentro de un particular modelo de organización política como es el estado constitucional de derecho, y por tanto, asume como propias las razones que fundamentan a este último. Veamos:

El Estado constitucional se apoya en una teoría de la justicia que reconoce derechos a las personas y asume su respeto como límites infranqueables a, y condición de legitimidad de, las instituciones políticas¹³. Ello conduce a la adopción del procedimiento mayoritario (democrático) para tomar las decisiones colectivas (por las razones expuestas en 1.2), pero a su vez, a convertir tales derechos en patrones de justicia de las decisiones de la mayoría, no susceptibles de ser modificados por éstas. Ese núcleo de límites sustanciales se expresa en lo que Garzón Valdés gráficamente denomina el «coto vedado», a cuyo respeto se compromete la comunidad política, que de este modo acepta autolimitarse para impedir que en el futuro llegue a tomar decisiones que destruyan las condiciones de pervivencia del sistema democrático y los fines a los cuales sirve de instrumento. La Constitución se convierte, así, en la expresión normativa de este «precompromiso».

Con tal fin, la Constitución ha de revestirse de ciertas características formales que la distingan de las demás: en primer lugar, debe ostentar una jerarquía superior a las demás normas jurídicas y, como consecuencia, dotarse de una especial rigidez que impida su modificación por el procedimiento legislativo ordinario. Esto se consigue bien sea mediante la in-

¹³ Sobre la relación entre el control constitucional y las teorías de la justicia basadas en el reconocimiento de derechos, cfr. JOSÉ JUAN MORESO, «Diritti e giustizia procedurale imperfetta», *Ragion pratica*, 10, 1998, pp. 13-39.

clusión de cláusulas que impidan su reforma hacia el futuro o estableciendo un procedimiento de reforma especialmente gravoso. En síntesis, como señala Elster, «la lógica fundamental del ejercicio constituyente sigue siendo que una mayoría simple decide que esa mayoría simple no es el mejor procedimiento para decidir sobre algunos temas»¹⁴.

Por otra parte, el estado constitucional hereda del racionalismo moderno la exigencia formulada al poder político de discurrir por los cauces trazados por normas preexistentes, que en la tradición jurídica del Estado de Derecho se expresa en el principio de legalidad, al cual se somete la actuación administrativa y judicial y que ahora se amplía con la vinculación del legislador a la constitución como condición de validez de sus actos¹⁵.

Con todos estos materiales se construye la noción de *supremacía constitucional* de la que se derivan las siguientes consecuencias: en primer lugar, el reconocimiento del valor jurídico y no solo político de la Constitución, vista ahora como parámetro y fuente de validez de la ley y, en general, de las restantes normas del ordenamiento; en segundo lugar, la necesidad de arbitrar mecanismos que garanticen dicha supremacía, neutralizando la producción de normas contrarias a la constitución.

Las que he denominado razones del control se resumen entonces en la idea de supremacía constitucional, la cual, pese a su amplia aceptación en la doctrina constitucional, ha sido cuestionada en sus cimientos desde cierta filosofía jurídica y política, que critica tanto la idea de «coto vedado» como de «precompromiso» constitucional, una parte esencial de la que se conoce como dificultad contramayoritaria del control judicial de constitucionalidad.

A) Críticas al «coto vedado»

Jeremy Waldron ha puesto en tela de juicio una elemental intuición del constitucionalismo, según la cual consagrar un canon de derechos fundamentales en un documento constitucional, no susceptible de revisión por el legislador ordinario, es el diseño institucional reclamado por un siste-

¹⁴ JON ELSTER, «Régimen de mayorías y derechos individuales», en *De los derechos humanos*. (Stephen Shute y Susan Hurley, editores), Madrid, Trotta, 1998, p. 169. (Trad. Hernando Valencia Villa).

¹⁵ No obstante, la vinculación del legislador a la Constitución no implica que la ley sea simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues se admite que el legislador debe disponer de una libertad de configuración política mayor que la reconocida a los demás poderes públicos, en virtud del principio democrático. Por lo anterior, la Constitución se concibe como un marco amplio que delimita, pero no determina, las opciones legislativas.

ma político respetuoso de tales derechos¹⁶. La crítica de este autor puede considerarse radical en dos sentidos: por una parte, porque se levanta sobre la misma raíz que alimenta la idea de «coto vedado», esto es, la asunción de una teoría de la justicia basada en el respeto a derechos; de otro lado, porque admite como consecuencia la anulación de la idea misma de Constitución, extremo al que no llegan otros críticos del constitucionalismo.

Su punto de partida es el reconocimiento de la autonomía moral de las personas, la dignidad humana y el pluralismo como fundamento de las teorías políticas basadas en el respeto a derechos tanto individuales como de participación política. Ante la necesidad de definir cuestiones tales como, qué derechos reconocer, a quiénes, con qué alcance, y dada la dificultad que supone llegar a un consenso en materias tan controvertidas, Waldron defiende la regla de mayorías como el procedimiento de decisión colectiva más respetuoso con aquellos valores fundantes. Por eso resulta cuestionable sustraer tales decisiones del juego político revistiéndolas de inmunidad constitucional porque ello supone, correlativamente, una injustificada inhabilitación de los legisladores e, indirectamente, de los ciudadanos a quienes representan, para decidir sobre tales materias. Así, en quienes redactan una constitución —sostiene este autor— se revela una actitud que combina una excesiva *autoconfianza* en la bondad y la corrección de las propias convicciones —de ahí su pretensión de estamparlas en una constitución rígida— y a la vez *desconfianza* en las motivaciones (egoístas) y argumentos (erróneos) de quienes defienden posiciones discrepantes que hoy están en minoría o que lleguen a plantearse en el futuro; todo lo cual contrasta con la ética de respeto a la autonomía y responsabilidad moral de las personas que inspira al constitucionalismo moderno¹⁷.

Otra de las críticas de Waldron contra la idea de «coto vedado» señala la imposibilidad de establecer límites sustanciales a un procedimiento de decisión colectiva, porque ante la previsible falta de unanimidad sobre el contenido de tales límites, estos a su vez tendrán que adoptarse mediante un procedimiento, con lo cual —sostiene— toda regla de decisión debe ser estrictamente procedimental. De ahí que el constitucionalismo no se configure como un conjunto de límites sustanciales que disciplinan un mecanismo decisorio (para evitar que se tomen decisiones con cualquier contenido), sino más bien como una superposición de procedimientos, en la que un procedimiento A (regla de mayorías), es condicionado a su vez

¹⁶ La crítica de Waldron se enmarca en el debate surgido en la filosofía jurídica y política anglosajona a raíz de la propuesta conocida como *Charter 88*, defendida, entre otros, por Ronald Dworkin, que buscaba introducir en el Reino Unido una Constitución escrita y un sistema de justicia constitucional similar a la *judicial review* estadounidense.

¹⁷ JEREMY WALDRON, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993, p. 28.

por el resultado de otro procedimiento B (el empleado por quien debe pronunciarse sobre el contenido último de aquel «coto vedado» que limita la decisión de A, y que en los sistemas políticos actuales es el órgano de justicia constitucional)¹⁸. Si, según lo expuesto, se considera que el procedimiento legislativo tiene en su haber mejores argumentos que otros mecanismos de decisión, pues tanto en la elección de sus miembros como en su funcionamiento responde a la regla de mayorías, no parecen existir buenas razones para subordinar sus resultados a lo dispuesto por otra instancia decisoria que cuenta con menos razones para ser obedecida. En último término, el razonamiento de Waldron lleva a concluir que la posición más consecuente con los valores de la autonomía de las personas y el reconocimiento del pluralismo es la renuncia a toda forma de límites constitucionales a las decisiones de las mayorías, esto es, la negación del constitucionalismo.

