

Approaches to a universal concept of Constitutional Justice

Aproximaciones a un concepto universal de Justicia Constitucional*

Fecha de recepción: 01 de marzo de 2013
 Fecha de revisión: 11 de marzo de 2013
 Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2013

*Germán Alfonso López Daza ***
*Carlos Fernando Gómez García ****

ABSTRACT

Understanding the constitutional scope is not restricted to the content of its articles. The Constitution as a primary source of law and as a reason for a State goes beyond what the primary constituent could print on paper. This is the reason of the importance of constitutional interpretation, with each of its guiding theories or existing slopes. The focus of the discussion is the control of constitutionality and what is called proportionality, balance and weighing, which -within the legal system- are headed by a judge in the exercise of their freedom, independence or autonomy. All this comes into play in the constitutional theory field, to find arguments that reinforce the idea of the existence of constitutional control. Debates that daily feed constitutional supremacy, its true sense, respect and protection from the justice administration at the head of the judiciary, as well as recognition of the constituent power that brings the popular sovereignty and guarantees the democratic power. The doctrine and jurisprudence treated from qualitative and analytical-descriptive research, that has been used in this case, has responded to each of the objectives, giving the opportunity to the next study, which will address the problem of constitutional role of the judge in the concept of constitutional justice.

RESUMEN

La comprensión del alcance constitucional no se queda solo en lo que su articulado proclame. La Constitución como fuente primordial del Derecho y como razón de ser de un Estado, va más allá de lo que el constituyente primario pudo imprimir en el papel. De ahí que siempre se hable de interpretación constitucional, con cada una de sus teorías rectoras o vertientes existentes. El eje central de la discusión es el control de constitucionalidad y lo que se denomina la proporcionalidad, el equilibrio y la ponderación, que dentro del ordenamiento jurídico quedan en cabeza de un juez en uso de su libertad, independencia o autonomía. Todo lo anterior entra en el juego de la teoría constitucional, al poder encontrar argumentos que refuercen la idea de la existencia del control constitucional. Debates que a diario alimentan la supremacía constitucional, su deber ser, su respeto y protección por parte de la administración de justicia en cabeza de los jueces, así como el reconocimiento del poder constituyente que brinda la soberanía popular y garantiza un poder democrático. La doctrina y la jurisprudencia tratada desde la investigación de corte cualitativo y analítico descriptivo, que para el presente caso se ha utilizado, ha respondido a cada uno de los objetivos planteados, dando la oportunidad de presentar el siguiente estudio el cual abordará la problemática del papel del juez constitucional dentro del concepto de justicia constitucional.

* Artículo producto del proyecto de investigación titulado: La constitucionalización del derecho en Colombia y Francia. Universidad Sur colombiana. Periodo (2012). Neiva (Huila).

** Doctor en derecho de la Universidad de París II. Posdoctorado del Institut Louis Favoreu (Université d'Aix-Marseille). Investigador y Director de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Surcolombiana. Director del grupo de Investigaciones, Nuevas Visiones del Derecho. Neiva (Huila). Correo electrónico de contacto: germanlo@usco.edu.co

*** Candidato a Magister en Derecho Público por la Universidad Santo Tomás. Docente e investigador del grupo Nuevas Visiones del Derecho. Universidad Sur colombiana. Neiva (Huila). Correo electrónico de contacto: carlos.gomez@usco.edu.co

Palabras clave

Interpretación constitucional, juez constitucional, control constitucional, teoría constitucional, derecho constitucional, derechos fundamentales.

Key words

Constitutional interpretation, constitutional control, constitutional theory, constitutional law, fundamental rights.



Aproximações para um conceito universal de justiça constitucional

Aproximaciones a un concepto universal de Justicia Constitucional

Germán Alfonso López Daza
Carlos Fernando Gómez García

RESUMO

Compreensão do âmbito constitucional não se restringe em seus artigos que proclamam. Constituição como principal fonte do direito e como justificativa de um Estado, que vai além do que a componente principal pôde imprimir em papel. Portanto sempre falam de interpretação constitucional, com cada um de suas teorias que orientam ou declives existentes. O foco centra da discussão é o controle da constitucionalidade e que é chamado proporcionalidade, equilíbrio e peso, que estão dirigidos dentro do sistema jurídico por um juiz no exercício da sua liberdade, a independência ou autonomia. Acima mencionado, entra no jogo da teoria constitucional, ao poder procurar argumentos para fortalecer a idéia da existência da revisão constitucional. Alimentaram discussões diárias da supremacia constitucional, sendo seu dever, o respeito e proteção da administração da justiça no chefe do poder judiciário, bem como reconhecimento do poder constituinte que traz a soberania popular e garante um poder democrático. Doutrina e jurisprudência tratada a partir de pesquisa qualitativa e analítico-descritiva que para o presente caso foi usado, respondeu a cada um dos objetivos, dando a oportunidade de apresentar o seguinte estudo que irá abordar o papel problemático do tribunal constitucional dentro do conceito de justiça constitucional.

Palavras-chave

Interpretação constitucional, tribunal constitucional, revisão constitucional, teoria constitucional, direito constitucional, direitos fundamentais.

RESUMEN

La comprensión del alcance constitucional no se queda solo en lo que su articulado proclame. La Constitución como fuente primordial del Derecho y como razón de ser de un Estado, va más allá de lo que el constituyente primario pudo imprimir en el papel. De ahí que siempre se hable de interpretación constitucional, con cada una de sus teorías rectoras o vertientes existentes. El eje central de la discusión es el control de constitucionalidad y lo que se denomina la proporcionalidad, el equilibrio y la ponderación, que dentro del ordenamiento jurídico quedan en cabeza de un juez en uso de su libertad, independencia o autonomía. Todo lo anterior entra en el juego de la teoría constitucional, al poder encontrar argumentos que refuercen la idea de la existencia del control constitucional. Debates que a diario alimentan la supremacía constitucional, su deber ser, su respeto y protección por parte de la administración de justicia en cabeza de los jueces, así como el reconocimiento del poder constituyente que brinda la soberanía popular y garantiza un poder democrático. La doctrina y la jurisprudencia tratada desde la investigación de corte cualitativo y analítico descriptivo, que para el presente caso se ha utilizado, ha respondido a cada uno de los objetivos planteados, dando la oportunidad de presentar el siguiente estudio el cual abordará la problemática del papel del juez constitucional dentro del concepto de justicia constitucional.

Palabras clave

Interpretación constitucional, juez constitucional, control constitucional, teoría constitucional, derecho constitucional, derechos fundamentales.

INTRODUCCIÓN

El análisis del orden metodológico puede constituir un excelente aporte a la delicada cuestión de la justicia constitucional porque ante todo, este examen puede distinguir los puntos de vista sobre los cuales es necesario ubicarse para responder un cuestionamiento con relevancia constitucional. Es así como desde el punto de vista histórico-sociológico, este informe de investigación se centrará en el advenimiento del juez constitucional en los Estados contemporáneos. Desde el punto de vista dogmático, se hará una revisión de las reglas que en un orden jurídico determinado, rigen la competencia del juez constitucional y la forma en la que esas reglas son interpretadas, así como los tipos de conflictos que pueden intervenir entre este juez y otras autoridades. Muy a menudo, este punto de vista se apoya sobre otro de orden filosófico o político a partir del cual se busca elaborar y proponer un cierto modelo de justicia constitucional, siendo muy frecuente criticar la realidad jurídica relacionada con un cuerpo constitucional.

