

En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes

INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad de las leyes es la competencia que tiene la Corte Constitucional para establecer si una determinada ley es compatible o no con la Constitución. Se trata de una garantía de la Constitución, pero sobre todo de los derechos fundamentales. Es un mecanismo contramayoritario que pretende impedir que las libertades de los individuos, y sobre todo de las minorías, queden al albur de la política de turno. En Colombia, el control de constitucionalidad se ejerce por los medios procesales tipificados en el artículo 241 de la Constitución y por la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4º de la misma¹.

El control constitucional de las leyes ha sido la piedra angular del llamado modelo europeo de jurisdicción constitucional, desde que fue pergeñado por Hans Kelsen, e instaurado por primera vez en la Constitución austríaca de 1920. Hoy, aún conserva su importancia en el viejo continente, a pesar de que las cortes constitucionales dediquen sus mayores esfuerzos a resolver recursos de amparo, en los cuales se discute en principio acerca de la constitucionalidad de las sentencias de los jueces o de los actos de la administración. El

control constitucional de las leyes, sin embargo, es todavía una pieza esencial de los sistemas constitucionales europeos, sobre todo porque en casi todos ellos el legislador conserva el privilegio de desarrollar, configurar y restringir los derechos fundamentales. La regulación de los derechos es por antonomasia materia de ley. La garantía efectiva de los derechos fundamentales exige por lo tanto un control constitucional sobre la legislación que los configura, los articula, y concreta las disposiciones constitucionales abiertas y vagas, en mandatos, prohibiciones, permisiones o habilitaciones determinadas.

Desde su creación, el control de constitucionalidad ha despertado en Europa vivas discusiones, que han tratado de dar respuesta a interesantes problemas teóricos. Cabe mencionar entre ellas, la controversia sobre la legitimidad de la justicia constitucional (A), sucedida con posterioridad por los intentos de demarcar los límites funcionales del control de constitucionalidad de las leyes (B). El estudio sobre este último problema ha desembocado a su vez en la discusión sobre la interpretación de la Constitución, ámbito en donde las teorías de la argumentación jurídica juegan hoy día un papel protagonista (C).

Entre nosotros, la creación de la Corte Constitucional por la Constitución de 1991, y sus primeros años de funcionamiento, dan lugar también a plantearnos algunos de estos problemas, que se han debatido en el seno de la doctrina norteamericana y de algunos de los países europeos. Ellos están referidos, sobre todo, al interrogante de ¿cómo es viable compaginar el funcionamiento de la jurisdicción constitucional con uno de los corolarios más importantes del principio democrático: que el Parlamento es el órgano competente para configurar la vida política de la sociedad? Por esta razón, parece conveniente dar un repaso a las diversas etapas por las cuales ha transcurrido el intento de articular estos dos elementos del sistema constitucional y de resolver sus más fuertes tensiones.

A. EL DEBATE SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Bien conocido es el debate que en tiempos de Weimar protagonizaron H. Kelsen y C. Schmitt sobre la legitimidad de la justicia constitucional². La contundente acometida de Schmitt puso en entredicho el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, y acusó a la institución ideada por Kelsen de socavar el dogma de la división de los poderes públicos, y de hacer de la política un asunto de la justicia. Así mismo, el autor alemán presagió que la jurisdicción constitucional llevaría inexorablemente al gobierno de los jueces, y –en las conocidas palabras de Guizot– a la judicialización de la política y la politización de la justicia, con la cual la justicia tenía todo que perder y la política nada que ganar.

Schmitt identificaba el ejercicio de la jurisdicción con la tarea de subsumir ciertos

hechos en supuestos normativos previamente establecidos por el legislador. Dentro de este concepto estricto no podía encuadrarse por tanto la actividad de verificar la compatibilidad entre la ley y la Constitución. En este caso, sólo hay una comparación entre normas, y no una aplicación judicial del derecho a un caso concreto; únicamente se comprueba la armonía o la colisión entre dos disposiciones, tras lo cual se invalida o no la ley, pero no se subsume nada. Por esta razón, este autor estimaba impensable «hablar de una justicia de la ley formulada en la Constitución sobre la ley simple»³.

Estos reparos sobre la naturaleza jurisdiccional de los tribunales constitucionales, sostenía Schmitt, se hacen más patentes si se tiene en cuenta que su actividad consiste en contrastar las leyes con las disposiciones de la Constitución, sobre cuya interpretación por lo general pesan dudas y divergencias de opinión. Por esta razón, casi nunca resulta evidente establecer si el enunciado legislativo que controla la Corte Constitucional contraviene los preceptos constitucionales. Esta clase de problemas jurídicos no pueden solucionarse mediante procesos lógicos de subsunción. Más bien, es necesario zanjar diferencias de pareceres, reducir imprecisiones, y esto sólo puede obtenerse mediante una decisión con carácter de autoridad⁴. Schmitt concede que en todo proceso de aplicación del derecho hay un elemento de decisión de este talante; que el trabajo de las cortes consiste sobre todo en suprimir dudas con su autoridad, y no en hacer patente la razón jurídica que debe prevalecer en cada caso, en develar una solución hasta entonces furtiva en el orden jurídico. El valor de cada sentencia, decía, «no radica en una argumentación aplastante, sino en la autoritaria eliminación de la duda». No obstante, para el jurista germano

no era coherente con la Constitución de Weimar atribuir a una Corte la competencia de decidir acerca de la interpretación de sus disposiciones, pues ellas eran casi siempre sólo fórmulas o compromisos dilatorios, acuerdos apócrifos lacrados por los constituyentes, que debían ser concretados por «un legislador constitucional en funciones de alta política»⁵.

Kelsen refutó con envidia los embates de Schmitt en contra de la justicia constitucional. Insistió en que atribuir al Parlamento o al gobierno la vigilancia de la constitucionalidad de sus propios actos sería una ingenuidad política⁶, que soslayaría además el principio según el cual nadie puede ser juez en su propia causa. Así mismo criticó la propuesta de confiar al presidente del Reich el control de constitucionalidad de las leyes. Para tal fin, dirigió un rotundo ataque en contra de la teoría de Constant sobre el poder neutral del monarca, que le servía de sustento. Pero sobre todo, Kelsen reivindicó la naturaleza jurisdiccional de la Corte Constitucional. Objetó la contraposición entre la función jurisdiccional y las funciones políticas, en la cual se sustentaba la negación del carácter de justicia a la función de los jueces constitucionales. Para tal cometido, se valió por una parte de la propia concepción decisionista de la aplicación del derecho defendida por Schmitt. «Si se mira a la “política” como “decisión” –sostuvo Kelsen– en orden a la resolución de los conflictos de intereses [...] entonces está presente en toda sentencia, en mayor o menor medida, un elemento de decisión, un elemento de ejercicio del poder»⁷.

Con base en esta idea de jurisdicción, Kelsen adujo que la diferencia entre el tinte político que reviste la aplicación de la ley por cualquier tribunal y el ejercicio del control de las leyes por la Corte Constitucional

es sólo de índole cuantitativa, mas no cualitativa. Sin duda alguna, el elemento de decisión presente en cualquier enjuiciamiento se manifiesta con mayor intensidad en el control de constitucionalidad de las leyes. No obstante, de esta circunstancia no se sigue la negación del carácter jurisdiccional de la función que ejerce la Corte Constitucional, así como tampoco que el control de constitucionalidad no pueda ser atribuido a un órgano judicial independiente⁸.

Por otra parte, Kelsen intentó desmentir que mientras la jurisdicción ordinaria se ocupa de la aplicación de la ley al caso concreto mediante procesos lógicos de subsunción, la constitucional se encarga de dilucidar controversias de opinión, o de resolver dudas, actividades que para Schmitt son propias de un legislador constitucional antes que de un juez. Kelsen hizo ver que todos los jueces se enfrentan constantemente con la necesidad de zanjar debates jurídicos, no sólo atinentes a aspectos sustanciales sino también a problemas procesales. De ello se deriva que no se puede negar el carácter jurisdiccional de la Corte Constitucional sólo con el argumento de que las disposiciones constitucionales que debe aplicar tienen un contenido dudoso.