En general puede afirmarse que aunque muchos de los autores que advierten sobre el carácter antidemocrático del constitucionalismo se apoyan en los argumentos de Waldron, pocos se muestran dispuestos a compartir sus conclusiones¹⁹. De ahí que en todos ellos, como veremos luego, termine por reproducirse la exigencia de un «coto» constitucional, más reducido, si se quiere, pero incluso más vedado, que asegure las condiciones de existencia del procedimiento democrático y le impida autodestruirse, con lo cual las críticas no se dirigen tanto contra la idea misma de «coto vedado» sino que la discusión se encamina a determinar cuál debe ser su contenido: ¿incluye sólo reglas de procedimiento?, ¿o además

¹⁸ *Ibid.*, pp. 33-34.

¹⁹ Las tesis de este autor alimentan las posturas que se enmarcan en el que se ha denominado «constitucionalismo débil» (vid. infra 4.2.), si bien sometidas a una necesaria revisión para hacerlas compatibles con la afirmación de esta versión matizada del constitucionalismo. En tal sentido, Juan Carlos Bayón discrepa de la concepción *abierta* de la regla de mayorías (no existen asuntos vedados a la decisión de las mayorías) defendida por Waldron, que le conduce a negar la justificación del «coto vedado» y a admitir, tanto el establecimiento de un «constitucionalismo fuerte» como la autodestrucción de la democracia, si así lo determina la mayoría. En su lugar, y para evitar tales consecuencias, el profesor español propone adoptar una regla de mayorías *cerrada* (no existen materias sustraídas a la decisión parlamentaria, salvo la abrogación del procedimiento democrático). Por otra parte, en contra del argumento de la imposibilidad lógica de establecer restricciones sustanciales a un procedimiento, que no sean a su vez resultado de otro procedimiento anterior, Bayón afirma que, en una comunidad política real, la definición de la regla de decisión no discurre conforme a un procedimiento previamente acordado, sino que obedece «a una compleja mezcla de motivos morales y prudenciales entre los miembros de una comunidad», pues lo contrario supone un regreso al infinito, ya que siempre subsistirá la cuestión de cómo se acordó el primer procedimiento. Nada impide entonces admitir la existencia de una regla de decisión originaria que incorpore límites sustanciales. Cfr. JUAN CARLOS BAYÓN, «Diritti, democrazia, costituzione», *Ragion pratica*, 10, 1998, pp. 55-59.

derechos de libertad y de participación?, ¿o abarca también los derechos sociales?

B) Críticas al precompromiso

Desde esta perspectiva se cuestiona no ya la existencia de límites sustanciales a las decisiones de la mayoría, sino el hecho de que tales límites sean heredados de una generación pasada, que al proclamar una constitución se atribuye así el derecho de atar las manos de sus descendientes. Quienes suscriben esta crítica no encuentran razones que justifiquen coartar la libertad de las generaciones actuales en nombre de acuerdos realizados por personas que ya murieron; por el contrario, en nombre del principio democrático reclaman el derecho de cada generación a gobernarse por sus propias leyes. Así, la supremacía constitucional se enfrenta a la que Ackerman denomina una «dificultad intertemporal»²⁰.

Valga aclarar que la discusión sobre la legitimidad del precompromiso constitucional se ha desarrollado principalmente en la doctrina estadounidense, y es allí donde cobra sentido si se tiene en cuenta que en el trasfondo del debate se encuentra la defensa de una Constitución que ha sobrevivido al paso de muchas generaciones²¹. Los «padres fundadores» de la Constitución de 1787 fueron conscientes de esta dificultad, y testimonio de ello es la disputa que enfrentó a Paine y Jefferson —detractores del precompromiso apelando al «consentimiento de los vivos» como el único válido para legitimar los gobiernos— contra Madison, quien desde las páginas de *El Federalista* asumió su defensa como un legado al servicio de la consolidación de la democracia, pues una Constitución heredada del pasado libera a las generaciones futuras de la necesidad recurrente de discutir sobre el marco básico que orientará su vida política²².

En la doctrina contemporánea la discusión ha cobrado nuevo impulso debido a la reformulación de la idea de precompromiso constitucional emprendida por autores como Jon Elster²³ y Bruce Ackerman, en un in-

²⁰ BRUCE ACKERMAN, «¿Un Neofederalismo?», en *Constitucionalismo y Democracia*, citado, p. 210.

²¹ En el contexto de otros sistemas políticos, como ocurre en el caso colombiano, se asiste a un fenómeno de «reformismo constitucional», donde la cuestión no es la justificación de un precompromiso sino la manifiesta incapacidad de una sociedad, no de mantener, sino incluso de alcanzar un compromiso constitucional que le permita fundar un sistema político estable. Sobre esto llama la atención HERNANDO VALENCIA VILLA en *Cartas de Batalla. Historia del constitucionalismo colombiano*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Cerec, 1991.

²² Una amplia exposición sobre este debate puede verse en STEPHEN HOLMES, «El precompromiso...», citado, pp. 222 y ss.

²³ JON ELSTER, *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*,

tento de conciliar la tensión existente entre supremacía constitucional y democracia. Ambos parten de una concepción dualista de la democracia que diferencia entre momentos de *política constitucional*, donde se toman o se revisan las decisiones básicas que enmarcarán hacia el futuro la vida política de una sociedad, y momentos de *política ordinaria*, correspondientes al devenir cotidiano de las democracias representativas. Los primeros adquieren especial valor respecto a las decisiones legislativas ordinarias. Tal diferencia obedece, según Elster, a la mayor lucidez y razonabilidad de las decisiones constitucionales. Para explicarlo recurre a un símil entre el compromiso constitucional y el pasaje de la Odisea donde Ulises, en un ejemplo paradigmático de autonomía y racionalidad, decide atarse al mástil de su nave para evitar sucumbir ante el canto de las sirenas. La constitución sería entonces el compromiso suscrito por una comunidad que, en un momento de lucidez, acepta atarse las manos para evitar que en el futuro pueda tomar decisiones que anulen su libertad o amenacen su propia existencia²⁴.

Ackerman, por su parte, afirma la especial calidad deliberativa de los momentos de política constitucional, considerados como «la más alta especie de política»²⁵, por tratarse de ocasiones singulares en las que los ciudadanos abandonan su pasividad habitual para expresar directamente su voluntad mediante mecanismos extraordinarios. En la política ordinaria, por el contrario, los ciudadanos se concentran en sus asuntos privados, limitando su participación a la elección periódica de sus representantes, a quienes delegan la tarea de decidir. Esta especie menor de política es admisible porque libera a los ciudadanos de la carga de ocuparse permanentemente de los asuntos públicos para dedicarse a su vida privada, pero posee sin duda un déficit democrático respecto a los momentos de creación constitucional, pues quienes toman las decisiones son los representantes y no los ciudadanos mismos. No es posible, por tanto, equiparar la política ordinaria a la constitucional porque ello supondría aceptar que las mayorías legislativas puedan transustanciar la voluntad popular²⁶. De ahí que las decisiones legislativas deban acogerse a lo acordado por el pueblo en momentos de política constitucional y que el órgano de control constitucional sea el llamado a velar por la supremacía de aquellas decisiones constitucionales²⁷. No obstante, el precompromiso constitucional no supo-

México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 66-84 (trad. Juan José Utrilla); del mismo autor, «Ulises revisitado. Compromisos previos y constitucionalismo», *Análisis Político*, 35, IEPRI, Bogotá, 1998, pp. 70-96.

²⁴ Para una consideración crítica de las tesis de Elster, véase *Jeremy Waldron*, *op. cit.*, p. 47; JUAN CARLOS BAYÓN, «Diritti, democrazia, costituzione», citado, p. 54.

²⁵ BRUCE ACKERMAN, «¿Un neofederalismo?», citado, p. 185.

²⁶ *Ibid.*, p. 190.

²⁷ En el diseño de Ackerman el órgano encargado del control constitucional contribuye a activar la deliberación pública, pues al declarar inconstitucional una ley está

ne una «tiranía del pasado», ya que puede ser revisado y modificado por los ciudadanos (incluso al margen de los mecanismos institucionales de reforma) y cuando ello ocurre tiene lugar un nuevo momento de política constitucional²⁸.