Desde un enfoque puramente teórico, existe una gran relevancia del concepto mismo de justicia constitucional y aquellos que le están ligados, tales como el de la Constitución, el Estado de Derecho o la democracia. En el mismo sentido es todavía a este nivel que se sitúan los análisis relativos al modo de razonamiento de los jueces constitucionales. La variedad de estos puntos de vista deja descontar una gran variedad de respuestas a la cuestión de saber si el juez constitucional es un juez como los otros, variedad que refuerza el hecho de que varias respuestas pueden proceder de un solo punto de vista.

Teniendo en cuenta que es imposible abarcar aquí todos los puntos de vista, nos situaremos únicamente en este último aspecto, el teórico. Y como se puede prever, la problemática que nos ocupa recibe bien a menudo hoy día a este nivel como a los otros, una sola y única respuesta negativa. Efectivamente, esta respuesta se funda en un nivel teórico, sobre un mismo argumento según el cual, el juez constitucional no sería un juez como los otros porque la interpretación de la Constitución exigiría métodos de interpretación específicos, justificados por el hecho de que la Constitución no sería un texto como los otros (Aragón, 2005 p. 15). De suerte que el juez constitucional se distinguiría doblemente de los otros jueces: de un lado por el texto que debe interpretar por las razones que explican su existencia. Es este

el argumento que conviene examinar, interesándose primero en la especificidad de la interpretación. En segundo lugar aquella de la justificación del juez constitucional.

En ese orden de ideas se presenta la problemática a desarrollar, desde una perspectiva dogmática, ¿Cuál es el orden jurídico y la competencia que rigen a los jueces constitucionales y cuáles son los conflictos que abordan estos sujetos en los Estados contemporáneos?

METODOLOGÍA

El presente documento es el resultado de un trabajo analítico de investigación sobre el papel del juez constitucional en el Estado contemporáneo. Para la ejecución de este proyecto se utilizó un enfoque de carácter analítico – descriptivo, debido a los componentes dogmáticos abordados; así mismo el uso de herramientas destinadas a la comprensión de fuentes bibliográficas.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La especial particularidad de la interpretación constitucional

Hoy día parece obvio que una Constitución es ante todo un texto; sin embargo esto no siempre ha sido así. Algunos todavía invocan el espíritu de la Constitución con el fin de ir más allá de la letra, lo cual es prueba de que la Constitución no es solamente un texto. Si el juez constitucional muestra alguna superficialidad, esto se explica a veces por la definición de la Constitución retenida; por decirlo de otra manera, no se puede concebir el control de la conformidad de una ley a la Constitución sino a condición de admitir que esta última es una norma y no solamente una organización de relaciones entre órganos.

Teorías explicativas de la interpretación constitucional

Es necesario retomar la tipología propuesta por Paolo Comanducci la cual distingue dos conceptos de Constitución: como orden o como norma (Comanducci, 1998, p. 97). Durante mucho tiempo, el término “Constitución” se refirió a una idea de orden y designaba un conjunto de fenómenos políticos y sociales. Pero este orden no siempre fue comprendido de la misma manera. Encontramos aquí una distinción que estructura todo el discurso jurídico y político: el con-

tenido de la Constitución es aprehendido como un conjunto de valores o como un conjunto de normas.

Podemos distinguir entre dos modelos de Constitución concebida como un documento que contiene una organización institucional: un modelo axiológico y un modelo descriptivo. Según el modelo axiológico, el orden social está dotado de un valor intrínseco, un valor fundamental y si este no hace directamente referencias a normas, este orden es generador de normas. Es así que podemos comprender el concepto de Constitución que emplea Edmund Burke o Joseph Maistre quienes propugnaban que el orden que contiene una Constitución es un orden natural; esta posición se encuentra en la obra de Carl Schmitt cuando él habla del concepto positivo de Constitución como una decisión total sobre la naturaleza y la forma de la unidad política (Schmitt, 1928).

Según el modelo descriptivo, el orden así concebido no está dotado de un valor cualquiera; es decir, no se espera que genere normas. Esta es una situación, un hecho, no un valor: la Constitución designa una situación que permanece estable de las relaciones de poder y sus poderes son ellos mismos considerados como reflejos de una estructura de la sociedad. Podemos retomar lo que Montesquieu dijo de la Constitución inglesa o, mejor todavía, lo que Alexis de Tocqueville dijo de las relaciones entre democracia y aristocracia: el orden que describe la Constitución es un orden artificial.

A este concepto de Constitución concebido como orden, podemos oponer el concepto de Constitución como norma. Y de nuevo encontramos un modelo descriptivo y un modelo axiológico. El modelo descriptivo de Constitución concebido como norma, es idealmente hablando, el modelo de Kelsen. El término "Constitución" designa entonces un conjunto de reglas jurídicas positivas y no un orden social; esas reglas son "fundamentales" no porque ellas sean el reflejo de la superioridad de ciertos valores sobre otros sino porque ella misma fundamenta el sistema jurídico legal (Kelsen, 1928, p. 8).

El modelo axiológico de Constitución concebido como norma, se asemeja en parte al precedente. Por Constitución se designa un conjunto de reglas jurídicas positivas expresadas en un documento formal identificable. Pero lo que cambia, es que la Constitución es "cargada con un valor intrínseco": la Constitución es un valor en sí (Dogliani, 1994, p. 14).

Existen muchas variantes de este modelo axiológico como lo expone Carlos Nino cuando distingue tres conceptos normativos de Constitución: la Constitución como "organización legítima del poder del Estado"; la Constitución como "el conjunto de reglas adoptadas según un principio legítimo de decisión colectiva" e incluso, la Constitución como "el conjunto de principios válidos que generan el sistema de derechos fundamentales de los individuos" (Nino, 1992, cap. 1). Notemos que esta última variante es hoy día ampliamente compartida pues ella presenta el mérito de volver a dar cuenta de los sistemas jurídicos, no ya como sistemas excluyentes o al menos principalmente dinámicos como lo sostenía Kelsen sino también estáticos.

En efecto, si la Constitución es definida como un conjunto no ya de normas sino de principios explícitos o implícitos ubicados en la cima del orden jurídico, de la jerarquía de las fuentes jurídicas, la Constitución se considera como difusora en el orden jurídico entero y todas las leyes son concebidas como su aplicación. Por último, en esta variante del modelo, la Constitución tiene una relación especial con la democracia en la medida en que, por un lado, hay una conexión necesaria entre la democracia y la Constitución, ya que no puede haber democracia - en el sentido de isonomía- sin Constitución ni puede haber Constitución sin democracia. De otra parte, la Constitución tiene como función, la de limitar la democracia entendida como el principio de las mayorías.

En estas condiciones, la Constitución aparece teniendo como función, no ya el de cierre del sistema sobre sí mismo (como lo sostiene Kelsen) sino el de establecer un puente entre el derecho y la moral: ella abre el sistema jurídico a preocupaciones de tipo moral porque los principios constitucionales son principios morales positivados y la justificación jurídica no puede hacerse sino con la ayuda de los principios morales, lo que significa, en última instancia, que el razonamiento jurídico no es sino una rama del razonamiento moral (Alexy, 2002).