Este primer debate entre Kelsen y Schmitt sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional ha sido dirimido por la historia en favor del arraigo y el desarrollo de la institución controvertida. Es bien sabido que la jurisdicción constitucional se ha extendido sin cesar durante el último siglo⁹. No sólo se ha generalizado en Europa, sino que ha llegado a un sinnúmero de países del orbe, entre los cuales por supuesto se encuentran casi todos los latinoamericanos. En razón de su importante función de garantía de la Constitución y de las libertades en ella consagradas, es concebida como un elemento

esencial de todo Estado democrático de derecho. Es cierto que en medio de este proceso, la discusión acerca de la legitimidad de la jurisdicción constitucional ha permanecido latente. La controversia se ha venido centrando sobre todo en el problema de si el control de constitucionalidad de las leyes supone o no un hondo menoscabo de la democracia representativa¹⁰. Valga recordar a este respecto la intensa discusión que suscitó, y aún suscita en Estados Unidos, el famoso argumento contramayoritario en contra de la *judicial review* de A. Bickel¹¹. El interrogante, frecuentemente debatido, es si resulta contradictorio con la democracia entregar el poder de interpretar la Constitución y de controlar las leyes a un grupo de jueces que no son elegidos directamente por el pueblo.

Hoy día, no obstante, en la mayoría de los países esta discusión no se propone en términos radicales. Ya no se disputa sobre si se debe abolir o mantener la jurisdicción constitucional. Más bien, se polemiza acerca de la forma de su ejercicio; se discute cómo ha de desarrollarse el control de constitucionalidad de las leyes para hacerse compatible con el funcionamiento de la democracia representativa. Se debate sobre los límites de la competencia de los tribunales constitucionales, sobre los linderos que demarcan el ejercicio adecuado de sus atribuciones y lo separan de las funciones del legislador.

B. LA DISCUSIÓN SOBRE LOS LÍMITES FUNCIONALES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La controversia sobre la delimitación de funciones de la jurisdicción constitucional presupone la aceptación de la existencia

de la Corte Constitucional como institución del Estado. Así mismo supone admitir la compatibilidad entre el constitucionalismo y la democracia, o entre la protección de los derechos fundamentales y el funcionamiento de los mecanismos de la democracia representativa. En otros términos, cuando se intenta trazar los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, se da por sentado que es necesario cohonestar dos magnitudes que a veces tienden en direcciones contrapuestas: por una parte, que la regulación de la vida política de la sociedad emana de procedimientos de deliberación que discurren por los cauces de las instituciones representativas, y por otra, que dicha regulación está sometida a la Constitución y a los derechos fundamentales, y que la Corte Constitucional puede desplegar un control tendiente a verificar la efectiva observancia de esa sujeción.

Algunos de los más avezados constitucionalistas, filósofos del derecho y de la política coinciden al afirmar que las ideas democráticas y los principios de supremacía de la Constitución y de respeto de los derechos fundamentales por parte del Parlamento y de todos los órganos del Estado son compatibles, e incluso correlativamente necesarios¹². Sin embargo, estas mismas opiniones autorizadas se tornan divergentes a la hora de establecer de qué manera se han de articular estos elementos en las sociedades plurales del presente. La pregunta central del debate es: ¿hasta dónde han de llegar las cortes constitucionales en la tutela de los derechos fundamentales frente al poder legislativo, de forma tal que la garantía de los derechos no se convierta en un ardid para esquilmar la democracia representativa?; ¿en qué momento la protección de los derechos y de la Constitución se transforma en usurpación de las funciones del legislador?

El empeño de dar respuesta a este problema ha llevado a la doctrina a tratar de elaborar catálogos de pautas de conducta que los jueces constitucionales deben observar para cumplir su tarea de forma cabal, sin invadir los ámbitos de competencia legislativa. Dichos catálogos de pautas de comportamiento judicial son variados y divergentes entre sí, pues son fiel reflejo de las diversas concepciones del Estado, de la Constitución y del Derecho. Esta variedad de visiones acerca de las directrices que deben orientar la actividad de los jueces constitucionales ha suscitado interesantes polémicas. A este respecto es bastante conocida la controversia que se ha trabado en Estados Unidos entre quienes propugnan un control de constitucionalidad de las leyes limitado a vigilar el correcto funcionamiento de los procedimientos democráticos (1), y quienes por el contrario defienden también un control material de la legislación (2). Conviene hacer alusión, aunque sea de forma muy sucinta, a los argumentos que han expuesto los valedores de una y otra postura. Luego examinaremos las principales pautas de delimitación de las funciones de la jurisdicción constitucional que han sido propaladas por algunos emblemáticos autores españoles (3). Todas estas posiciones por supuesto también son pertinentes al tratar de esclarecer el límite que separa al Congreso de la Corte Constitucional en nuestro propio sistema político.

1. Un control de constitucionalidad restringido a la vigilancia de los procedimientos democráticos

La doctrina expuesta por J. H. Ely, en la ya clásica obra *Democracy and Distrust*, constituye un paradigma de la concepción según la cual se postula que el control de

constitucionalidad de las leyes debe restringirse a garantizar el correcto funcionamiento de los procedimientos democráticos de toma de decisión. Esta postura entiende la Constitución ante todo como un acervo de procedimientos propicios para la deliberación y el entendimiento entre los ciudadanos, de la cual no pueden derivarse, mediante razonamientos certeros, soluciones sustanciales para los problemas jurídicos. Sus disposiciones tienen por lo general una textura abierta. Ellas expresan ideas controvertibles, que a veces pueden auspiciar al tiempo diversas respuestas para un mismo asunto. De esta circunstancia se deriva que las cláusulas constitucionales no constituyen un material normativo suficiente para determinar de manera indudable cuándo una ley es o no inconstitucional. Es por esta razón que el intérprete de la Constitución se ve abocado a recurrir a otras fuentes de contenidos: el derecho natural, las tradiciones jurídicas de la sociedad o los valores de la misma, o a un consenso, más ficticio que real, entre los miembros de la comunidad. Sin embargo, estas otras fuentes tampoco proporcionan una respuesta inconcusa para cada asunto constitucional. En todas estas áreas impera cierto relativismo, del cual el juez puede derivar muy pocas conclusiones seguras para sus sentencias. Por esta razón, Ely sostiene que el juez constitucional no debe intentar valorar la constitucionalidad de las decisiones del legislador desde una perspectiva sustancial. Por el contrario, afirma este autor, «sobre lo que primariamente habría de versar la *judicial review* habría de ser sobre el desbloqueo de obstrucciones en el proceso democrático»¹³.

Contra la teoría de Ely se han expuesto varios reparos. El primero de ellos, arremete en contra de sus fundamentos al negar que

las constituciones –incluida la norteamericana– restrinjan la tarea de la jurisdicción constitucional sólo a la vigilancia del correcto funcionamiento del procedimiento democrático. Pero más allá, se ha hecho ver que aun cuando la única competencia de los jueces constitucionales fuese el control de las formas de la deliberación democrática, su ejercicio también implicaría un control de constitucionalidad de las leyes referido a aspectos materiales relacionados con los derechos. Esto ocurriría, por ejemplo, cuando fuese necesario declarar la inconstitucionalidad de alguna ley porque en su trámite se hubiese vulnerado el derecho a la igual participación de todos los interesados, o la libertad de expresión¹⁴. En estos eventos, el juez constitucional se debe enfrentar al problema de interpretar los derechos fundamentales, y la Constitución en general, desde un punto de vista material. En estos casos, la Corte no puede adoptar siempre una actitud pasiva; no puede limitarse todas las veces a refrendar las decisiones adoptadas por el legislador. Por el contrario, debe discernir entre aquellos eventos en donde debe declarar la inconstitucionalidad y aquellos en los cuales no debe hacerlo. Pero para tal enjuiciamiento, esta teoría del control de constitucionalidad no ofrece ningún instrumento de análisis, ni ninguna directriz o guía de acción judicial.