Stephen Holmes, sobre premisas diferentes a las del dualismo, también defiende el carácter democrático del precompromiso constitucional. Destaca, en primer lugar, la dimensión positiva de las Constituciones, pues éstas no sólo establecen prohibiciones y límites al poder, sino que además lo configuran y orientan hacia una dirección determinada, posibilitando prácticas que de otro modo no tendrían lugar; desde este punto de vista, la Constitución se concibe entonces como la «gramática» de la democracia²⁹. Por otra parte, en lugar de una tiranía del pasado, el precompromiso sería el resultado de una cierta división intergeneracional del trabajo, que libera a las generaciones posteriores de la necesidad de discutir permanentemente las reglas del juego de su vida política, y más bien emplear estas reglas para ocuparse de nuevos asuntos que requieren ser resueltos³⁰. En tercer lugar, sostiene que el proceso de crear una Constitución no culmina con la aprobación de un texto por una asamblea constituyente, sino que, por el contrario, se recrea permanentemente mediante la interpretación de sus cláusulas, especialmente aquellas de contenido ambiguo y problemático, a través de las cuales se delegan altas cuotas de poder discrecional a las generaciones futuras³¹. Finalmente, el precompromiso constitucional puede contribuir a evitar el suicidio de un régimen democrático, asegu-

advirtiendo a los ciudadanos que sus representantes están intentando modificar las decisiones constitucionales y, de este modo, les insta a pronunciarse, bien sea para apoyar a sus legisladores, caso en el cual se asiste a un nuevo momento constitucional, o ratifica la decisión del tribunal y, con ello, el marco constitucional preexistente. *Ibíd.*, p. 214.

²⁸ Valga anotar que la sugerente construcción de Ackerman tiene como fundamento su particular lectura del sistema constitucional americano, por lo que difícilmente resulta generalizable a otros contextos. Así, su referencia a las raras ocasiones en las que la ciudadanía se moviliza en defensa de ciertos principios fundamentales solo se comprende a la luz de la situación política generada por el *New Deal* y otros momentos críticos de la historia constitucional estadounidense. Para una revisión crítica de las tesis de este autor ver el trabajo de ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 136 y ss.

²⁹ STEPHEN HOLMES, «El precompromiso...», citado, p. 248. En el mismo sentido Gianluigi Palombella sostiene que las constituciones «con frecuencia contienen los presupuestos esenciales de una gramática democrática que parece *indisponible* para la democracia. Se trata de algo sobre lo que la democracia, por principio, no puede arbitrariamente decidir, y que escapa a las pretensiones de constante refundación, de ejercicio no limitable de la voluntad democrática. Ello simplemente porque [...] es el *modo* mismo en que la democracia decide». *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Granada, Comares, 2000, p. 8. (cursivas en el original).

³⁰ STEPHEN HOLMES, «El precompromiso...», citado, p. 237.

³¹ *Ibíd.*, p. 246.

rando las condiciones para que las generaciones futuras no decidan anular su libertad y, de este modo, comprometan la libertad de sus descendientes. En síntesis, Holmes justifica el precompromiso como instrumento para reforzar la prohibición de autoesclavización de una sociedad; de ahí que no resulte incompatible con la democracia, ya que «para conceder poder a todas las mayorías futuras, una constitución debe limitar el poder de cualquier mayoría dada»³².

Para concluir, si se acepta la afirmación de MacCormick de que la democracia no es un ideal político autosuficiente, pues es «la tradición constitucional quien crea las condiciones para el posible florecimiento de la democracia»³³, es posible mantener en firme la supremacía constitucional y, con ella, la justificación del control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, queda aún pendiente resolver la cuestión de por qué confiar dicho control a los jueces.

3. LAS RAZONES DE LA OPCIÓN JUDICIALISTA

En principio, cada modelo de justicia constitucional cuenta con una fundamentación propia. Así, para comprender la génesis de la *judicial review* es preciso remontarse al pensamiento constitucional estadounidense de finales del siglo XVIII, a los debates constituyentes previos a la Carta de 1787 y a la célebre sentencia *Marbury vs Madison* y, a su vez, para explicar el surgimiento de los Tribunales Constitucionales europeos, es necesario acudir a la obra de Kelsen y al contexto de la Europa del primer tercio del siglo XX. Pero resulta que el funcionamiento real de los Tribunales Constitucionales solo conserva del modelo original su carácter concentrado y los efectos generales de sus decisiones. En lo demás, aquellos se acercan más a la lógica que impregna la *judicial review* que a las premisas de la propuesta kelseniana³⁴; fenómeno que se explica por la

³² *Ibid.*, p. 248.

³³ NEIL MACCORMICK, «Constitucionalismo y Democracia», *Anuario de Derechos Humanos*, 5, Madrid, 1988-89, p. 377.

³⁴ En efecto, el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional presenta las siguientes características: (i) el parámetro de control es una constitución preferentemente procedimental y de reglas; (ii) el control consiste en un examen de la compatibilidad lógica entre la constitución y la ley, excluyendo toda consideración valorativa; (iii) el juicio de constitucionalidad se hace con total abstracción de los hechos o intereses del caso concreto, lo que le diferencia sustancialmente del quehacer del juez ordinario; (iv) el control se concentra en un órgano distinto del Parlamento y del Ejecutivo, pero también de la jurisdicción ordinaria; (v) dicho órgano se concibe como un Tribunal debido a su naturaleza no electiva, a la naturaleza estrictamente jurídica (no política) de su función y a que sus decisiones, al igual que las de los Tribunales, se legitiman por su fundamentación (legitimidad de ejercicio) y no por su origen. No obstante, puede afirmarse que

rematerialización de los textos constitucionales (con lo cual el control de constitucionalidad no puede concebirse como un juicio estrictamente lógico sino también valorativo) y la apertura de la justicia constitucional a los discursos de aplicación³⁵. De ahí que las razones que en su momento dieron origen al modelo americano sigan hablando, en general, a favor de los actuales sistemas de justicia constitucional³⁶, y que la fundamentación de Kelsen, antes que un apoyo, sirva como cantera de razones en contra de la opción judicialista³⁷.

Por lo anterior, examinaremos las razones sobre las que descansa el modelo americano de justicia constitucional, las críticas dirigidas en su contra y los argumentos que persisten en defender la atribución del control de constitucionalidad a los jueces.

A) La lógica Hamilton-Marshall

El razonamiento que alienta el modelo americano de justicia constitucional asume como premisas la supremacía de la constitución y la función del poder judicial como freno al poder de las mayorías para evitar la opresión de las minorías. De lo anterior se infiere el carácter típicamente

los actuales Tribunales Constitucionales solo mantienen las dos últimas características, como lo señalan LUIS PRIETO SANCHIS, «Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico», en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (Miguel Carbonell, comp.), México, UNAM-Porrúa, 2000, p. 323; y MARINA GASCÓN ABELLÁN, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 75.

³⁵ LUIS PRIETO SANCHIS, «Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico», citado, p. 315.

³⁶ Y en efecto, se invoquen por los defensores de la justicia constitucional. Así EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1984; MAURO CAPPELLETTI, «El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo», en *La Justicia Constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pp. 195-211. (Prólogo de Héctor Fix-Zamudio).

³⁷ En tal sentido afirma Prieto Sanchis que «el sistema norteamericano está diseñado a favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelseniano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del Parlamento ante la actividad libre de los jueces. Ni Kelsen ni la Constitución austriaca de 1920 llegaron a concebir una norma generadora de derechos y obligaciones capaces de imponerse al legislador mediante una garantía judicial; la ley es el horizonte normativo máximo tanto para los jueces como para los ciudadanos, pues la Constitución opera en otro plano, en el plano «interno» de los órganos estatales y su garantía corresponde a un legislador especial, ajeno a las consideraciones políticas o discrecionales propias del Parlamento, y ajeno también a la protección de derechos o intereses concretos». «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», citado, p. 317.

jurisdiccional del control de constitucionalidad, concebido como una facultad inherente a la función que cumple el juez al aplicar el derecho.