Es evidente que cada uno de estos modelos o conceptos de Constitución no dan lugar a la misma teoría de la interpretación de la Constitución. La oposición pertinente estriba en establecer si la Constitución es un orden o una norma: en efecto, la cuestión de la especificidad de la interpretación constitucional no se presenta realmente sino cuando admitimos previamente que la Constitución es una norma concebida, jurídica o moral.

Especificidad de la interpretación de la Constitución

Cuando la Constitución es concebida como norma, su interpretación es en ocasiones considerada como específica. Sin embargo, esta especificidad no es siempre entendida de la misma manera. Por el desarrollo de este trabajo, pasaremos sobre la especificidad que tendría en los actores y en gran medida dependerá del sistema constitucional seleccionado (concentrado o difuso).

Otra forma de especificidad es considerada dando una mirada a los problemas de interpretación que presenta la Constitución y que no se determinan en las otras normas. Así por ejemplo, cómo interpretar la ausencia en una Constitución, de una cláusula sobre la revisión de la Constitución: ¿debemos considerar que esta ausencia significa que la Constitución no es nunca revisable o por el contrario, que ella lo es sin formalidad alguna? O aún ¿cómo interpretar los preámbulos? O finalmente, ¿existen límites lógicos a la revisión? Muchas de las preguntas que, si son específicas para la Constitución, todavía dependen en gran medida del contenido de una carta magna.

Sin embargo, es una cuestión que no depende de su contenido, sino de la forma de la Constitución: ¿este texto requiere el uso de técnicas específicas de interpretación? Esto es lo que tienden a pensar muchos de los constitucionalistas. Los argumentos a favor de una especificidad de técnicas interpretativas son generalmente tres: de una parte, la Constitución está compuesta por principios que no admiten una interpretación literal, sino que deben ser aplicados con preponderancia; de otra parte, las antinomias entre los principios constitucionales no pueden ser resueltos con la ayuda de criterios clásicos, sino que deben tomar la forma de una ponderación, de un balance entre principios; finalmente, el juez constitucional se sitúa a medio camino entre el legislador y el juez ordinario: él es libre como lo puede ser el legislador pero esta libertad está encuadrada en exigencias de prudencia, lo que lo aleja del juez ordinario, quien se debe conformar con el modelo de la subsunción (Prieto, 1996). Estos argumentos ameritan ser examinados.

La interpretación literal

Como lo resalta con pertinencia Ricardo Guastini, este argumento reposa sobre una petición de principio según la cual, los principios constitucionales

contienen realmente prescripciones y no son del todo vacíos de sentido. La cuestión está justamente en saber si estas prescripciones son susceptibles de ser conocidas fuera de la interpretación, pues en el caso contrario si el contenido prescriptivo de los principios no es descubierto más que al término de la interpretación, se debe admitir que ellos no lo tienen realmente: solo la interpretación lo tendrá (Guastini, 1996, p. 169).

Es precisamente esta petición de principio la que está en el centro de numerosas teorías de la interpretación constitucional contemporáneas que, como lo remarcaba Böckenförde, tienden a destruir la “normatividad de la Constitución” y extienden e incluso refuerzan su imprecisión. Böckenförde explica el aumento de la confusión de normas constitucionales: para él, la mayor parte de las teorías de la interpretación constitucional presuponen una definición de la Constitución como “un conjunto de reglas de derecho o bien un programa normativo de precisión tal que de allí pueda salir una decisión del caso concreto” (2000, p. 243).

Ahora bien, las nuevas vías de interpretación propuestas lo son justamente porque la mayor parte de normas constitucionales son, en su estructura material insuficientes sobre este aspecto (Böckenförde, 2000, p. 245). Es así que las teorías de la interpretación constitucional contemporáneas admiten el concepto de Constitución a lo Kelsen, es decir, una Constitución como un conjunto de normas que tratan sobre la organización política, “la norma que regula la elaboración de las leyes, normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estáticos”, reconociendo en el mismo tiempo que la Constitución no es materialmente una norma como las otras. De todas formas parece que la explicación de Böckenförde cae en el mismo campo de las teorías que buscan explicar la confusión del texto de la Constitución –el cual no es más que un enunciado lingüístico- con las normas de la Constitución.

Una vez esta distinción sea admitida, el texto de la Constitución no será tan oscuro ni tan vago como ciertas leyes o reglamentos. Es por ello importante resaltar que la falta de definición se puede encontrar con más frecuencia. Si entonces se admitiera la distinción entre el texto y la norma, tendríamos que interesarnos en el acto por medio del cual, ese texto se transforma en norma a través de la interpretación. Ahora bien, desde este punto de vista, la interpre-

tación de la constitución no tiene nada de específico pues ella no exige ningún saber-hacer particular, ningún método original. Interpretar la Constitución es interpretar no cualquier texto, es reencontrar en un enunciado amplio general y abstracto, las diversas normas que este postulado permite justificar.

Así, contrariamente a lo que parece pensar Böckenförde, las teorías de la interpretación de la Constitución no proponen nuevos métodos que tiendan a paliar la insuficiencia de la estructura normativa material de las normas constitucionales. Si ellas son en este punto cuidadosas de nuevos métodos, es porque ellas no alcanzan a tomar en serio la Constitución como un conjunto de normas en el sentido puramente descriptivo y persisten en aprehender como un conjunto de normas en sentido axiológico.

El equilibrio de la ponderación

Nada más característico de la interpretación constitucional que la figura del equilibrio, conciliación o ponderación (Alexy, 2002, p. 86). El juez constitucional, de cara a los principios que contiene la Constitución y frente a la inexistencia de normas de comportamiento (reglas) sin principios, no sabría conformarse con el modelo descriptivo de la subsunción. Su control pasa necesariamente por el método hermenéutico que lo conduce a poner en balance dos principios contradictorios o antagonistas que tiene por tarea conciliar. Llevada a bien, esta conciliación conlleva una solución en la que los más ardientes partisanos del control de constitucionalidad tienden a señalar a la vez la imparcialidad y la justicia: nada corresponde mejor a la idea a priori de neutralidad que conciliar dos polos contrarios, nada es más justo que esta misma neutralidad, este equilibrio. El balanceo o ponderación sería en alguna medida el epítome de la justicia. Esta representación se verifica en la práctica un poco ingenua. Ella responde notablemente a la idea de que los principios en cuestión se imponen al juez constitucional y es porque ellos se imponen a este como juez neutro e imparcial.

La sola puesta en entredicho de esta premisa arruinaría el argumento. Sin embargo, una concepción más realista permite comprender que los principios no se imponen al juez sino que él es quien los interpreta y aplica. Es así como detrás de la apariencia de una competencia se haya ligada a la fortaleza del poder discrecional. Por lo demás, detrás de la discreción se puede ocultar la arbitrariedad (Mora, 2009). En efecto, el modelo de la ponderación presenta las antinomias

entre principios constitucionales como siempre parcial-parcial y no parcial-total o total-total (Ross, 1958).

Es necesario recordar brevemente que la antinomia más simple es la llamada "total-total" o absoluta. Ella interviene entre dos normas cuando ninguna de las dos puede ser aplicada sin entrar en conflicto con la otra, ya sea porque una norma ordena exactamente hacer lo que la otra prohíbe, o simplemente porque una norma manda estrictamente hacer lo que la otra también permite hacer.