A pesar de las críticas, esta perspectiva del control de constitucionalidad ha tenido alguna importante resonancia en los últimos tiempos. En este sentido conviene destacar, por ejemplo, que en *Facticidad y validez*, J. Habermas se ha valido de algunas de las principales tesis de Ely para enunciar una visión de la jurisdicción constitucional desde la perspectiva de su teoría del discurso. La concepción del autor alemán parte de una diferenciación, en cierto modo sorprendente y no exenta de perplejidades, entre la

interpretación de los derechos fundamentales en los recursos de amparo (o acciones de tutela) y en el control abstracto de normas. Tales derechos, concebidos como principios de doble dimensión, objetiva y subjetiva, han de ser aplicados en estas dos clases de procesos. Tal aplicación exige una interpretación constructiva y creativa por parte de la Corte Constitucional, que articule el sentido de la vinculación objetiva con los deberes de abstención que se desprenden para el Estado de la faceta subjetiva. Según Habermas, la Corte puede llevar a cabo una interpretación semejante para decidir los recursos de amparo, sin afectar su legitimidad, ni poner en entredicho el principio democrático. La sentencia de amparo es sólo un acto de aplicación jurídica, que discurre en medio de un discurso del mismo género, según la terminología acuñada por K. Günther¹⁵. La Constitución ofrece a la alta Corte en estos casos una única solución coherente y adecuada, que ésta sólo debe extraer y hacer patente¹⁶.

Esto no ocurre, empero, en el control abstracto de las normas. La Constitución, señala Habermas, no puede entenderse «como un orden jurídico global de tipo concreto que [impone] *a priori* a la sociedad una determinada forma de vida». Más bien, ella «fija los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida»¹⁷. Bajo ese entendimiento, el sentido del control de constitucionalidad de las leyes es «someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión sobre todo con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de

normas»¹⁸. La Corte Constitucional debe velar por el mantenimiento de las condiciones que hacen posible, tanto en el Parlamento como en la opinión pública, una política deliberativa en condiciones de libertad, en la que los poderes sociales no hagan primar sus intereses particulares sobre el interés de la generalidad. La función de la Corte no es enjuiciar los resultados de estos procesos de deliberación y comunicación. Acaso sea cierto que la especial formación profesional de los jueces constitucionales dote a sus juicios de una racionalidad más alta que aquélla que cabe esperar de los procedimientos legislativos, caracterizados por las luchas de poder y de intereses. Con todo, esta circunstancia no debe llevar a una sustitución de la discusión política por las sentencias de la jurisdicción constitucional, pues los procedimientos políticos «están cortados a la medida de la fundamentación de normas y objetivos, y exigen la inclusión de todos los afectados»¹⁹. El control de constitucionalidad de las leyes no puede suplantar el debate político que culmina con la producción normativa. Los procedimientos que se surten ante los jueces sólo están previstos para la aplicación de las disposiciones jurídicas, concebidas y creadas en un proceso de discusión en el que participan todos los afectados por las medidas estatales.

Con base en todo lo anterior, Habermas señala que el control abstracto de las leyes debería estar dirigido a salvaguardar el respeto de las libertades comunicativas de todos los participantes en los procedimientos de producción de normas. Por tal razón, sostiene que en un Estado democrático este control debería formar parte del *iter* legislativo y que, por consiguiente, el control sobre las leyes debería ser ejercido por una institución perteneciente al propio Parlamento.

2. *El problema de delimitar un control material de la constitucionalidad de las leyes*

Como ya lo hemos afirmado, a la perspectiva de J. Ely se opone en la discusión norteamericana la de quienes propugnan un control material de la de constitucionalidad de las leyes. Estos autores aseveran que cuando los jueces ejercen la *judicial review*, no sólo deben dirigir su atención a los procedimientos mediante los cuales se ha proferido la ley. También deben constatar que el contenido de la ley aplicable al caso sea compatible con la Constitución. Como es evidente, los valedores de esta visión se ven enfrentados al problema que la concepción de Ely pretende eludir: ¿cómo garantizar que este control material no se ejerza de manera arbitraria?, ¿cómo evitar que los contenidos de la ley, producto de la deliberación parlamentaria, sean reemplazados sin más por los pareceres del juez, so pretexto de garantizar la supremacía de la Constitución?

Para evitar esta invasión de la órbita del legislador por parte de los jueces han sido propuestas una pluralidad de pautas de actuación judicial, que se relacionan sobre todo con los métodos de interpretación de la Constitución. La idea básica es que el ejercicio limitado, objetivo y por consiguiente no arbitrario de la *judicial review*, está garantizado cuando el juez interpreta la Constitución de manera adecuada. Si el juez emplea correctamente los métodos de interpretación, se mantiene siempre en el lugar que le corresponde, asegura de forma pertinente la supremacía de la Constitución y la integridad de los derechos fundamentales y no representa un peligro para el funcionamiento de la democracia.

Aquí, sin embargo, surge otro interrogante: ¿cuándo se considera que el juez

emplea correctamente los métodos de interpretación de la Constitución?, ¿cuál es el mejor método de interpretación y cómo debe ser utilizado por el juez? Como es bien sabido, este problema ha suscitado en Estados Unidos una álgida controversia entre los llamados originalistas y los no originalistas²⁰, que ha estado avivada en este país en razón de la antigüedad del texto constitucional. Los originalistas enfatizan que la Constitución debe ser interpretada de acuerdo con ciertas circunstancias acaecidas en tiempos de sus orígenes: el significado original de su texto o las intenciones originales de los constituyentes. R. Bork, uno de los más acérrimos defensores de esta postura, sostenía que el significado de las disposiciones constitucionales que los jueces no podían alterar es aquel que habría entendido el público de la época en que ella fue escrita²¹. Así mismo este autor se refirió a la necesidad de que los jueces interpretaran la Constitución de acuerdo con las intenciones de los constituyentes, y no desde la perspectiva de sus propios valores. En este sentido, aseguró que la principal manera como los jueces pueden derivar derechos de la Constitución consiste en indagar aquello que los constituyentes manifestarían si tuviesen que aplicar actualmente el texto que en su momento crearon²².

Los enfoques no originalistas parten de la crítica del literalismo y de los argumentos basados en las intenciones de los constituyentes. Señalan que al intentar desentrañar el significado de las palabras de la Constitución o de la voluntad hipotética de sus creadores, pueden suscitarse interminables discusiones. Pero sobre todo, acometen en contra de las consecuencias conservadoras de esta doctrina, del anclaje al pasado que supone la regulación de la sociedad por las intenciones de antepasados pertenecientes

a generaciones temporalmente alejadas de las actuales. Por este motivo, le sugieren al juez la sujeción a otras fuentes de interpretación: los precedentes, las tradiciones, principios neutrales (Wechsler), o principios y valores de la comunidad.