Aunque la Constitución de Estados Unidos no consagra expresamente el sistema de la *judicial review*, este modelo de justicia constitucional hunde sus raíces en algunos antecedentes del período 1776-1787³⁸, y sus orígenes doctrinales se exponen en los escritos de Hamilton en *El Federalista*, núm. 78, posteriormente retomados por el juez Marshall en la célebre sentencia *Marbury vs Madison*. La línea argumental Hamilton-Marshall puede sintetizarse así:

- a) Ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida, dado que el Parlamento es delegado del poder constituyente y, por tanto, no puede ejercer actos contrarios al mandato conferido por éste último, pues todo acto del mandatario que excede los límites del mandato es nulo.
- b) Los Tribunales fueron designados como cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislador, para mantener al último dentro de los límites fijados por aquél.
- c) La interpretación de las leyes es competencia propia de los Tribunales.
- d) Si la Constitución es una ley, corresponde a los jueces interpretarla.
- e) En caso de conflicto entre Constitución y ley debe preferirse la Constitución, pues la intención del pueblo expresada en ésta es superior a la intención de sus agentes contenida en la ley.
- f) La facultad de los jueces de inaplicar leyes contrarias a la Constitución no supone la superioridad del poder judicial respecto al legislador. Solo supone que el poder del pueblo es superior a ambos y que los jueces deben ser gobernados por la voluntad del pueblo antes que por la voluntad de sus representantes³⁹.

Hay varias cuestiones involucradas en este razonamiento: (i) la afirmación de la supremacía constitucional, a la que nos hemos referido antes; (ii) la necesaria interpretación de la ley en el momento de su aplicación judicial, tesis que hoy se acepta sin mayores problemas; (iii) la función política del poder judicial como freno al despotismo de la mayoría; (iv) la idea de que la voluntad popular se expresa a través de la interpretación judicial del texto constitucional. Los detractores de la lógica

³⁸ Al respecto ver a ROBERTO LUIS BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

³⁹ A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *El Federalista*, LXXVIII, 2.ª ed. en español, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1957 (trad. Gustavo R. Velasco).

Hamilton-Marshall han concentrado su atención en las dos últimas tesis, así como en afirmar el carácter contingente de la justicia constitucional.

a) *El poder judicial como freno al despotismo de la mayoría*

La vocación garantista de la judicatura, como freno a la «voracidad parlamentaria» en un régimen donde los poderes ejecutivo y legislativo comparten su fuente de legitimación (democrático-mayoritaria), será afirmada por Hamilton al considerar que mientras en la monarquía una magistratura estable e independiente «crea una excelente barrera contra el despotismo del príncipe, en una república no es menos eficaz contra las usurpaciones y opresiones de la entidad representativa»⁴⁰.

Esta concepción sobre la función política del poder judicial hunde sus raíces en una concepción liberal de los derechos, que privilegia la protección de la propiedad⁴¹ y las libertades individuales, fundamentada en clave iusnaturalista e historicista⁴²; por otro lado en la intuición de que las mayorías tienden a actuar movidas por la irracionalidad y el partidismo, poniendo en peligro los derechos de las minorías, lo que hace necesario establecer frenos a sus decisiones; finalmente, se nutre de la confianza en la judicatura —cuerpo independiente y alejado de las simpatías del pueblo— como garante de aquellos derechos contra el despotismo de las mayorías.

Roberto Gargarella explica que la afirmación de la función política de los jueces como contrapeso a las decisiones de las mayorías en defensa de los derechos de las minorías, contenida en *El Federalista*, no puede abstraerse del contexto en el que tuvo lugar, es decir, de la coyuntura política norteamericana en el período posterior a la independencia, porque en ese momento estaba destinada a servir a propósitos bien distintos y a generar consecuencias diferentes de las que en la actualidad se suelen asociar a este planteamiento⁴³. Por tanto, resultaría paradójico trasladar esta

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 330.

⁴¹ Sobre el papel jugado por la preocupación de proteger la propiedad en el constitucionalismo americano llama la atención JENNIFER NEDELSKY, «El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada», en *Constitucionalismo y Democracia*, citado, pp. 263-294.

⁴² Cfr. MAURIZIO FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996 (trad. Manuel Martínez Neira).

⁴³ Para apoyar su tesis, este autor ilustra la situación que atravesaban las ex colonias durante el período posterior a la guerra de independencia, cuando se produjo una fuerte presión sobre las capas medias de la población para pagar en metálico las deudas contraídas con los comerciantes, quienes acudieron masivamente a los tribunales para exigir el pago de sus créditos. Las asambleas legislativas de algunos de los nacientes estados expidieron algunas medidas para aliviar la situación de los deudores (autorizando

concepción acerca del papel de los jueces al pensamiento constitucional actual, sin reparar en la distancia que separa a éste de las premisas ideológicas de *El Federalista*, particularmente en: (i) el diferente significado asociado al concepto de minorías, pues hoy se emplea para referirse a los grupos social y económicamente en desventaja, mientras que Madison aludía a la minoría social y económicamente privilegiada; (ii) el elitismo epistemológico que se advierte en el sesgo contramayoritario de los constituyentes de 1787 y en las razones para confiar en los jueces como contrapeso al legislador⁴⁴, pero que hoy parece inadmisibles si se acepta el valor del principio democrático. No obstante, al margen de la necesaria contextualización que propone Gargarella, cabe preguntar si la idea del juez como garante de derechos frente a las mayorías legislativas puede abstraerse de la funcionalidad política que tuvo en esa coyuntura y fundarse en otras razones que hoy estemos dispuestos a admitir⁴⁵. Sobre esto volveremos en el apartado 3.B).

b) *La concepción objetivista de la interpretación constitucional*

La afirmación de que la voluntad popular fluye a través de la interpretación judicial del texto constitucional es, sin duda, el flanco más vulnerable de la lógica Hamilton-Marshall y el que concede razón a quienes la descalifican como una argumentación falaz.

La falacia del planteamiento radica en que deliberadamente se ignora la brecha que separa la constitución de su interpretación judicial, concebida ésta como una simple lectura del texto constitucional de la que surge sin mayores problemas el contenido de la voluntad constituyente, que los jueces se limitan a pronunciar fielmente. Con ello se elude tomar en cuenta los elementos subjetivos presentes en la labor hermenéutica y se ignora el hecho de que al depositar en los jueces la interpretación de la Consti-

la emisión de papel moneda para aumentar el circulante disponible), lo cual generó una reacción contra dichas asambleas por parte de los grandes propietarios perjudicados con las nuevas medidas legislativas, quienes vieron en ellas potenciales amenazas contra sus derechos. En los escritos de Madison en *El Federalista* se expresa este estado de ánimo contramayoritario, cuando advierte la tendencia al irracionalismo y faccionalismo de las masas, rechaza asumir el interés de la mayoría como estándar político de lo bueno y lo malo, y propone confiar al Senado y al Poder Judicial la tarea de frenar el poder mayoritario. Cfr. ROBERTO GARGARELLA, *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 17-47.

⁴⁴ La forma de elección, período, formación y adscripción social de la judicatura permitía garantizar su distancia frente a las simpatías del pueblo, pero no su imparcialidad frente a los intereses de la minoría a la que socialmente pertenecían los jueces.