La antinomia "total-parcial" interviene cuando dos normas incompatibles tienen un campo de aplicación común; sin embargo, la segunda norma tiene un campo de aplicación más largo en la cual ella no entra en conflicto con la otra. Este es el caso cuando una norma prohíbe una acción y la segunda autoriza a la vez una prohibición. En fin, la antinomia "parcial-parcial" interviene cuando dos normas tienen un campo de aplicación común en la cual ellas entran en conflicto con otra, pero también un campo de acción más amplio en la cual, ellas no entran en conflicto.

Evidentemente, de cara a una antinomia cualquiera que ella sea, la cuestión es la de saber cómo la resuelve. Ahora bien, todo orden jurídico comporta al menos tres criterios: el criterio jerárquico (lex superior derogat inferiori); el criterio cronológico (lex posteriori derogat priori) y el criterio de la especialidad (lex specialis derogat generali).

Sin embargo, estos tres criterios están lejos de ser suficientes. Ellos no funcionan más que cuando estamos en presencia de dos normas contemporáneas la una de la otra, del mismo valor jurídico y teniendo la misma esfera de aplicación, lo que son precisamente los principios constitucionales. Para resolver la antinomia, no existen más que tres soluciones: renunciar a los principios en conflicto; mantenerlas juntas; sacrificar una de las dos. En todos los casos, para justificar la escogencia de esta solución, habrá que recurrir a un juicio de valor que no podrá el mismo pretender a la objetividad de los tres criterios tradicionales.

No obstante, para superar el inconveniente de la subjetividad que oculta todo juicio de valor, los jueces tienden a moderar el alcance de este último pretendiendo proceder caso por caso. Se hunde entonces lo que parece más perfectamente arbitrario: la solución de la antinomia depende de la sola apreciación del juez y no vale para el tiempo de su decisión. Finalmente, es también sorprendente esta representación

de juzgamiento de constitucionalidad; ella está lejos de ser singular y propia al juez constitucional: todos los jueces son llevados a proceder así desde que ellos tienden a conciliar enunciados antagonistas en los que se ven más las normas que ellos contienen, ya sea el principio de la libertad contractual o aquel del derecho al respeto de su vida privada.

El balanceo o ponderación es entonces, no tanto una especificidad del control de constitucionalidad, sino más bien una especificidad del derecho contemporáneo que, en las normas de comportamiento y de competencias, agrega normas de justificación. Cuando esta jerarquización (aplicada en el proceso de ponderación) es el fruto de la dogmática jurídica, ella viene a substituir una arbitrariedad a otra. Las tentativas que surjan aquí y allá apuntan a hacer de ciertos derechos, derechos secundarios o de segundo rango – como sería el caso del derecho de propiedad–.

Ciertamente, ellas se reclaman de una descripción de la jurisprudencia de las cortes constitucionales. Pero esta descripción en sí es engañosa ya que la «jurisdicción» califica este mismo derecho como «fundamental» (como al igual que en otras jurisdicciones que hacen de ellas también un derecho fundamental). Sin embargo, el derecho de propiedad al no estar protegido tan fuertemente como los otros, no sería más que un derecho de “segundo rango”. Ahora bien, ¿quién dijo que el carácter fundamental de un derecho debería venir con el grado de protección que recibe? Y si los derechos llamados fundamentales no reciben todos la misma protección, ¿no sería mejor en estas condiciones, jerarquizar no los derechos sino las formas de control?

Se observa todo lo que esta tesis debe a los juicios de valor que escapan a aquellos que los tienen: un derecho es realmente fundamental, cuando está controlado con la misma fuerza o con los mismos instrumentos que los otros (Alexy, 2002). Pero ¿cuál es entonces el derecho realmente fundamental que debe servir de modelo a los otros? Y la identificación de este derecho modelo, ¿sería este el resultado de un acto de conocimiento o de un acto de voluntad?

El juez constitucional: ¿Un juez como los demás?

La tesis de una libertad limitada del juez constitucional es en sí perfectamente contestable cuando se centra en «exigencias prudenciales», que debe tener en cuenta en su interpretación y que, según los

defensores de la especificidad de su interpretación y los fervientes defensores de la especificidad de la interpretación constitucional, dependerían del hecho de que el juez constitucional debe fundamentar sus decisiones con el fin de que ellas aparezcan como la mejor expresión de la razón práctica (Prieto, 1991, p. 178). Sin embargo, ¿qué juez podría actuar de otra manera? ¿Qué juez puede realmente pretender conformarse con el modelo de la subsunción?

Es necesario aquí buscar una modificación a toda costa de este pretendido modelo de la subsunción que solo busca que la actividad del juez no sea sino un mecanismo que hiciera aplicación de una regla general a un caso particular. Sería necesario adherirse a una teoría realista de la interpretación, muy en boga hoy en día para medir hasta qué punto esta representación es errónea. Dicha teoría se apoya simplemente en la analogía con el silogismo teórico. Sin embargo, la analogía es errónea: a diferencia del primero, el segundo comprende una premisa mayor desprovista de toda referencia a priori (Ross, 2004, p. 71).

En efecto, supongamos que la norma que sirve de premisa mayor sea del tipo “todos los ladrones deben ser castigados” la cual no supone ninguna descripción definida de lo que el término “ladrones” significa. Esta no podrá pues ser objeto de una aplicación individual y singular más que en virtud de la decisión de un juez. Total, no existen “ladrones” en tanto que un juez no lo tenga identificado como tal.

Porque esta premisa mayor no tiene referencia a priori es que todo juez debe escoger entre los diferentes sentidos que esta es susceptible de tener. Que esta elección sea un acto de voluntad y que se deduzca enseguida que toda interpretación viene a crear una norma es casi secundario: esto no es menos que el corolario de la primera tesis. En una mirada más cercana, no hay pues ninguna especificidad en la interpretación constitucional en cuanto a las técnicas de interpretación. Se podría entonces concluir que el juez constitucional es un juez como los otros pero con unas funciones muy especiales.

Control constitucional y supremacía constitucional

La cuestión más difícil que la teoría constitucional haya afrontado es evidentemente la de la justificación de la existencia misma del control de constitucionalidad. Aquí, como en otras partes, muchas respuestas existen en las que ninguna es realmente muy satis-

factoria; todo el problema se reduce a saber cómo podemos conciliar el control de constitucionalidad con lo que está considerado justamente asegurar o garantizar: la democracia.

Supremacía de la Constitución

Marshall, Kelsen y Barak han intentado justificar el control de constitucionalidad con la supremacía de la Constitución (Troper, 2003, p. 215). Pero como esto ha sido bien demostrado, toda la argumentación no es sino una solicitud de principio pues de dos cosas una: o bien la Constitución es Suprema, y no hay necesidad de hacerla cumplir; o bien hay que hacerla respetar pues ella no es suprema.

Ahora bien, tanto Marshall como Kelsen o Barak muestran, a pesar de ellos, que no es la supremacía de la Constitución la que justifica el control de constitucionalidad sino más bien el control de constitucionalidad el que justifica la supremacía de la Constitución. Total, la Constitución no debe parecer suprema, debe serlo.