Entre las doctrinas no originalistas, la teoría de R. Dworkin ha adquirido en las últimas décadas un insospechado relieve, que la hace digna de especial mención. Dworkin parte de un cognitivismo constitucional, según el cual todo juez es capaz de –y debe– interpretar de forma acertada la Constitución en todos los casos. Desde su visión, las disposiciones constitucionales, y sobre todo aquéllas que enuncian los derechos fundamentales, contienen para cada controversia jurídica una única solución correcta, una verdad sustancial, palpable²³. El intérprete debe empeñarse en descubrir esta única verdad, mediante una lectura moral de los principios abstractos de la Constitución²⁴. Los derechos fundamentales hacen alusión a «principios morales acerca de la decencia política y la justicia», señala Dworkin, cuyo contenido no depende del resultado de las votaciones parlamentarias, ni de los acuerdos entre los diversos grupos sociales. La configuración de los derechos no está al vaivén de las decisiones fraguadas en los procesos democráticos²⁵, sino que está contenida de manera explícita o implícita en la Constitución, y en los valores de la comunidad en los cuales se funda su texto. Según este autor, es bastante dudoso que la interpretación constitucionalmente correcta de los derechos fundamentales sea una emanación de las deliberaciones democráticas, pues los participantes en ellas actúan movidos por intereses privados. Por lo tanto, estima que los derechos no pueden ser considerados como el objeto sino como el límite de los procedimientos democráticos²⁶. Su función

es atar las manos de la comunidad, abstraer del juego político ciertas reglas básicas para el funcionamiento y la estructura de la sociedad²⁷. Como consecuencia, ninguna decisión mayoritaria puede invadir la esfera de las libertades proclamadas por la Constitución, y cuando lo hace, debe ser invalidada por los jueces. Cuando se dude de la constitucionalidad de una ley, los jueces deben interpretar la Constitución y determinar si la voluntad de la mayoría le es contraria. Esta no es desde luego una tarea fácil, cuyos resultados sean evidentes. La abstracción de las cláusulas constitucionales, y sobre todo de aquéllas que proclaman los derechos fundamentales, hace imprescindible que los jueces se valgan de juicios morales para desentrañar su significado. Sin embargo, la sociedad tiene en ellos plena confianza. Gracias a su integridad moral, a sus conocimientos jurídicos y su sensibilidad hacia la *praxis* constitucional, están dotados de una capacidad parangonable a la de Hércules, para hallar en cada caso la interpretación correcta de los derechos fundamentales.

Esta doctrina del control de constitucionalidad genera una contraposición entre el juez constitucional y el legislador. Aquél se convierte en un valedor de los derechos fundamentales y de las minorías, que se sitúa frente a la voluntad general, expresada mediante las determinaciones del Parlamento. Las decisiones de uno y otro poder del Estado se rigen por lógicas distintas. Mientras el contenido de las leyes es el producto de la aplicación de la regla de la mayoría, el sentido de las sentencias del juez constitucional está determinado por la lógica de los derechos. Sin embargo, para Dworkin este antagonismo no debe llevar a pensar que el control constitucional de las decisiones legislativas supone un deterioro del principio democrático. Por el contrario, para

este autor dicho control es una condición que posibilita alcanzar una verdadera democracia, concebida no en un sentido estadístico como el gobierno de la mitad más uno, sino en un sentido comunitario²⁸.

También la concepción de Dworkin sobre el control de constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos ha sufrido contundentes embates. Se le ha objetado, por ejemplo, su excesivo talante cognitivista. Se ha señalado que cabe dudar que el juez pueda obtener del texto de la Constitución una única respuesta correcta para todos los casos constitucionales. Esto sólo sería viable si el juez pudiese contar con algunas condiciones ideales: tiempo ilimitado para pronunciarse, información ilimitada, claridad lingüística conceptual ilimitada, y carencia de prejuicios ilimitada²⁹. Como quiera que los conflictos constitucionales de la realidad no se presentan en estas circunstancias, parece razonable desconfiar que el juez pueda derivar del derecho una única verdad incontrovertida para zanjarlos. Así mismo, se ha sostenido que el entendimiento de los derechos fundamentales como un acervo de principios que prevén una única solución correcta para todos los casos, entraña un debilitamiento del Parlamento y de la ley, ajeno a los postulados del Estado constitucional y democrático. Una concepción semejante de la Constitución presupone que ésta prefigura al detalle el contenido de cada medida legislativa. Por lo mismo, lleva a extender de manera inadecuada el contenido de las disposiciones constitucionales, a sobrevalorar su texto hasta considerarlo como fuente inmediata de la legislación. De esta manera, el legislador se transforma en un mero ejecutor constitucional, desprovisto de todo poder de apreciación³⁰. Esto a su vez acarrea una consecuencia nada deseable: la ley pierde su independencia, deviene sólo un medio al servicio de la

óptima aplicación de la Constitución y, en palabras de Ch. Starck, la argumentación política se transforma en dogmática constitucional³¹.

3. La delimitación funcional de la jurisdicción constitucional en la doctrina española

En general, la mayor parte de la doctrina constitucional europea, y de la española en particular, se ha decantado por una tercera vía para resolver el problema de la delimitación funcional de la jurisdicción constitucional en relación con el legislador. En esta tercera vía se sitúan posturas intermedias, que si bien no conciben la Constitución como un catálogo detallado de soluciones sustanciales para cada conflicto constitucional, tampoco la entienden como un mero conjunto de procedimientos que tienen en la jurisdicción constitucional su vigía. Una postura de este género es acaso la más idónea a la hora de dar cuenta de la práctica habitual de las cortes constitucionales, incluida la nuestra. Es evidente que esta última no se ha limitado a corroborar la solícita observancia de las formas propias del procedimiento legislativo. En muchas de sus sentencias se ha ocupado de problemas jurídicos sustanciales referidos a los derechos fundamentales y a otras normas de la Constitución, pero esta circunstancia no autoriza a pensar que haya resuelto todos estos casos mediante una única respuesta ofrecida por la Constitución, ni mucho menos a justificar un activismo exacerbado, ni un predominio frente al Parlamento. Una posición teórica de este género reconoce que la ambigüedad, la vaguedad y la indeterminación del texto constitucional autoriza diversas lecturas válidas del mismo³². En consecuencia,

posibilita concebir múltiples soluciones para los conflictos específicos. La Constitución, en este sentido, es un ordenamiento marco, que debe ser concretado y que sólo fija las condiciones del proceso de decisión política y le establece unos límites³³. Entonces, es al legislador a quien en principio le compete regular las disposiciones de los derechos fundamentales y las demás normas constitucionales, y establecer las consecuencias para cada hipótesis que se relacione con ellas. Las determinaciones legislativas no vienen predeterminadas por la Constitución; son el producto de un debate político que cabalga al ritmo de los intereses y las concepciones de la sociedad, encarnadas en los argumentos de los representantes ciudadanos que se exponen en la deliberación parlamentaria. Precisamente por esta razón, en ocasiones cabe también poner en tela de juicio el contenido de las leyes. Si este contenido no viene predeterminado por la Constitución, es posible que a veces desborde el marco que la misma le señala. Cuando se tiene alguna sospecha de que esto puede haber ocurrido, se pone en funcionamiento alguno de los procedimientos de control de leyes para que la Corte Constitucional se pronuncie y defina si existe o no la sospechada inconstitucionalidad.

La visión de un representativo sector de la doctrina española defiende este tipo de postura del control de constitucionalidad de las leyes y en general de la Constitución. Una concepción semejante es sostenida, por ejemplo, por F. Rubio Llorente, al decir que el legislador «no “ejecuta” la Constitución, sino que actúa con libertad dentro de los límites establecidos por ésta»³⁴. En la misma dirección, M. Aragón Reyes ha apuntado que el Tribunal Constitucional no debe tomar el sitio que la Constitución asigna al legislador democrático, como

único poder «capaz de realizar normativamente la Constitución», de «completar mediante normas jurídicas las partes que el constituyente dejó inacabadas»³⁵. El alto Tribunal, «tan sólo debe anular sus producciones cuando resulten plenamente contradictorias con la norma Constitucional, respetando en los demás casos el amplio margen de libertad que la Constitución le otorga»³⁶. En otros términos, «cuando de la Constitución no se deduce con claridad la regla, vale siempre la del legislador»³⁷.