⁴⁵ De hecho esta comprensión del quehacer judicial es sostenida actualmente por el garantismo, desde premisas bien distintas a las de Madison.

tución, se les faculta para definir el sentido último de sus preceptos, especialmente indeterminados y abiertos a múltiples lecturas, con lo cual la que prevalece en verdad es la voluntad de los jueces (expresada en su lectura, más o menos fiel, de la constitución) y no la voluntad del pueblo⁴⁶. El recurso a confundir la voluntad constituyente con la de sus intérpretes resulta insuprimible en el razonamiento de Hamilton-Marshall pues con ella se obtiene la justificación última de la *judicial review* y, en efecto, tanto en el texto de *El Federalista* como en la célebre sentencia la invocación de la voluntad popular es recurrente. Por otra parte, esta concepción objetivista de la interpretación constitucional conduce a desconocer, y por supuesto a no afrontar, el escollo de la discrecionalidad judicial, que alimenta buena parte de las críticas formuladas contra la justicia constitucional.

c) *Sobre el carácter contingente de la justicia constitucional*

Otra de las objeciones al argumento de Hamilton-Marshall apunta a demostrar que en él se confunde un problema lógico con una dificultad práctica, puesto que del reconocimiento de la supremacía constitucional no se deriva necesariamente, esto es, lógicamente, la existencia del control judicial de constitucionalidad⁴⁷.

Para tal efecto, Nino acude a la crítica de la «cláusula alternativa tácita» formulada por Kelsen y al plurisignificativo concepto de validez de Bulygin, lo que le permite sostener la existencia de normas válidas (obligatorias) y sin embargo no pertenecientes al sistema jurídico en tanto su dictado contraviene una norma superior, para luego afirmar que en un ordenamiento pueden existir normas que, bajo ciertas condiciones, obliguen a aplicar otras normas que contradicen las condiciones de su propia creación. Que ello plantea la dificultad (práctica) de tornar ineficaz la constitución es otro problema, y resolverlo acudiendo al control judicial de constitucionalidad es tan solo una posibilidad contingente, una respuesta entre muchas otras. Por tanto, concluye Nino, «no es cierto que un sistema que no cuente con un control judicial de constitucionalidad sea una imposibilidad lógica o excluya la supremacía de la constitución [...] la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es

⁴⁶ Cfr., en el mismo sentido, las críticas de JUAN CARLOS BAYÓN, «Diritti, democrazia, costituzione», citado, p. 44; y ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno*, citado, p. 56.

⁴⁷ CARLOS SANTIAGO NINO, *op. cit.*, pp. 100-107; PABLO DE LORA, *La interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pp. 100-103. ◀

un arreglo contingente de ciertos sistemas jurídicos, que puede no darse aún cuando cuenten con una constitución suprema»⁴⁸.

Al margen de que en el plano empírico algunos sistemas jurídicos contengan normas que, bajo ciertas circunstancias, obliguen a aplicar preceptos no válidos (en el sentido de no pertenecientes al propio sistema), el ejemplo propuesto por Nino es precisamente uno de los casos donde se desvirtúa la pretensión sistemática que alienta la lógica jurídica. Más clara se muestra, desde el punto de vista lógico, la relación entre supremacía y control constitucional, que además se concilia con la necesidad (práctica) de arbitrar mecanismos de control pues, como señala Elster, «la constitución como tal no resuelve nada, a menos que esté dotada de un sistema de interpretación y aplicación»⁴⁹. Persiste, eso sí, la pregunta por las razones para conferir a los jueces la última palabra en cuestiones constitucionales.

B) Legitimidad de la interpretación-aplicación judicial de la Constitución

Lo que conduce a descartar la lógica Hamilton-Marshall como fundamento de la justicia constitucional es que tanto las razones que en su momento llevaron a confiar en los jueces como freno al despotismo mayoritario como la concepción objetivista de la interpretación que le subyace resultan hoy difícilmente sostenibles. Por eso en este apartado expondré una justificación del control judicial de constitucionalidad que involucra las siguientes premisas: (i) relación juez-constitución en el marco del Estado constitucional; (ii) la necesidad del juicio de constitucionalidad de la ley en el momento de su aplicación y (iii) la legitimidad de ejercicio de la función judicial.

a) *La relación juez-Constitución en el Estado constitucional*

Si se admite la supremacía de la Constitución y, por ende, su valor jurídico pleno, ella deja de ser vista únicamente como norma que configura los poderes del Estado y adquiere eficacia sólo en virtud de su desarrollo legislativo, para devenir en norma directamente justiciable, incluso frente a las actuaciones u omisiones del legislador. La Constitución, así entendida, se integra al conjunto de piezas jurídicas que debe emplear el juez en el momento de «decir el derecho», lo que sin duda trae como

⁴⁸ CARLOS SANTIAGO NINO, «Los fundamentos del control de constitucionalidad», citado, p. 107.

⁴⁹ JON ELSTER, «Régimen de mayorías y derechos individuales», *op. cit.*, p. 178.

consecuencia un cambio en su relación con la ley y, con ello, una transformación en el sentido político de la función judicial.

Dicho cambio se percibe al tener en cuenta que la sujeción a la ley, bajo el esquema de organización del poder propio del estado liberal de derecho, exigía del juez una asunción acrítica de los contenidos legales, al estarle vedado cuestionar la validez de las normas que aplicaba. De este modo, pervivía la secular restricción del quehacer judicial a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley y, al menos, en línea de principio, se garantizaba la primacía del legislativo sobre los demás poderes, en tanto sus actos eran jurídicamente incontrovertibles. Sin embargo, las circunstancias que explican la crisis del Estado liberal y llevan a reforzar el valor de la Constitución, conducen a modificar la relación entre juez, ley y Constitución: de ser un gendarme de la ley, el juez pasa a ser el encargado de recrear el Derecho al momento de su aplicación al caso concreto, ensamblando múltiples piezas jurídicas, no siempre compatibles entre sí, para construir una respuesta que resulte admisible dentro del marco de posibilidades permitidas por la Constitución. Ello ha conducido a incorporar el examen de la validez de las leyes en el momento de la decisión judicial, como herramienta necesaria para buscar soluciones jurídicas constitucionalmente admisibles, con lo cual en la actualidad la vinculación del juez a la ley ha de entenderse como vinculación del juez a las leyes válidas, es decir, conformes con la Constitución⁵⁰. Así, al incorporar el examen de la constitucionalidad de la ley al ámbito propio de la jurisdicción, se consolida la posición institucional de la judicatura como un poder tercero⁵¹ al que, al igual que los demás órganos estatales, compete la responsabilidad política de actualizar el precompromiso constitucional, incluso a costa de neutralizar decisiones de otros poderes públicos o privados. Pero, al margen de estas consideraciones, otras razones permiten afirmar que el examen de la constitucionalidad de la ley forma parte del ámbito propio de la jurisdicción.

b) *El juicio de constitucionalidad en el momento de la aplicación judicial del derecho*

Se ha sostenido que el verdadero espacio donde la justicia constitucional despliega su potencial garantista es en el momento de la aplicación

⁵⁰ Sobre esto llama la atención LUIGI FERRAJOLI en «El Derecho como sistema de garantías», *Jueces para la Democracia*, 16, Madrid, 1993, p. 66.

⁵¹ Cfr., entre otros, KARL LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp. 304-305; LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 1.ª ed. española, Madrid, Trotta, 1995, pp. 580-581 (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros).

del Derecho a los casos concretos y no tanto en el control abstracto de leyes, el cual, indica Luis Prieto, «podría desaparecer sin gran merma para el sistema de garantías. Lo que no podría desaparecer es la defensa de los derechos por parte de la justicia ordinaria, cuyo primer y preferente parámetro normativo no es la ley, sino la Constitución»⁵².

Para entender la peculiaridad que reviste la aplicación judicial del Derecho es preciso acudir a la distinción que Klaus Günther propone entre dos tipos de discurso: los de fundamentación y los de aplicación⁵³, situando en este último plano la tarea que cumplen los jueces al recrear los contenidos jurídicos para aplicarlos a la solución de casos concretos, donde se enfrentan a problemas específicos que no alcanzan a vislumbrarse en sede legislativa o en el control abstracto de normas. A ello se re-fiere Elster cuando señala que «una ley puede tener un potencial de violación de derechos que resulta muy difícil de advertir antes de que se plantee un caso concreto»⁵⁴.