Podríamos agregar una piedra a esta crítica. El juez Marshall, como muchos otros, pretende demostrar la necesidad del control de constitucionalidad cerrando su auditorio en una alternativa que él cree definitivamente. Él escribe: "o la Constitución es un derecho superior, supremo, inalterable por medios ordinarios, o ella está sobre el mismo plan que la ley ordinaria y, a semejanza de otras leyes, ella es modificable según la voluntad de la legislatura. Si esta es la primera parte de la proposición que es verdadera, entonces una ley contraria a la Constitución no es del derecho; si esta es la segunda que es verdadera, entonces las constituciones escritas no son más que absurdas tentativas de parte de pueblos de limitar un poder que por naturaleza es ilimitado, como sería el caso de Marbury vs Madison¹.

El razonamiento sufre aquí el mismo vicio que el que encontramos en las concepciones dualistas del derecho propio de los iusnaturalistas: diciendo que la Constitución es un derecho superior y que una ley contraria a la Constitución no es derecho, Marshall emplea el término (derecho) en los dos sentidos muy diferentes: el derecho que vale para la Constitución y el derecho que vale para la ley.

1 El Caso Marbury contra Madison (5 U. S. 137 1803). En el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos porque estableció la capacidad de los Tribunales para realizar control de constitucionalidad.

Admitiendo que la Constitución sea un derecho superior, ella no es sin embargo derecho, pues está conforme con ella misma; es decir, si nos preguntamos por qué la Constitución es derecho, habría que recurrir a otra definición que ella emplea para decir que la ley contraria a la Constitución no es derecho, o que la ley conforme sí lo es. Es este un razonamiento clásico y propio a todas las formas de iusnaturalismo: para justificar la superioridad del derecho natural, los autores han siempre recurrido a un argumento negativo negando la calidad de derecho a toda norma contraria al derecho natural. Pero en ningún caso, ellos irían hasta reconocer que el derecho natural es derecho porque es conforme con él mismo.

Ellos preferirán explicar que el derecho natural contiene verdades que el derecho positivo debe poner en marcha, o aun, que el derecho natural deriva de la razón, de suerte que es deber de cada uno conformarse. Muchas de las propuestas que no permiten de ninguna manera saber lo que es la superioridad del derecho natural, sino que se utiliza -es su función- para justificar la norma según la cual el derecho positivo debe ser conforme al derecho natural. Esta es precisamente la norma que presenta Marshall a consideración del legislador: él debe conformarse con la Constitución.

Los Tribunales Constitucionales como reivindicadores de los derechos de las minorías

Otro argumento es a menudo utilizado para justificar la existencia de control de constitucionalidad: el de la protección de los derechos de las minorías contra la tiranía de la mayoría. Este argumento se presenta bajo dos formas: una antigua imputable a De Tocqueville, la otra moderna que se encuentra por ejemplo en la teoría dworkiniana ¿Qué relación mantiene Tocqueville con el control de constitucionalidad? Se podría citar: "cerrado en sus límites el poder acordado a los tribunales americanos de pronunciar sobre la inconstitucionalidad de leyes, forma una de las más poderosas barreras que no haya nunca elevados contra la tiranía de las Asambleas Políticas" (De Tocqueville, 1848).

Así, el control de constitucionalidad sería el mejor instrumento para preservar los derechos de la minoría de la amenaza que hace pesar en su contra la tiranía de la mayoría. Este argumento es a primera vista muy convincente al tanto que está fundado sobre esta idea de que el poder absoluto corrompe ab-

solamente lo que nadie osaría responder. Se basa sin embargo, sobre un prejuicio por lo menos antidemocrático que en realidad Tocqueville no consigue nunca deshacer completamente. Como testimonio, un pasaje de la segunda parte del último volumen de la Democracia en América en la cual él presenta la cuestión siguiente:

Observo como impía y detestable esta máxima, que en materia de gobierno la mayoría de un pueblo tiene el derecho de todo hacer, y sin embargo, coloco en las voluntades de la mayoría el origen de todos los poderes. ¿Estoy en contradicción conmigo mismo? (1848, p. 51).

Y a esa pregunta, le responde con otra pregunta:

¿Qué es lo que una mayoría tomada colectivamente, sino un individuo que tiene opiniones e intereses a menudo contradictorios con otro individuo que llamamos la minoría? Sin embargo, si usted admite que un hombre revestido de la omnipotencia puede abusar contra sus adversarios, ¿por qué no admite usted la misma cosa para una mayoría? (De Tocqueville, 1848, pp. 51-62).

Esto se podría llamar el sofisma de Tocqueville. En efecto, contrariamente a lo que pretende creer, el citado autor permanece un poco impreciso –al menos en democracia- al definir la mayoría y la minoría como dos situaciones equivalentes y reducibles la una a la otra. Tocqueville se encuentra entonces preso en un dilema: si él no quiere admitir una diferencia de naturaleza entre mayoría y minoría en democracia, ¿cómo justificar que la voluntad de la mayoría pueda no siempre imponerse? Aquí otra vez, el solo medio de salir es considerar un derecho superior y distinto del derecho positivo.

Además, es mediante el uso de este dualismo que Tocqueville cree poder responder negativamente a la pregunta que plantea. Este autor no estaría en contradicción con él mismo, porque existe por encima de las leyes positivas de los hombres una ley suprema, una ley universal que se llama la justicia:

(...) existe una ley general que ha sido hecha o al menos adoptada, no solamente por la mayoría de tal o tal pueblo, sino por la mayoría de todos los hombres. Esta ley es la justicia. La justicia forma pues, el límite del derecho de cada pueblo. Una nación es como un jurado cargado de representar la sociedad universal y de aplicar la justicia que

es su ley. El jurado, que representa la sociedad, ¿debe tener más poder que la sociedad misma que aplica las leyes? (1848, p. 60).

Sin embargo, afirmar lo anterior no se relaciona como lo creía Tocqueville (1848), a “ubicar en las voluntades de la mayoría el origen de todos los poderes” (p. 57). Es por el contrario afirmar que existen dos sistemas de normas: uno natural o universal, poco importa; el otro hecho por la mayoría con el origen de todos los poderes. Estos dos sistemas de normas no reconocen el mismo estatuto: el primero precede al segundo y lo que prima es un derecho al cual la mayoría debe conformarse. Eso es también lo que Tocqueville reconoce voluntariamente: la Constitución Americana no estaría considerada como inmutable como en Francia y no podría estar modificada por los poderes ordinarios de la sociedad como en Inglaterra.

Ella forma una obra aparte que representando la voluntad de todo el pueblo, obliga a los legisladores como a los simples ciudadanos, pero puede ser cambiada por la voluntad del pueblo, siguiendo las formas que se han establecido y en los casos previstos. En los Estados Unidos de Norteamérica, la Constitución puede pues variar; pero en tanto que ella exista, ella será el origen de todos los poderes. La fuerza predominante está en ella misma (De Tocqueville, 1848).

De otra parte, la teoría que Bruce Ackerman desarrolla desde hace algunos años, tiende a prolongar el análisis de Tocqueville. Como se sabe, Ackerman opone la democracia monista, en la cual la voluntad del pueblo es reputada y representada por aquellos que detentan el poder legislativo (el Congreso y el Presidente), a la democracia dualista en la cual esta voluntad “se presume representada por los principios del derecho supremo que han obtenido en el pasado el consentimiento del pueblo” (Ackerman, 1998, p. 191).