Esta misma opinión ha sido compartida por I. de Otto³⁸ y recientemente por V. Ferreres Comellas³⁹, al reivindicar la presunción de constitucionalidad de la ley. También A. Nieto⁴⁰, J. Pérez Royo⁴¹, M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y J. Leguina Villa⁴² han afirmado que las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales no contienen toda la reglamentación jurídica de los mismos. Si bien estas disposiciones prescriben contenidos directamente aplicables, en la mayoría de los casos necesitan un desarrollo posterior por normas jurídicas de un rango inferior (la ley por antonomasia). Estas normas establecen una reglamentación detallada del contenido de cada derecho, de sus formas de ejercicio, de sus límites y de sus garantías jurídicas. Estas regulaciones de los derechos deben respetar su contenido esencial, y cuando no lo hacen, deben ser declaradas inconstitucionales por parte de la Corte.

De esta manera, el legislador es quien desarrolla los derechos fundamentales dentro del margen de libertad que la Constitución le traza, y el Tribunal Constitucional es quien controla las regulaciones legislativas, y quien tiene la última palabra acerca de su constitucionalidad. Esto no quiere decir, empero, que la última palabra proferida por el Tribunal exprese la verdad o, en otros términos, la respuesta correcta

a cada problema de constitucionalidad. La decisión del Tribunal representa sólo una lectura del texto de la Constitución, efectuada a la luz de las circunstancias del caso concreto, con limitaciones de tiempo y de conocimientos, por unos jueces inmersos en la sociedad y poseedores por ende de una visión política de la misma⁴³. Bien es cierto que las sentencias del Tribunal están revestidas de autoridad. Sus decisiones tienen el valor de cosa juzgada, gracias al cual la sociedad se ve descargada de la incertidumbre perpetua acerca de la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, el valor de cosa juzgada no implica el atributo de la verdad, o de manera menos inconcusa de la plausibilidad o la corrección. La imposibilidad de recurrir las decisiones del Tribunal Constitucional ante una instancia superior y el deber de acatarlas, son fenómenos distintos a la corrección de dichas decisiones desde el punto de vista de las disposiciones de la Constitución. Por esta razón, también en el seno de la doctrina y de la opinión pública se puede dudar y discutir acerca de la corrección constitucional de las decisiones del Tribunal. En casos extremos, esta deliberación puede llegar incluso al Parlamento, en donde puede pergeñarse una reforma de la Constitución que las deje sin efectos. El Tribunal Constitucional, como todo juez, tiene entonces también uno o varios auditorios, entendidos en términos de Perelman⁴⁴ o en términos de la comunidad ideal de diálogo de Habermas. En otras palabras, los pronunciamientos de la Corte Constitucional deben resultar aceptables racionalmente para el conjunto de sus interlocutores: el Parlamento, artífice de la ley controlada, los diversos grupos que lo conforman, los recurrentes de amparo o de inconstitucionalidad, los jueces que plantean la cuestión, la doctrina jurídica y la propia

opinión pública. Inclusive, la forma colegiada del propio Tribunal y la posibilidad de votos particulares hacen necesario que los magistrados ponentes intenten convencer a los demás de la plausibilidad de las sentencias⁴⁵.

Esta posibilidad de controvertir las sentencias de la Corte Constitucional da lugar a un mecanismo de control con más o menos eficacia. Toda polémica de este tipo se enfrenta sin embargo a un importante problema: ¿cómo juzgar si la decisión del Tribunal Constitucional en un determinado caso es correcta o no, de acuerdo con las prescripciones de los derechos fundamentales?, ¿qué diferencia una sentencia aceptable o plausible de una que no lo es?

Como respuesta a este interrogante se han ofrecido diversos criterios⁴⁶. En la doctrina española ha sido particularmente importante la distinción entre las sentencias constitucionales plausibles y las que no lo son, según estén fundadas en criterios jurídicos o en razones políticas. El propio Tribunal Constitucional sentó de manera palmaria este rasero de valoración en un pasaje bastante conocido: «En un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan y en otro plano la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos»⁴⁷. I. de Otto⁴⁸, F. Tomás y Valiente⁴⁹, E. García de Enterría⁵⁰, R. Canosa Usera⁵¹, M. Aragón Reyes⁵² y J. Jiménez Campo⁵³ también han defendido esta pauta de distinción, que encuentra su principal sustento teórico en la separación entre la función legislativa y la de control constitucional de la legislación⁵⁴, y en el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional⁵⁵.

Este patrón de estimación de la aceptabilidad de las decisiones del Tribunal, empero, se enfrenta con el problema de

definir qué ha de entenderse por “carácter político” y por “carácter jurídico”, y cómo se establecen las fronteras entre lo uno y lo otro. En su crítica a Schmitt, Kelsen hizo ver que no es razonable contraponer lo político, entendido en sentido amplio como ejercicio del poder, a lo jurisdiccional, concebido como aplicación del derecho, pues en toda sentencia hay un «elemento de decisión, un elemento de ejercicio del poder»⁵⁶. También Wróblewski ha subrayado el carácter político de la interpretación constitucional. Para ello, ha entendido lo político como lo relativo a las relaciones entre los diferentes grupos interesados en utilizar el poder del Estado en sus direcciones preferidas. Lo político se manifiesta entonces en dos sentidos en la interpretación constitucional: «primeramente garantiza *ex definitione* la observancia de reglas constitucionales que tienen de por sí un carácter político, y en segundo lugar, la función de las decisiones interpretativas es política cuando determina los asuntos políticamente relevantes»⁵⁷.

En este sentido, toda sentencia de constitucionalidad tiene algo de jurídico y algo de político, así como, sin existir un paralelismo necesario, toda sentencia de constitucionalidad entraña algo de aplicación y algo de creación de derecho. Si esto es así, ¿cómo definir cuándo una sentencia está fundamentada jurídicamente y cuándo lo está políticamente?

A este respecto, J. Jiménez Campo ha apuntado que el carácter jurídico de las sentencias del alto Tribunal depende de que estén fundamentadas en un canon jurídico de control y en una argumentación según el derecho. Tenemos ya aquí dos importantes puntos de referencia. Por una parte, la exigencia de que las decisiones de la jurisdicción constitucional encuentren sustento en alguna de las disposiciones de

la Constitución. Por otra, la remisión del problema de la plausibilidad de las sentencias del Tribunal a que ellas puedan ser argumentadas jurídicamente. I. de Otto ya lo había subrayado: «La frontera entre política y derecho no es la que separa la decisión de la deducción metódica, sino la que distingue los modos de fundamentación y argumentación de las decisiones y diferencia entre las políticamente fundamentables y aquéllas que lo son jurídicamente»⁵⁸.

Sin embargo, el interrogante que posteriormente se suscita es: ¿cuándo una decisión está sustentada en una argumentación según el derecho? Jiménez Campo lo explica: una argumentación según el derecho es un razonamiento judicial *objetivo*, ajeno a «cualesquiera estimaciones que requieran, o que pretendan una comunidad de creencias». En este sentido, el Tribunal no debe entrar en el territorio de la política: «de la libre elección de fines, de la articulación incondicionada de institutos aptos para su consecución y de la justificación o fundamentación de unos y otros en preferencias y opciones».

Esta definición del carácter jurídico de las sentencias de la Corte Constitucional, no obstante, presenta algunos inconvenientes. Ellos se derivan, en primer lugar, de la alusión a la objetividad del razonamiento judicial. El concepto de lo objetivo es muy ambiguo. Sobre él cabe proponer algunas hipótesis. ¿Acaso es objetivo aquel razonamiento que sólo alude a las disposiciones constitucionales como razones para la decisión? Pero en este supuesto: ¿puede quedar suficientemente fundamentada la solución de un caso con la alusión a conceptos tan abstractos como libertad de expresión, derecho al honor o dignidad humana, que por lo demás a veces entran en conflicto entre sí?