Lo anterior guarda relación con la existencia de *antinomias en concreto*⁵⁵ que, como advierte Luis Prieto, son muy comunes en el Derecho constitucional debido a la textura principalista de muchos de sus preceptos, en especial de los que consagran derechos, los cuales, al no determinar exhaustivamente sus supuestos de aplicación y al ostentar igual jerarquía normativa, no resultan mutuamente excluyentes en abstracto, sino que pueden entrar en colisión en el momento de su aplicación, en cuyo caso la antinomia debe resolverse en concreto mediante el método de la ponderación.

Igual sucede con la confrontación que se presenta entre derechos constitucionales y límites impuestos por el legislador (justificados en aras de proteger otros bienes de naturaleza constitucional), pues ambos enunciados normativos (derecho y limitación legislativa) presentan supuestos de aplicación coincidentes, y solo frente al caso concreto puede afirmarse que una determinada conducta está amparada por el derecho (es ejercicio legítimo del mismo) o queda fuera de su ámbito válido de ejercicio. Enten-

⁵² LUIS PRIETO SANCHIS, «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación» (inédito).

⁵³ KLAUS GÜNTHER, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», *Doxa*, 17-18, 1995, pp. 271-302.

⁵⁴ JON ELSTER, «Régimen de mayorías y derechos individuales», citado, p. 180.

⁵⁵ Contradicciones normativas que no se pueden anticipar en el plano de la fundamentación, o del control abstracto de normas, pues el conflicto surge solo al momento de su aplicación a un caso concreto. Tal es el caso de los conflictos entre derechos fundamentales (vgr., libertad de expresión-derecho al honor), cuya formulación en abstracto no resulta incompatible, pero que en concreto entran en colisión, pues una misma conducta que se enmarca dentro de la libertad de expresión puede, a su vez, lesionar el derecho al honor de un tercero. Cfr. RICARDO GUASTINI, «Principios de derecho y discrecionalidad judicial», *Jueces para la Democracia*, 34, 1999, p. 43.

derlo de otra manera supondría admitir o bien que la misma Constitución configura en abstracto los límites de cada derecho, con lo cual la colisión sólo sería aparente (lo que solo ocurriría si adopta una textura reglada, con los inconvenientes que ello implica y que señalamos en el apartado A), o que el conflicto entre el derecho y límite legislativo se resuelve mediante el criterio de especialidad a favor de la norma limitadora, lo que en el fondo supone admitir que el legislador puede solucionar por vía general, es decir, en abstracto, los conflictos entre principios. Esto último no parece posible porque, de un lado, los conflictos entre principios constitucionales solo se advierten en el caso concreto, con lo cual la consideración de todos los posibles casos de conflicto escapa al legislador; por otra parte, emplear el criterio de especialidad implicaría postergar, en abstracto, un principio (derecho limitado) a favor de otro (aquel que sirve como justificación del límite), estableciendo así una jerarquía entre normas constitucionales que traduce un inadmisibles ejercicio de poder constituyente⁵⁶.

De ahí que la solución a las contradicciones surgidas entre principios constitucionales y entre estos y sus límites legislativos deba realizarse en el momento de su aplicación judicial mediante el método de la ponderación, cuya condición necesaria es el juicio de constitucionalidad de la ley, que tiene lugar tanto en la primera fase del juicio de ponderación, al examinar la legitimidad constitucional del fin perseguido con la norma que limita un derecho, como al analizar la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, al verificar si existe un equilibrio razonable entre el derecho sacrificado por la medida limitadora y la protección del bien constitucional que justifica dicha limitación, pues si se considera que en un caso particular la aplicación de la norma limitadora supone un sacrificio desproporcionado para el derecho restringido, habrá que concluir que su aplicación *en el caso concreto* deviene inconstitucional. En ese orden de ideas, negar al juez la posibilidad de revisar la constitucionalidad de la ley que establece límites a un derecho supondría anular la ponderación o, inclusive, negar la existencia del conflicto entre el derecho y su límite, pues este habría sido resuelto de antemano por la ley, que el juez no tendría más remedio que aplicar, lo que, como se ha visto en el párrafo anterior, resulta lógica y constitucionalmente inadmisibles y además supone volver a la concepción donde los derechos valen sólo en el ámbito de la ley.

Llegados a este punto, nos encontramos de nuevo con la objeción según la cual los jueces carecen de la legitimidad democrática que acompaña al Parlamento; objeción a la que es frecuente responder afirmando que la falta de legitimidad de origen de la judicatura se compensa si la fun-

⁵⁶ LUIS PRIETO SANCHIS, «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación», citado, p. 17.

ción jurisdiccional satisface ciertas condiciones que le confieren legitimidad de ejercicio.

c) *La legitimidad de ejercicio de la jurisdicción*

Según vimos atrás (B) la legitimidad del órgano legislativo descansa no solo en su *origen* (sufragio universal directo), sino en que el procedimiento de elaboración de sus decisiones evoca aquellas exigencias que confieren especial valor epistémico a la democracia, esto es, su apertura a la deliberación pública y la participación de los afectados en la toma de decisiones⁵⁷. Por el contrario, la actividad judicial en principio no cumple con ninguna de estas condiciones, dado el origen no electivo de sus miembros y el hecho de que los jueces toman sus decisiones de espaldas a la deliberación pública, «en la soledad de sus despachos», según la expresión de Nino⁵⁸, y sin participación de los afectados, lo que configura un ejemplo de elitismo epistemológico de dudosa legitimidad democrática. No obstante, incluso quienes defienden la superioridad epistémica y ética de la democracia, terminan por confiar a los jueces la guarda de las condiciones de existencia de aquel procedimiento, lo que no deja de ser contradictorio. Quizá en el fondo de esta contradicción late el reconocimiento de que en la actividad judicial no están del todo ausentes algunas de las condiciones de legitimidad antes mencionadas.

En efecto, si bien los jueces no ostentan legitimidad de origen, el diseño del procedimiento judicial busca asegurar condiciones que permitan tanto la *deliberación* como la *imparcialidad*, atributos que también cualifican el procedimiento democrático, y que algunos autores denominan como «pasividad procesal» de la jurisdicción: vinculación al caso concreto, audiencia de las partes, imparcialidad, independencia, deber de motivación, etc.⁵⁹. En el mismo sentido Ferreres señala cómo algunas características del procedimiento judicial tienden a asegurar una calidad deliberativa incluso superior a la que se obtiene en el Parlamento⁶⁰, pues

⁵⁷ Siempre que se acepte que esta última exigencia se satisface con el sucedáneo de la representación, característica de las democracias modernas, acaso insuprimible pero no menos cuestionable; discusión que, en todo caso, no procede abordar en este trabajo.

⁵⁸ CARLOS SANTIAGO NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 685.

⁵⁹ LUIS PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 111.

⁶⁰ VÍCTOR FERRERES, *op. cit.*, p. 174, quien resume tales características así: (i) los jueces están obligados a responder a las demandas que se les formulan, aunque prefiriesen no hacerlo; (ii) deben escuchar los argumentos de las partes y de las personas autorizadas a intervenir según las reglas que disciplinan el procedimiento; (iii) deben justificar sus decisiones; (iv) deben asumir responsabilidad institucional por sus actuaciones.

el escenario del proceso, *modus operandi* de la jurisdicción, permite que las partes afectadas expongan sus razones, está abierto a escuchar argumentos no considerados en sede parlamentaria, permite la participación de minorías en la deliberación pública, todo lo cual hace del proceso judicial un mecanismo de participación ciudadana en la producción del derecho, y confiere a la jurisdicción una legitimidad de ejercicio que compensa su déficit de legitimidad de origen⁶¹. No obstante, aquella es predicable sólo cuando concurren las siguientes condiciones. (i) reconocimiento del acceso a la justicia como derecho fundamental y garantías para hacerlo efectivo; (ii) respeto a las condiciones que configuran el carácter deliberativo del proceso (bilateralidad de la audiencia, independencia e imparcialidad del juez); (iii) deber de motivación en derecho de las decisiones judiciales, que en el caso del juicio de constitucionalidad se entiende como la necesidad de derivar razonablemente de la Constitución las opciones valorativas expresadas en la sentencia (y la declaración de inconstitucionalidad de la ley sólo cuando ésta rebase el marco de lo constitucionalmente admisible).