Esto conduce a una segunda oposición entre la legislación o la política ordinaria y la legislación o la política constitucional. En la primera, “el pueblo no existe simplemente; no puede ser sino representado por su suplente” (Ackerman, 1998, p. 329). En la segunda por el contrario:

Alguna cosa especial se produce: los representantes y los ciudadanos, en su empresa de redefinición y de renovación de fundaciones del gobierno norteamericano, hablan un lenguaje común. Este lenguaje ha sido probado en múltiples veces

en el seno de la asamblea deliberativa y con ocasión de elecciones populares, pues se trata de la voluntad del mismo pueblo (Ackerman, 1998, p. 358).

Es así que en el pensamiento de Tocqueville, anteriormente, como en el de Ackerman (1998) hoy día, la Constitución representa la voluntad de todo el pueblo. Podríamos interrogarnos ampliamente sobre lo que esta "representación" significa. O bien, podríamos inicialmente estar tentados a leer solamente una metáfora: la Constitución representaría la voluntad de todo el pueblo así como la paloma representa la paz. Sin embargo, nunca vendría a la mente de nadie decir que la paloma obliga a los hombres a la paz, mientras que Tocqueville (1848) señaló que la Constitución de los EE.UU. obliga a los legisladores como a los simples ciudadanos.

Afirmando que la Constitución representa la voluntad de todo el pueblo, Tocqueville sustituye el efecto por la causa. Es en efecto la voluntad del pueblo no en sentido iconográfico sino sentido jurídico: ella vale por ella misma, ella se tiene a ella y ella se sustituye por ella misma (Brunet, 2004).

La argumentación es sorprendentemente idéntica en la obra de Ackerman (1998). Se debe remarcar por tanto que si hay un punto común entre la teoría según la cual el pueblo está representado por individuos y está según la cual él está representado por un texto; un análisis más profundo permitiría medir la distancia que los separa. En efecto, el pueblo representado permanece en los dos casos, una entidad que no se puede tomar sino a través de un sesgo, un intérprete o intermediario, sus "suplentes" en un caso o la Constitución en la otra. Una ficción diríamos. Pero más allá de todo lo opuesto porque esta ficción se encarnará, por un lado en la palabra humana, y por la otra en un texto, de suerte que la voluntad del pueblo será, en el primer caso, producida por individuos y, en el segundo, deducida de un texto.

Estas son dos teorías radicalmente antagonistas de la representación política, ya que en una, representar es querer y en otra, representar es conocer. Queda en fin preguntarse en qué esto confiere a la constitución un predominio. Sin embargo este predominio se explica en el pensamiento de Tocqueville (1848) como en Ackerman (1998) puesto que ellos razonan según a priori que no hay verdadera Constitución si existe control de constitucionalidad. Si se prolongara, esta tesis conduciría a admitir un control de leyes a la

mirada no tanto de la constitución entendida como norma jurídica positiva, sino a la mirada de una constitución pensada como norma de justicia universal o al menos integrada a esta dimensión de justicia.

Se encuentra hoy día el argumento bajo otra forma, que se centra en los derechos que una Constitución debe proteger y reconocer. Este argumento se presenta de la manera siguiente: una Constitución tiene por función esencial establecer derechos y estos derechos son barreras de las decisiones de la mayoría, permitiendo proteger los intereses de los individuos.

De modo que, si no hay control de constitucionalidad, no habría reconocimiento de estos derechos porque no habría ningún límite a las decisiones de la mayoría expresada por los órganos políticos, principalmente el parlamento. Los jueces constitucionales tienen por misión proteger los derechos y reconocer dichos derechos, aceptando también el control de constitucionalidad. Esta tesis es ampliamente expandida al punto de que ella aparece como una evidencia. Así por ejemplo, el profesor Pascale Pasquino escribió:

El Estado constitucional se ha construido para defender los ciudadanos del poder de las mayorías políticas y para proteger las minorías, no para consagrar el poder sin obstáculo de las élites políticas. Una estructura poliárquica parece el mejor instrumento para hacer obstáculo a la intemperancia, como lo llamaba Tocqueville, de un órgano monocrático que podía reivindicar para él la autorización popular (Pasquino, 1996, p. 204).

Esta misma evidencia se encuentra igualmente en el pensamiento de Dworkin cuando este propone distinguir entre los políticos y los principios para enseguida explicar que los políticos definen objetivos colectivos, mientras que los principios establecen derechos. Estos últimos constituyen un límite a los objetivos colectivos y preservan la esfera individual de esta esfera colectiva.

Los objetivos deben ser definidos por órganos políticos, pero los derechos deben ser establecidos sobre el fundamento de principios aplicados por los jueces. Bajo la apariencia de trazar una frontera entre la esfera pública y la privada, se ha venido modificando el ejercicio del poder de las asambleas hacia los jueces. La crítica mayor del argumento es que esta relación reposa sobre una confusión entre los intereses de la mayoría –que son siempre susceptibles de entrar en conflicto con los intereses de los individuos- y las de-

cisiones de la mayoría. Como lo remarca justamente Carlos Nino, no hay ninguna contradicción lógica para sostener que en una democracia, la única autoridad legítimamente investida del poder de reconocer los derechos es precisamente la voluntad de la mayoría (Nino, 1992, p. 680). Salvo admitir, como Tocqueville lo hace, que hay una identidad de naturaleza entre la mayoría y la minoría.

Los tribunales constitucionales como defensores de la soberanía del pueblo

Otra justificación, sin duda un poco alejada de aquella que proponía Tocqueville (1848), es hoy día defendida por Dominique Rousseau en Francia, quien busca presentar el Consejo Constitucional como el “representante de la soberanía del pueblo” (Rousseau, 2011, p. 370). ¿Por qué ver el juez constitucional, en Francia o en otra parte como el representante de la soberanía del pueblo?: Porque el juez constitucional obliga al legislador a respetar la voluntad del pueblo soberano declarado en la Constitución:

Cuando el Tribunal Constitucional censura una ley (...) no lo hace porque los representantes han hecho caso omiso de la voluntad de los ciudadanos que eligieron (...), no lo hace más con el motivo que él conoce y pues representa mejor que los elegidos la voluntad del pueblo que se expresa al momento de las elecciones; él censura mostrando a los representantes (...) el texto donde el pueblo figura como soberano y que les prohíbe tomar esas disposiciones. En otros términos, el Consejo no representa el pueblo soberano, él representa el qué y el por qué el pueblo se ve y se reconoce como soberano. (Rousseau, 1999, p. 374).

Tras el examen, esta tesis se basa en dos supuestos que, aunque a veces explícitos, no se han demostrado hasta ahora: según el primero, el control de constitucionalidad tiende a preservar la supremacía de la Constitución; con relación al segundo, la representación jurídica se analiza en la reproducción de una realidad preexistente; dicho de otra manera, la representación jurídica es siempre simbólica.

El primer supuesto es viejo. Lo encontramos formulado por la primera vez en el pensamiento de Hamilton (1789) en el número 78 de El Federalista:

Cuando la voluntad de la legislatura, declarada en las leyes, está en oposición con aquella del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces de-

ben ser gobernados por la segunda. Ellos deben fundar sus decisiones sobre las leyes fundamentales de manera preferente que sobre ellas que no lo son (Hamilton, 1789, p. 468).