Parece que la respuesta sólo puede ser negativa. Tal como Gadamer puso en evidencia, ninguna norma tiene la virtud de regular su propia aplicación⁵⁹. Ninguna norma es perfecta, en el sentido de poder prever las circunstancias que rodean todas sus posibles aplicaciones singulares⁶⁰. Por esta razón, fundamentar una decisión judicial no es sólo reiterar las disposiciones de la Constitución y de la ley, y señalar que existe una relación de contradicción entre unas y otras. La motivación de las sentencias de control de constitucionalidad debe hacer explícitas además, las proposiciones que expresan el significado que el texto de la Constitución adquiere en el caso concreto, y el significado de la ley sometida a control. Estas proposiciones surgen de la aplicación de una amplia gama de reglas intermedias (aclarativas, limitativas, extensivas, etc.). Lo que ocurre es que el empleo de estas reglas depende del criterio del juez. Es aquí donde el patrón de la objetividad halla su mayor obstáculo: ¿cómo puede medirse la objetividad del criterio judicial para construir y ordenar en un razonamiento este conjunto de proposiciones intermedias y para extraer de ellas la solución para el caso? Esta tarea parece demasiado complicada.

No obstante, ante esta pregunta se podría replicar que la objetividad se traduce en el apego al precedente. Pero esta respuesta no sería satisfactoria. La Corte Constitucional siempre tiene la posibilidad de cambiar su doctrina. En este caso, sólo tiene que fundamentar el cambio con una argumentación solvente⁶¹. Si esto es así, entonces ¿cómo enjuiciar la objetividad de la nueva doctrina con el criterio de la sujeción al precedente, si se trata precisamente de una interpretación que se aparta del mismo? Igualmente, contra el criterio del precedente puede aducirse que no permite

enjuiciar la objetividad de las decisiones de los casos nuevos.

También suscita algunas objeciones la identificación que J. Jiménez Campo traza entre los razonamientos jurídicos y aquéllos que no intervienen en la elección legislativa de los fines y los medios de la acción del Estado. A este respecto, cabe dudar de una escisión rigurosa entre la jurisdicción constitucional y la actividad de elección de fines políticos y de los medios para conseguirlos. Por naturaleza, toda sentencia de constitucionalidad es un juicio acerca de la validez de los fines políticos que el legislador se ha propuesto y de los medios que pretenden alcanzarlos. En este sentido, atinadamente sostuvo M. García Pelayo: «el objeto del enjuiciamiento del Tribunal Constitucional es la gran política». El juicio del alto Tribunal se refiere necesariamente al objeto de la legislación, a la elección política de propósitos y de estrategias.

C. UNA HIPÓTESIS DE SOLUCIÓN: LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

Por todo lo anterior, el enjuiciamiento de la plausibilidad o corrección de las decisiones del Tribunal Constitucional debe recurrir a otros criterios que sirvan para determinar cuándo una sentencia está fundamentada jurídicamente. Este no es un problema exclusivo de las sentencias del juez constitucional, sino que se presenta en relación con las decisiones de todos los jueces. Tanto el juez ordinario como el constitucional ejercen jurisdicción, deciden con base en el derecho y deben fundamentar sus sentencias en el orden jurídico. Por esta razón, el derecho constitucional puede servirse en este concreto asunto de los avances de la metodología jurídica general

y, sobre todo, de las teorías de la argumentación jurídica, en el diseño de criterios y estrategias para el control de la corrección de las sentencias judiciales⁶².

El problema básico que las teorías de la argumentación jurídica se proponen en el ámbito de la aplicación judicial, es el de la racionalidad de las sentencias judiciales⁶³. El interrogante que dichas teorías tratan de responder es precisamente: ¿cuáles son los criterios que aseguran la racionalidad de la decisión jurídica?⁶⁴. De acuerdo con J. Wróblewski, «una decisión racional es una decisión justificada»⁶⁵. Para que una decisión esté justificada, no es necesario que sea verdadera, ni justa desde un punto de vista objetivo. Sin embargo, tampoco es una decisión justificada aquélla que ha sido adoptada de modo intuitivo o arbitrario por el juez, y que se explica *ex post* mediante una fachada apócrifa de argumentos jurídicos. Una decisión justificada es aquella que procede de un razonamiento respetuoso de las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica⁶⁶, y que se construye con base en las normas relevantes y pertinentes. En sentido contrario, una decisión no está justificada, y por lo tanto no es una decisión aceptable o plausible, cuando transgrede las reglas de la argumentación jurídica. La justificación alude sobre todo a la corrección del razonamiento que subyace a la decisión judicial, en el cual son considerados los diferentes argumentos que pueden determinarla en uno u otro sentido. Así mismo, de acuerdo con M. Atienza, una decisión es racional si respeta las reglas de la lógica deductiva, así como los principios de la racionalidad práctica: consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad, si se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante; y si no se adopta sobre la base de criterios éticos o políticos, no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico⁶⁷.

Como corolario se tiene que sólo las decisiones que se ajustan a las reglas de la argumentación jurídica pueden ser tenidas como racionalmente aceptables por los auditorios de la Corte Constitucional. Desde luego, el cumplimiento de estas reglas no elimina todos los elementos valorativos y subjetivos de dichas decisiones y, por consiguiente, tampoco implican *per se* la satisfacción total de los diversos interlocutores de la alta Corte. En este sentido, cabe advertir que la racionalidad de toda sentencia no puede ser más que relativa⁶⁸.

Sin embargo, esta circunstancia no hace perder valor a la construcción de las reglas de argumentación, ni al examen de la jurisprudencia constitucional bajo su óptica. Estas tareas son propias de la dogmática constitucional. Con ellas se trata de fundamentar, justificar y limitar los cauces por los cuales discurre la praxis de la jurisdicción constitucional, y de construir perspectivas de análisis y de crítica de la misma. La teoría de la argumentación en el control de constitucionalidad de las leyes, la teoría de las disposiciones constitucionales (dentro de la cual está la teoría de los derechos fundamentales) y la teoría de los argumentos de interpretación constitucional deben cumplir este cometido.

Estas teorías abren uno de los más importantes caminos que nuestra reflexión constitucional tiene por recorrer en el nuevo siglo. El análisis de los procesos de argumentación que tienen lugar en el control de constitucionalidad de las leyes no sólo es un presupuesto necesario para la consolidación de la joven Corte Constitucional colombiana dentro del sistema político, y de la delimitación de sus funciones en relación con el legislador. Sobre todo, es una base indispensable para hacer del dominio público los procesos de interpretación constitucional y, de esta manera, lograr

con el tiempo que la Constitución Política de 1991 deje de ser un oráculo que prodiga vaticinios inescrutables y se convierta en una diáfana carta de navegación para todos los colombianos.

CARLOS BERNAL PULIDO

Abogado, Universidad Externado de Colombia
Doctorando en Derecho Constitucional,
Universidad de Salamanca

1. *Vide*, sobre los mecanismos de ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes en Colombia, J. TOBO GUTIÉRREZ. *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 2ª ed. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 161 ss.

2. *Vide*: C. SCHMITT. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983; H. KELSEN. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Madrid: Tecnos, 1995. Una interesante crítica de esta polémica puede hallarse en: N. ZANON. "La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle", *AnJusCon*, Vol. V, 1989, pp. 177 ss. Así mismo valga citar sobre este tema el excelente artículo de P. P. PORTINARO. "Dal custode della costituzione alla costituzione dei custode", en AAVV (al cuidado de G. GOZZI). *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1997, pp. 401-436.

3. C. SCHMITT. *La defensa de la Constitución*, *Cit.*, p. 87.

4. *Ibid.*, pp. 89 ss.

5. *Ibid.*, p. 93.