La afirmación de la legitimidad de ejercicio de la jurisdicción, por supuesto condicionada y *a posteriori*, dicho en terminología garantista, no ignora que todo intento de justificar el control judicial de constitucionalidad sigue enfrentándose a dos importantes limitaciones: en primer lugar, la fiscalización de la justicia constitucional debe mantenerse en el ámbito de la crítica social de sus actuaciones, porque el establecimiento de un órgano encargado de controlar al juez constitucional solo trasladaría el problema a un tercer momento, avanzando al infinito la perenne cuestión del «*quis custodiet custodes*». Por otra parte, la interpretación del texto constitucional, que es también horizonte de legitimidad de la justicia constitucional, queda en manos de ella misma, lo que pone en evidencia la discrecionalidad de la que dispone el juez constitucional, principal escollo que enfrenta la justificación de la opción judicialista.

4. PROPUESTAS PARA REORIENTAR EL PAPEL DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Las críticas formuladas contra la justicia constitucional han alentado algunas propuestas de redefinición dirigidas a salvar su dificultad contramayoritaria. Examinaré en particular las que sugieren reducir la tarea de la justicia constitucional al control del procedimiento y las que, en el marco de lo que Bayón ha denominado «constitucionalismo débil»⁶², pos-

⁶¹ LUIS PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, citado, p. 119.

⁶² JUAN CARLOS BAYÓN, «Diritti, democrazia, costituzione», citado, p. 59.

tulan la presunción de constitucionalidad de la ley o devolver a los órganos políticos la definición última de los asuntos constitucionales.

A) El control del procedimiento

John Hart Ely propone una teoría del control constitucional que deje a un lado las valoraciones sustantivas y se limite al control del procedimiento, verificando que las leyes satisfagan los presupuestos democráticos para su formación⁶³. Para superar la dicotomía entre textualismo e interpretativismo que ha dominado el debate constitucional estadounidense, Ely sugiere desarrollar la orientación trazada por las decisiones de la célebre Corte Warren cuyo activismo, opina este autor, no pretendía imponer ciertos valores fundamentales, sino más bien asegurar la transparencia y la participación en el proceso democrático, cuidando que éste no fuera bloqueado por decisiones mayoritarias orientadas a restringir la participación o a discriminar negativamente a grupos minoritarios.

Consecuente con su propuesta de control, Ely defiende un concepto procedimental de constitución, que construye a partir de una peculiar lectura de la norma fundamental americana dirigida a demostrar que ésta «no intenta establecer alguna ideología dominante[...] sino más bien asegurar una estructura durable para la resolución continua de los conflictos políticos»⁶⁴. Postula, por tanto, un modelo de Constitución procedimental, orgánica y reglada —semejante a la idea kelseniana— en el que la protección de la libertad tenga lugar mediante un procedimiento de decisión que garantice la igual participación de los afectados, y no por la vía de imponer una ideología determinada, la cual debe quedar librada al juego político. En ese orden de ideas, si la Constitución se ocupa de prescribir procesos legítimos, no resultados legítimos, la tarea del juez constitucional se asemeja a la de un árbitro, encargado de velar porque el proceso político satisfaga aquellas condiciones de legitimidad⁶⁵; función que han

⁶³ Es la idea que desarrolla en su ya clásica obra *Democracy and distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass, Harvard U. P., 1980. Existe traducción al español de MAGDALENA HOLGUÍN, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997 (en adelante citaré la edición española).

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 2. En apoyo de esta conclusión, Ely argumenta que la mayor parte de las cláusulas de la constitución de Estados Unidos se ocupan de definir órganos y procedimientos, e incluso las que consagran derechos en su mayoría admiten una interpretación procedimental, pues se refieren a condiciones necesarias para garantizar la igual participación en el proceso democrático.

⁶⁵ En palabras de Ely: «el enfoque de la adjudicación constitucional que aquí se recomienda es afín a lo que puede llamarse una orientación 'antimonopolista' por oposición a una orientación 'reguladora' frente a los asuntos económicos-en lugar de dicta-

de cumplir los Tribunales en virtud de la independencia y separación del juego político que los caracteriza. En consecuencia, su tarea de control incluye, además de verificar la observancia del procedimiento de formación de las leyes, la revisión de su contenido pero solo en dos eventos: cuando se restringen derechos de participación o se discrimina a minorías «discretas e insulares» con base en prejuicios alimentados por sentimientos de hostilidad o estereotipos inadmisibles⁶⁶. En los demás casos está vedado al juez pronunciarse sobre cuestiones de fondo, pues por tal vía usurparía al legislador su libertad de configuración política⁶⁷.

B) El «constitucionalismo débil»

Una posición intermedia entre el constitucionalismo «fuerte» (constitución sustantiva y rígida dotada de garantía jurisdiccional) y el no-constitucionalismo de Waldron, es el llamado «constitucionalismo débil», dentro del cual se encuadran algunos de los recientes aportes a este debate surgidos en el ámbito español que, al margen de sus diferencias, tienen

minar resultados sustantivos, sólo interviene cuando 'el mercado', en nuestro caso el mercado político, funciona mal de manera sistemática», *ibid.*, p. 129.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 169 y ss. Una clara exposición de las discriminaciones constitucionalmente relevantes en la teoría de Ely la ofrece VÍCTOR FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, citado, pp. 58 y ss.

⁶⁷ El enfoque procedimental de Ely ha tenido eco en la mayoría de las propuestas orientadas a reducir el papel de la justicia constitucional. En particular Jürgen Habermas sostiene una concepción procedimental del control constitucional, expresamente tributaria de la teoría de Ely. Cfr. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso* (trad. de la 4.^a ed. alemana, M. Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998, pp. 337 y ss. Por otra parte, la propuesta de Ely ha sido criticada por apoyarse en una falaz distinción entre el carácter altamente controvertido de los contenidos sustanciales respecto a las cuestiones de procedimiento, ignorando que éstas últimas involucran opciones valorativas y plantean los mismos problemas que le conducen a excluir la dimensión sustantiva del constitucionalismo y del control (cfr. JEREMY WALDRON, «A right-based...», citado, pp. 39 y ss.; VÍCTOR FERRERES, «Justicia constitucional y democracia», citado, pp. 65 y ss.; STEPHEN HOLMES, «El precompromiso...», citado, p. 220, nota 9). También resulta cuestionable que la importancia otorgada en el enfoque de Ely a los derechos de participación y no discriminación contrasta con la precaria protección judicial que se muestra dispuesto a suministrarles, pues ante la dificultad de establecer si una ley que contiene una discriminación o restringe derechos de participación es el resultado de prejuicios basados en sentimientos de hostilidad contra una minoría, en la mayoría de los casos el juez tendrá que aceptar sin controversia las razones del legislador, para evitar imponer sus propias convicciones, dejando virtualmente sin contenido el derecho a no ser discriminado, con lo cual el planteamiento de Ely desemboca en una teoría del control reticente al control, como se evidencia en los ejemplos que el mismo autor propone para ilustrar su propuesta. Cfr. JOHN HART ELY, *Democracia y desconfianza*, citado, p. 283, nota 92.

en común la búsqueda de un diseño institucional que respete el valor del procedimiento democrático y al mismo tiempo se sirva de las ventajas instrumentales del control judicial de constitucionalidad⁶⁸.