La afirmación parece proceder del razonamiento siguiente: la Constitución siendo la voluntad del pueblo, es una ley “fundamental” y al serlo se debe imponer al legislador y a los jueces, debiéndose preferir a la ley que le sea contraria. Este razonamiento procede el mismo de una teoría bien conocida según la cual el derecho es y debe ser un conjunto de reglas de justicia que derivan todas las unas de las otras; dicho de otro modo, es la verdad de la Constitución y no la autoridad del legislador la que hace la ley.

Tal concepción contiene sin embargo una contradicción: en efecto, para llegar a decir que la Constitución es la voluntad del “pueblo”, se debe lógicamente admitir que el pueblo existe antes que la constitución y que esta última no contiene normas de justicia sino en la medida en que ella sea la expresión de su voluntad.

Es pues en última instancia la autoridad del pueblo la que hace la ley y no la verdad de la Constitución. En esas condiciones, ¿cómo saber que una ley es contraria a la voluntad del pueblo? Y si la contradicción a la constitución no procede de la lógica, ¿cómo justificar que los jueces deban respetar la constitución más que la ley? En fin, ¿cómo justificar que los miembros del parlamento que actúan en nombre del pueblo, no puedan ellos mismos expresar su voluntad?

En realidad, estas cuestiones insuperables no se presentan sino en razón de la gran ambigüedad de la premisa inicial presupuestada que funda el razonamiento examinado y según el cual, la voluntad del pueblo existe independientemente de aquella de sus representantes. Decir que el pueblo existe antes que la Constitución, conduce a un dilema del cual es difícil de salir: o bien el pueblo existe y no tiene necesidad de representante; o bien él tiene la necesidad pero no existe realmente. Agreguemos para completar, que esta premisa no tiene nada de descriptivo y disimula apenas una norma de comportamiento frente a todo el cuerpo legislativo elegido (Hamilton, 1778, p. 468).

Sin embargo, incluso si justificamos la supremacía de la Constitución con la conformidad de la voluntad real del pueblo, no se podría inferir la necesidad de un órgano encargado de controlar la ley. Es para ello que sirve el segundo presupuesto según el cual la representación, en derecho, es simbólica. Este último

presupuesto es por lo demás explícito en el pensamiento de Dominique Rousseau quien dice:

El mecanismo de la representación (...) es un mecanismo de Constitución de la realidad en lo que aquel que representa da una forma, una consistencia a lo que está ausente. Aquí, lo que está ausente, es la persona del pueblo soberano y el Consejo da cuerpo a esta persona, produce su realidad de soberano volviendo visible lo que está construido por su representación, es decir, precisamente la soberanía del pueblo. Esta última no es real y no adquiere una posible efectividad si ella está representada en tanto que ella.

Sin embargo, es justamente esta presencia del pueblo soberano en la esfera del poder que representa la jurisdicción constitucional de cara a las instituciones parlamentarias y ejecutiva que reenvían solamente a los ciudadanos la imagen de representantes y no de soberanos (1999, p. 372).

La dificultad a la cual llega este presupuesto es que él contradice el precedente; mientras que el primero sienta la supremacía de la Constitución sobre la existencia de un pueblo cuya voluntad está enteramente contenida en la Constitución, he aquí que nosotros decimos ahora que esta voluntad necesita del juez constitucional para implementarse. Contradictoria, la tesis es en definitiva menos una tesis que un juzgamiento de valores disfrazado, al término del cual, no está bien que una asamblea legislativa reaccione sin límites, sin encontrar obstáculos. En otros términos, el derecho no debe ser el producto de la voluntad sino de la razón.

Estructura del razonamiento jurídico

Con el fin de evitar los escollos de justificaciones precedentes, Carlos Nino (1992, p. 372) ha realizado otra que tiene el mérito de la simplicidad: el control de constitucionalidad es lógicamente inevitable. Esta tesis se apoya sobre lo que el autor llama el teorema fundamental de la filosofía del derecho, es decir que el derecho no es autónomo con relación a la moral puesto que:

Las normas jurídicas no constituyen ellas mismas, razones operativas para justificar acciones y decisiones como aquellas de los jueces, a menos que se conciben como desviaciones de juzgamientos morales, es decir, juzgamientos normativos que

poseen las características siguientes: universalidad, generalidad, supervivencia, autonomía, justificación, y publicidad (1993, p. 32).

Nino apoya toda su demostración sobre una crítica apretada y hábil de la validez en Kelsen que lo conduce a distinguir dos conceptos de validez: uno normativo según el cual, "válido" significa "obligatorio"; otro descriptivo según el cual "valido" designa el hecho de pertenecer a un sistema jurídico. Con esta distinción, Nino (1985) revela en Kelsen una confusión entre estos dos conceptos y concluye que la concepción "kelseniana" de la validez está minada por un sofisma naturalista pues Kelsen deduciría la fuerza apremiante de una norma de su única pertenencia factual al sistema como lo probara su teoría de la norma fundamental presupuesta.

Sin embargo, ningún sistema de normas puede por sí mismo suministrar criterios de su propia validez. Es entonces necesario tener el recurso de los principios morales que la Constitución contiene y que garantizan la legitimidad de leyes votadas por el Parlamento. Desde entonces, los jueces ordinarios no pueden hacer otra cosa que controlar la constitucionalidad de las leyes en relación con la Constitución.

No deja de ser obvio que si la crítica de Kelsen hecha por Nino es pertinente, es una tesis llena de ambigüedades. Por una parte, justificar la obediencia de una norma basada en el "hecho" entendido como el acto creado por el legislador, no vuelve contrariamente a las apariencias, para describir un hecho del cual se infería erróneamente una norma.

Es necesario distinguir aquí entre el acto de escribir la norma y la significación de este acto. Si el acto en sí mismo no permite inferir ninguna norma, la significación que se dará a este acto puede, en ciertos casos, ser normativa: un juez puede perfectamente considerar que tal norma es válida –que ella es obligatoria– porque ella responde a las condiciones de validez puesta por una norma superior siendo ella misma "obligatoria". De otra parte, nada nos obliga a interpretar el término mismo de obligatorio en sentido moral: el mismo juez puede perfectamente considerar tal norma como jurídicamente obligatoria sin adherir moralmente a aquella ni de otra parte exigir una adhesión moral a esta norma de la parte de los sujetos de derecho a los cuales se impone respeto.

Y lo que vale para el juez vale para todo órgano de aplicación del derecho: todos aquellos que pagan sus

impuestos no lo hacen necesariamente en virtud de una adhesión moral al sistema de redistribución de la riqueza nacional en que los impuestos se consideran procedentes. Ellos no lo hacen en virtud de un sofisma naturalista. Estiman por el contrario que existe una norma válida según la cual deben pagar sus impuestos y que justifica el orden que emana del recaudador de contribuciones.

En pocas palabras, contrariamente a lo que parece creer Nino, el reconocimiento de la autoridad de un órgano por otro no es un hecho sino una norma jurídica: la proposición por la cual el juez dice que tal norma es válida porque ella ha sido propuesta por tal órgano no se analiza en un juzgamiento de valor inferido de un hecho, en un juzgamiento de validez inferido de otro juzgamiento de validez. El respeto que Nino profesa a la ley de Hume es todo a su honor pero el uso que él hace no le permite concluir que el razonamiento jurídico no es sino una modalidad del razonamiento moral o práctico. En fin, la crítica hecha por Nino de la norma fundamental es hábil pero excesiva.