6. H. KELSEN. "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)". En: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988, p. 129.

7. H. KELSEN. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *Cit.*, p. 18.

8. *Ibid.*, p. 21.

9. Sobre la difusión de la jurisdicción constitucional, *vide*: L. PEGORARO. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Turín: G. Giappichelli, 1998, en especial el capítulo primero: "I prototipi e la circolazione dei modelli di giustizia costituzionale", pp. 11-66, y la bibliografía allí citada, referida a una vasta lista de países.

10. *Vide*: En la doctrina norteamericana el análisis de M. J. PERRY. *The Constitution in the Courts. Law or Politics?* Nueva York: Oxford University Press,

1994, pp. 16 ss. En Alemania: J. HABERMAS. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998, pp. 315 ss. En la doctrina española: V. FERRERES COMELLA. *Jurisdicción constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, en especial el capítulo primero, pp. 17-52. También P. CRUZ VILLALÓN. “Legitimidade da Justiça Constitucional e princípio da Maioria”, en AAVV, *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional. Coloquio 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 85 ss.

11. A. BICKEL. *The Least Dangerous Branch: The supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1962, pp. 16-17. Sobre este tema así mismo: C. R. SUNSTEIN. “Constitutions and democracies: an epilogue”. En: AAVV (al cuidado de J. ELSTER y R. SLAGSTAD). *Constitutionalism and Democracy. Studies in rationality and social change*. Cambridge University Press, 1988, p. 336.

12. Un magnífico estudio sobre la compatibilidad entre los derechos fundamentales y la democracia puede encontrarse a lo largo del capítulo III, “Reconstrucción interna del derecho: el sistema de los derechos”, de: J. HABERMAS. *Facticidad y validez, Cit.*, pp. 147 ss. Así mismo vide: J. HABERMAS. “Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School”, en: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, 2ª ed. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1997, pp. 378 ss.; “Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie”, en: AAVV (al cuidado de U. K. PREUSS), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*. Frankfurt a. M.: Fischer, 1994, pp. 88 ss, y 90 ss.; J. RAWLS. *El liberalismo político*. Barcelona: Grijalbo-Mondadori, 1996, capítulo VIII, p. 326. Acerca de la discusión entre Habermas y Rawls sobre los diversos modos en que pueden ser articulados los derechos fundamentales en una democracia: J. HABERMAS y J. RAWLS. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 1998. Sobre el acuerdo entre J. Habermas y R. Dworkin en cuando a la complementación entre los derechos fundamentales y el principio democrático vide: J. HABERMAS, R. DWORIN y K. GÜNTHER. “¿Impera el derecho sobre la política?”, *La Política*, N° 4 (octubre de 1998) p. 7. Además: J. ISENSEE. “Grundrechte und Demokratie”, *D. St.*, 1981, pp. 166 ss.; E. DENNINGER. “Il singolo e la legge universale”. En: AAVV (al cuidado de G. GOZZI). *Democrazia... Cit.*, pp. 88 ss. y 94 ss.; L. FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, capítulos

VII y XIII; y “El derecho como sistema de garantías”, En: “Jueces para la democracia”. *Información y Debate*, N° 16/17, 1992, pp. 61-69; E.-W. BÖCKENFÖRDE. “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”. En: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 66 ss.; S. HOLMES. *The Anatomy of Antiliberalism*, 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 226.

13. J. H. ELY. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Londres: Harvard University Press, 1980, p. 117 (traducción al español: *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1997). Una exposición y glosa detalladas de la teoría de Ely puede encontrarse en diversos trabajos de la literatura española: E. ALONSO GARCÍA. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 328 ss.; V. FERRERES COMELLAS. *Justicia constitucional y democracia, Cit.*, pp. 53 ss. y R. GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, pp. 148 ss.

14. Sobre estas críticas a la teoría de Ely en la doctrina española vide: V. FERRERES COMELLAS. *Justicia constitucional y democracia, Cit.*, pp. 62 ss.; E. ALONSO GARCÍA. *La interpretación... Cit.*, pp. 341 ss.; F. J. DÍAZ REVORIO. *La Constitución como orden abierto*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, pp. 181 ss.

15. Vide la distinción de K. Günther entre discursos de fundamentación y discursos de aplicación de normas jurídicas: K. GÜNTHER. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1988, pp. 309 ss.; K. GÜNTHER. “Ein normative Begriff der Kohäherz für eine Theorie der juristischen Argumentation”, *Rt*, N° 20 (1989), pp. 163-190. (Existe una versión en castellano de este artículo en *Doxa*, N° 17/18, pp. 274-302). Un comentario crítico acerca de las implicaciones de esta distinción se encuentra en: R. ALEXY. “Justification and Application of Norms”, *RJ*, Vol. 6, N° 2, (july 1993), pp. 157-170.

16. J. HABERMAS. *Facticidad y validez, Cit.*, p. 334.

17. *Ibid.*, p. 336. Resulta bastante paradójico que Habermas sostenga esta concepción de la Constitución, y que al mismo tiempo considere que el Tribunal Constitucional puede derivar de ella una única solución coherente y adecuada para los casos de amparo.

18. *Ibid.*, p. 337.
19. *Ibid.*, pp. 340 y 349 ss.
20. En la doctrina española pueden encontrarse algunas interesantes reseñas de esta controversia. *Vide*, por ejemplo: J. C. BAYÓN. “La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana”, *RCG*, Nº 4, 1985, pp. 140 ss.; R. GARGANELLA. *La justicia frente al gobierno...*, *Cit.*, pp. 59 ss.
21. R. H. BORK. “The Original Understanding”. En: AAVV (S. J. BRISON y W. SINNOTT-ARMSTRONG, Eds.). *Contemporary perspectives on Constitutional Interpretation*. Boulder-San Francisco-Oxford: Westview Press, 1993, pp. 50-51.
22. R. H. BORK. “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, *IlawJow*, Vol. 47, Nº 1 (1971) p. 17. Sobre las tesis de Bork, *Vide*, en la doctrina española: M. BELTRÁN. *Originalismo e interpretación: Dworking v. Bork: una polémica constitucional*, Madrid: Civitas-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1988.
23. R. DWORKIN. “¿Realmente no hay una respuesta correcta en los casos difíciles?”. En: AAVV (P. CASANOVAS y J. J. MORESO, Eds.). *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Barcelona: Grijalbo-Mondadori, 1994, pp. 475 ss. Una reseña de los principales autores del constitucionalismo norteamericano que defienden la tesis de la única respuesta correcta en: J. J. MORESO. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 188 ss.
24. R. DWORKIN. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford-New York: Oxford University Press, 1996, p. 2. Del mismo autor, *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984, pp. 396 ss.
25. R. Dworkin denomina en tono peyorativo “pasivistas” a los jueces que “muestran una gran deferencia con respecto a las decisiones de otras ramas del gobierno”. R. DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1992, p. 260.
26. R. DWORKIN. “Gleichheit, Demokratie und die Verfassung: wir, das Volk, und die Richter”. En: AAVV (al cuidado de U. PREUSS), *Zum Begriff der Verfassung...*, *Cit.*, p. 173.
27. S. HOLMES. “Precommitment and the Paradox of Democracy”. En: AAVV (J. ELSTER y R. SLAGSTAD, Eds.). *Constitutionalism and Democracy...*, *Cit.*, p. 157.
28. R. DWORKIN. *Freedom's Law...*, *Cit.*, p. 7.
29. *Vide*: R. ALEXI. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, Nº 5 (1988) p. 151. Del mismo autor, “Idée et structure d'un système de droit rationnel”, *ArchPhiDr* (1988) y A. AARNIO. *Wegen Recht und Billigkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1988, pp. 73-74. Aún más radical contra la tesis de la única respuesta correcta: N. MACCORMICK. “Takin the ‘Rights Thesis’ Seriously”, en: *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982, pp. 126 ss.
30. El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en contra de esta opción: “El legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que ésta le ofrece”. STC 209/1987, FJ. 3º.
31. Ch. STARCK. “La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité”. En: AAVV, *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. *Cit.*, p. 69.
32. El Tribunal Constitucional español ha sostenido en este sentido: «La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá de llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo». STC 11/1981, Fj. 7º.
33. E.-W. BÖCKENFÖRDE. “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, en: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, pp. 17 y 41; H. SIMON. “La jurisdicción constitucional”. En: AAVV, *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 851; Ch. STARCK. “La suprématie de la Constitution et la justice constitutionnelle”, en: *La Constitution: cadre et mesure du droit*. Marseille: Economica-Presses Universitaires d'Aix, 1994, p. 26.
34. F. RUBIO LLORENTE. “Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, en: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 585.
35. M. ARAGÓN REYES. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 119.