En tal sentido, la versión débil del constitucionalismo propuesta por Bayón se caracteriza por: (i) defender la existencia de un «coto vedado» mínimo que ponga a resguardo de las mayorías tanto las reglas del procedimiento como aquellos derechos que se consideran presupuesto de una genuina decisión democrática⁶⁹, expresado preferiblemente bajo la forma de reglas inmodificables y reservando la textura abierta de los principios sólo para aquellos contenidos que no puedan formularse como reglas⁷⁰; (ii) admitir la existencia de un sistema de justicia constitucional, como diseño institucional que propicia un diálogo entre poderes que puede beneficiar la calidad deliberativa del procedimiento democrático, siempre y cuando (iii) se otorgue la última palabra en cuestiones constitucionales a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa, mediante «técnicas de reenvío» similares a las implementadas en el sistema canadiense⁷¹ y (iv) se abandonen los procedimientos de reforma constitucional que exigen mayorías cualificadas, como los que actualmente existen en la mayoría de ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, Pablo De Lora⁷² sugiere que en la línea de este «constitucionalismo débil» se sitúan estrategias tales como el recurso al originalismo en la interpretación constitucional⁷³, el casuismo o minimalismo⁷⁴ y la presunción de constitucionalidad de las leyes, siendo esta última la que ha tenido un mayor desarrollo en la doctrina española.

Inspirada en la tesis de James Bradley Thayer, esta actitud de deferencia al legislativo recomienda trasladar la presunción de inocencia al ámbito de la justicia constitucional para derivar de ella que solo se puede declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando ésta sea evidente, más allá de toda duda razonable y, en tanto no sea así, cualquier opción legislativa

⁶⁸ JUAN CARLOS BAYÓN, «Diritti, democrazia, costituzione», citado, p. 63.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 55.

⁷⁰ La ventaja de la formulación reglada, según Bayón, es que hace innecesario un «procedimiento de determinación» del contenido, insuprimible en el caso de Constituciones de principios, y con ello no deja espacio para el control judicial de constitucionalidad, o en todo caso reduciría su margen de discrecionalidad. Pero dado que formular una Constitución enteramente reglada no es posible, ni deseable, por las razones que el mismo Bayón desarrolla en otro trabajo suyo (citado en la nota 7), su propuesta no prescinde de los principios ni, por tanto, de un procedimiento de determinación. *Ibid.*, pp. 59, 64.

⁷¹ En lo que a diseño institucional se refiere, la propuesta del profesor español coincide con expuesta por ROBERTO GARGARELLA, *op. cit.*, pp. 174 y ss., a la que expresamente remite.

⁷² PABLO DE LORA, «Sobre la posibilidad del constitucional thayeriano», *V Congreso Hispano-Italiano sobre teoría del derecho*, Alicante, 21 al 23 de octubre de 1999, p. 7.

racional ha de considerarse constitucional⁷⁵. Una versión fuerte de este principio *in dubio pro legislatore* es defendida en España por Pablo De Lora⁷⁶, mientras que Víctor Ferreres sostiene una versión matizada y condicionada de la presunción de constitucionalidad de las leyes, que armonice el respeto al legislador democrático y el estímulo a la deliberación pública que favorece la institución del control constitucional⁷⁷.

⁷³ Cuya idea básica consiste en que la interpretación de la Constitución debe tener en cuenta de manera primordial el significado de sus preceptos en el contexto en el que fueron formulados o, según otras lecturas, la intención original que animó a los constituyentes al momento su elaboración para, de este modo, disminuir el amplio margen de discrecionalidad y, por consiguiente, la ilegitimidad de la *judicial review*. Al respecto véase, ROBERT H. BORK, «The Original Understanding», en *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* (Susan J. Brison and Walter Sinnott-Armstrong, eds.), Boulder-San Francisco-Oxford, Westview Press, 1993, pp. 47 -67; P. DE LORA, *La interpretación originalista de la Constitución*, citado.

⁷⁴ Alternativa orientada al control de constitucionalidad en concreto que tiene lugar al momento de la aplicación judicial del derecho, desarrollada por CASS SUNSTEIN, *One case at a time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard U.P., Cambridge, Mass, London, 1999; *Legal reasoning and political conflict*, Oxford U. P., New York-Oxford, 1996.

⁷⁵ Dado que los supuestos de abierta irracionalidad de la ley son de improbable ocurrencia, la tesis de Thayer conduce a sostener una deferencia total que en la práctica anularía todo control de los actos del legislador.

⁷⁶ Quien propone, en consecuencia, que la carga de probar la inconstitucionalidad corresponda siempre a quien impugna la ley y ésta solo sea declarada inconstitucional cuando tal decisión se apruebe por unanimidad. No obstante, este autor matiza las consecuencias que se derivan de su exigencia de unanimidad, sugiriendo que sean los magistrados que defienden la constitucionalidad de la ley quienes se encarguen de redactar la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad, «para así poner a prueba la razonabilidad de su disidencia y someter a la opinión pública y a la comunidad de juristas su defensa del Parlamento». P. DE LORA, «Sobre la posibilidad del constitucional thayeriano», citado, p. 22.

⁷⁷ En consecuencia, propone una presunción de constitucionalidad de la ley condicionada a que la ley enjuiciada haya sido resultado de la deliberación pública y cuente con la aceptación mayoritaria del Parlamento actual. Dicha presunción se fortalece en función del grado de consenso parlamentario o de la participación directa del electorado en la aprobación de la norma, se debilita frente a las leyes que se mantienen por inercia, y desaparece frente a leyes expedidas por gobiernos autoritarios; por el contrario, la presunción se invierte en aquellos casos en que la ley afecta a grupos social y políticamente vulnerables o restringe derechos de participación política con criterios parciales. Pero también la propuesta de Ferreres contempla un amplio elenco de decisiones intermedias entre la expulsión de la ley y su declaratoria de inconstitucionalidad, cuando subsistan dudas sobre la interpretación del texto constitucional, tales como la formulación de recomendaciones al legislador de modificar la ley en un determinado sentido y la adopción de sentencias intermedias, donde se declara la constitucionalidad de la ley dejando abierta la posibilidad de un nuevo examen o exonerando su aplicación en ciertos casos. Cfr. VÍCTOR FERRERES, *Justicia Constitucional y Democracia*, citado, pp. 163 y ss.

Finalmente, también las tesis de Roberto Gargarella pueden incluirse dentro del «constitucionalismo débil». Este autor aventura un diseño de control constitucional orientado a impedir la legislación perfeccionista⁷⁸ o dirigida a discriminar irracionalmente a grupos minoritarios, despojando en todo caso al juez de la última palabra en asuntos constitucionales mediante la adopción de técnicas de reenvío al legislador⁷⁹. Pero, al margen de su propuesta, Gargarella llama la atención sobre un aspecto en el que pocas veces se detienen los detractores de la justicia constitucional, y es que cualquier diseño institucional concreto que pretenda superar los actuales sistemas de justicia constitucional, para no resultar contraproducente, debe estar acompañado de una reforma paralela en el sistema político⁸⁰. Su observación es del todo pertinente si se tiene en cuenta que las objeciones dirigidas contra la justicia constitucional se hacen en nombre de un principio democrático que, como se sabe, poco tiene que ver con el funcionamiento real de las democracias actuales; sin embargo, dada la eminente vocación práctica de la teoría jurídica, las recurrentes defensas de la dignidad democrática de la ley corren el riesgo de ser instrumentalizadas, en sede política, para defender la ausencia de límites constitucionales a los legisladores realmente existentes y acentuar así los rasgos menos democráticos de nuestros sistemas políticos.

⁷⁸ En este aspecto su propuesta de control se asemeja a la de Carlos S. Nino, quien justificaba un modelo mínimo de justicia constitucional orientado a controlar las condiciones que confieren valor epistémico a la democracia y a evitar la legislación perfeccionista. Cfr. «La justificación del control de constitucionalidad», citado, pp. 125 y ss.

⁷⁹ ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno...*, citado, pp. 262 y ss. Cfr. además el debate entre P. de Lora («Sobre la Justicia Constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella») y el autor argentino («Comentarios sobre el comentario de Pablo de Lora»), contenido en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, 1996.

⁸⁰ ROBERTO GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno...*, citado, p. 187.