36. M. ARAGÓN REYES. "La aplicación judicial de la Constitución: algunas consideraciones sobre la justicia constitucional", en: *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 119.

37. M. ARAGÓN REYES. *Constitución y democracia, Cit.*, p. 124. Algunas páginas atrás en esta misma obra, sin embargo, M. Aragón parece matizar un poco la exigencia de declarar la inconstitucionalidad sólo cuando de la Constitución se deduzca con claridad una determinada regla, que sea contradicha por la ley. Junto con Dworkin sostiene que el Tribunal «descubre el derecho y no inventa», «porque la regla de derecho se encuentra "indeterminada", pero no "predicha"» en tales disposiciones. El juez entonces debe determinar esa regla, mediante «categorías jurídicas encapsuladas o sintetizadas» en el texto de la Constitución.

38. I. DE OTTO. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 5ª reimp., Barcelona: Ariel, 1997, pp. 148-149.

39. V. FERRERES COMELLAS. *Justicia constitucional y democracia...*, *Cit.*, pp. 141 ss. 160 y ss.

40. A. NIETO. "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *RAP*, Vol. I, Nº 100/102, 1983, p. 400.

41. J. PÉREZ ROYO. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1994, pp. 112 ss.

42. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y J. LEGUINA VILLA. "La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux". *AnJusCon*, Tomo VI (1990), p. 124.

43. M. J. PERRY. "Interpreting Law: The problem of Constitutional Adjudication". En: *Morality, Politics & Law. A Bicentennial Essay*. Oxford-New York: Oxford University Press, 1988, p. 121.

44. El término auditorio, en este sentido, alude al conjunto de personas a las cuales una decisión o pretensión trata de persuadir o convencer. *Vide*: CH. PERELMAN. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979, pp. 141 ss.; CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos, 1989, pp. 55 ss., 65 y ss., y 71 ss. Sobre este mismo concepto: A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK. "Grundlagen der juristischen Argumentation". En: AAVV (al cuidado de W. KRAWIETZ y R. ALEXY). *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, pp. 75 ss.; y J. BELL. "The Acceptability of Legal Arguments". En: AAVV (N. MACCORMICK y P. BIRKS, Eds.). *The legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 53.

45. J. L. CASCAJO CASTRO. "La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española", *REDC*, Nº 17 (mayo-agosto de 1986) pp. 171 ss.

46. Es bien sabido que la solución a esta polémica ha desencadenado el gran debate acerca de la interpretación de la Constitución mediante la *Judicial review* en Estados Unidos. En la doctrina española pueden encontrarse diversos trabajos que dan cuenta de esta polémica al detalle: E. ALONSO GARCÍA. *La interpretación de la Constitución...*, *Cit.*; J. C. BAYÓN. "La interpretación...", *cit.* F. J. DÍAZ-REVORIO. *La Constitución como orden abierto, Cit.*, capítulo IV, pp. 145 ss.

47. STC 11/1981, FJ. 7º. En el mismo sentido la STC 29/1982, FJ. 2º.

48. I. DE OTTO. "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional". En: AAVV. *El Tribunal Constitucional*. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Vol. III, 1981, pp. 1941 ss.

49. F. TOMÁS Y VALIENTE. "Los jueces y la Constitución". En: AAVV (al cuidado de G. PECES-BARBA). *Estudios sobre la Constitución Española*. Madrid: Universidad Carlos III, 1994, pp. 148 ss.

50. E. GARCÍA DE ENTERRÍA. "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *REDC*, Vol. 1, Nº 1, (enero-abril de 1981) p. 82.

51. R. CANOSA USERA. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 1 y 153.

52. M. ARAGÓN REYES. "La aplicación judicial de la Constitución...", *Cit.*, p. 118.

53. J. JIMÉNEZ CAMPO. "Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley". En: AAVV (al cuidado de ELISEO AJA), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Ariel: Barcelona, 1998, pp. 171 ss.

54. Sobre esta distinción: A. v. BRÜNNECK. "Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales", *Cit.*, p. 42.

55. M. GARCÍA PELAYO. "El 'status' del Tribunal Constitucional", *REDC*, Vol. 1, Nº 1 (enero-abril de 1981) pp. 30 y 31.

56. H. KELSEN. *¿Quién debe ser el defensor...?* *Cit.*, p. 18.

57. J. WRÓBLEWSKI. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 111.

58. I. DE OTTO. "La posición...", *Cit.*, p. 1944. En el mismo sentido: J. PÉREZ ROYO. *Curso de derecho*

constitucional..., *Cit.*, p. 114; M. ARAGÓN REYES. "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional", *REDC*, N° 17 (mayo-agosto 1986) p. 96; y F. TOMÁS y VALIENTE, "Los jueces y la Constitución", *Cit.*, p. 150.

59. H. G. GADAMER. *Verdad y método*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1977, pp. 70, 380, y en especial 396 ss.

60. K. GÜNTHER. "Ein normativer Begriff der Kohärenz...", *Cit.*, p. 167.

61. R. ALEXU. *Teoría de los derechos fundamentales*, *Cit.*, pp. 535-540. M. GASCÓN ABELLÁN ha apuntado, en este sentido, que la técnica del precedente es sólo una regla formal de la argumentación, que ha de integrarse en el razonamiento jurídico con otras pautas y criterios de interpretación. *Vide: La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 94 ss.

62. L. GIANFORMAGGIO. "L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi", *RIFD*, N° 62/1 (1985) p. 103.

63. R. Alexy ha apuntado que la racionalidad de las sentencias alude a que puedan «ser fundamentadas

racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico». *Teoría de la argumentación jurídica*, *Cit.*, p. 274.

64. J. A. GARCÍA AMADO. "Del método jurídico a las teorías de la argumentación jurídica", *AFD*, 1986, p. 154; H. GARN. *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*. Stuttgart: Steiner, 1986, pp. 16 ss.

65. J. WRÓBLEWSKI. "Legal decision and its justification". En: AAVV, *Le raisonnement Juridique*. Bruselas: Huobert Hubien, 1971, p. 412. Del autor *The Judicial Application of Law*, New York: Kluwer, 1992, p. 209.

66. *Vide*: sobre las reglas de la argumentación jurídica, por ejemplo: R. ALEXU. *Teoría de la argumentación jurídica*, *Cit.*, pp. 184 ss., y 214 ss.; A. AARNIO. *Denkenweisen der Rechtswissenschaft*. Viena-Nueva York: Springer, 1979, pp. 98 ss.; M. ATIENZA. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; T. MAZARESE. *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*. Torino: Giappichelli, 1996.

67. M. ATIENZA. "Para una razonable definición de razonable", *Doxa*, N° 4 (1987) p. 193.

68. M. SEGURA ORTEGA. *La racionalidad jurídica*, Madrid: Tecnos, 1998, pp. 120 ss. M. ATIENZA. *Tras la justicia...* *Cit.*, p. 138.