Si la tesis de la norma fundamental se demuestra indefendible en lo que ella procede de una confusión entre dos conceptos de validez, esta misma confusión no es ineluctable. Así, la descripción de un sistema de normas válidas queda ella posible con la ayuda de un concepto descriptivo de validez al término del cual decir de una norma que ella es válida, quiere decir que ella pertenece al sistema jurídico. Y si se busca describir las normas válidas, es decir las normas que pertenecen al sistema, se convierte desde entonces inútil buscar la descripción de la validez de la Constitución misma, su fuerza obligatoria: desde un punto de vista descriptivo, la constitución no pertenece a ningún sistema y la cuestión de su validez simplemente no se presenta (Bulygin, 1990, p. 189).

Como se entenderá, el control de constitucionalidad no es lógicamente inevitable más que para aquellos que, como Nino, vienen a presentar una exigencia de validez absoluta de las normas jurídicas, exigencia que no contiene sin embargo ningún sistema jurídico.

CONCLUSIONES

Víctor de Ferreres expresa que la presencia de un juez constitucional se justifica por la contribución que puede aportar al mantenimiento de una cultura de deliberación pública, en otros términos se

discute la constitucionalidad de una ley porque una jurisdicción puede hacer respetar esta Constitución (Ferrerres, 1997, p. 139).

En una cultura pública constitucional donde se estima que el legislador no debe tomar sus decisiones de manera arbitraria, la mayoría parlamentaria debe fundarse sobre razones sólidas y replicarlas contra razones de la oposición. Entre esas razones y contrarrazones, muchas derivan de la Constitución, pero no son tomadas en serio si no existe una jurisdicción constitucional susceptible de imponer el respeto al legislador.

Se puede concluir entonces que la presencia de una Corte constitucional actúa como una fuerza susceptible de influenciar sobre la argumentación política y de reforzar por ella misma la democracia.

Sin embargo, se puede enunciar al menos una objeción de tipo político: si se habla de constitucionalidad porque la Corte existe, esto quiere decir que la conformidad de la ley con las normas constitucionales es un asunto político y no estrictamente jurídico. El juez constitucional que entra en este juego, entra como actor político en el que la legitimidad no procede sin embargo de un mandato electivo. Esto quiere decir que no es ni verdaderamente un juez -quien es llevado a resolver un debate político- ni verdaderamente un legislador- pues aquel no vota la ley.

El juez de constitucionalidad escapa de toda responsabilidad: nadie puede esperar sancionarla a través de las urnas; nadie puede intentar poner en entredicho su participación en la función legislativa. No es posible ocultar lo que esta concepción del control político tiene de incompatible con la acepción de la democracia que defienden aquellos que intentan justificar este control: el Tribunal Constitucional se convierte en un actor de un proceso que no nos cansamos de calificar como "democrático" mientras que una de las partes interesadas escapa de todo control.

Además de los jueces de primera instancia, pensamos también en las autoridades denominadas hoy día "de regulación" o aquellas "consultivas" quienes son llevadas a dar una opinión. ¿Podríamos considerar que si se usan argumentos de orden ético, el debate democrático debería ser susceptible de ser controlado por un comité especializado? Si este argumento parece absurdo, es, al menos en parte, porque el problema está en otra parte, en esta idea a la vez muy evidente y compleja de que la Consti-



tución es la Ley Suprema y que un sistema legal que no cumpla no sería realmente legal.

Se podrían calcular las consecuencias, habida cuenta del rechazo tan común pero tan sorprendente, cuando se aniquilan las proposiciones claramente democráticas e incluso republicanas en favor de una libertad de apreciación dejada a los representantes en materia de constitucionalidad de las leyes.

La objeción inmediatamente planteada consiste en que estos últimos serían libres de hacer cualquier cosa. Se cree que el deseo irrefrenable de poder o incluso de despotismo animaría a estos mismos representantes y temerían más a una asamblea de elegidos que a una asamblea compuesta por personas designadas; se debe por tanto creer en una verdad jurídica únicamente capaz de dominar la voluntad

política. Nadie puede entonces dudar que, contrariamente a lo que ella pretende afirmar, esta justificación "democrática" del control de constitucionalidad disimula, por paradójico que esto pueda parecer, una concepción aristocrática de la democracia.

En suma y concluyendo, la especificidad del juez constitucional no reside pues en la interpretación de la Constitución a la cual él está obligado, sino en la justificación cuyo control hace objeto y que ella misma reposa sobre la cuestión previa de saber si la constitución es suprema o si ella debe serlo. La constitución debe ser suprema pero aquí no termina la cuestión; esta se dirige inevitablemente a otro cuestionamiento: ¿por qué hay que necesariamente confiar a los jueces el cuidado de controlar la ley? Y es aquí donde se debe dejar abierto este cuestionamiento para ser abordado en otra investigación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, B. (1998). *Au nom du Peuple. Les fondements de la démocratie américaine*. Paris: Calman-Lévy.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (1989). *Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse As Theory of Legal Justification trad. angl.* Ruth Adler, Neil McCormick. Reino Unido: Oxford UP.
- Aragón, R. M. (2005). *La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. Interpretación constitucional*. México: Temis.
- Böckenförde, E. W. (2000). Les méthodes d'interprétation de la Constitution: un bilan critique. In *Le droit l'État et la Constitution démocratique*. Paris: LGDJ.
- Brunet, P. (2004). *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*. Paris: P. U. Rouen-LGDJ-Bruylant.
- Bulygin, A. (1990). An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law, *Ratio Juris* (Nº3), pp. 29-45.
- Comanducci, P. (1998). *Assagi di metaetica due*. Torino: Giappichelli.
- De Tocqueville, A. (1848). *De la Démocratie en Amérique*. Paris: Pagnerre.
- Dogliani, M. (1994). *Introduzione al diritto costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- Ferreres, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC.
- Guastini, R. (1996). *Specificità dell'interpretazione costituzionale? Analisi e Diritto*. Torino: Giappichelli.
- Hamilton, A. (1789). *Federalists Papers. Carta número 78*. Estados Unidos: Random House.
- Kelsen, H. (1928). *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*. Recuperado 23 de mayo de 2012 en <http://www.thefederalistpapers.org/federalist-paper-78>.
- Mora, G. (2009). *Justicia constitucional y arbitrariedad. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias judiciales*. Madrid: Marcial Pons
- Nino, C. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1993). Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico. *Ragion Pratica* (Nº1), pp. 32-37.
- Pasquino P. (1996). La política limitada. El principio liberal-democrático del Estado de derecho y el control de constitucionalidad. *Analisi e Diritto* (187-205).
- Prieto, L. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Nº 9), pp.175-198.
- Prieto, L. (1996). Costituzionalismo e positivismo. *Analisi e Diritto* (Nº1), pp. 207-226.
- Ross, A. (2004). Introduction à l'Empirisme juridique. En E. Millard (Edit.). *La pensée juridique* (pp. 159-263). Paris: LGDJ.
- Rousseau, J. (1999). *El contrato social*. Barcelona : Edicomunicación.
- Schmitt, C. (1928). Capítulo 1. En *Théorie de la constitution* (s.p). Traducción francesa de L. Deroche. Paris: PUF
- Schmitt, C. (1928). Capítulo 3. En *Théorie de la constitution* (s.p). Traducción francesa de L. Deroche. Paris: PUF
- Troper, M. (2003). Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste. En E. Zoller (Edit.), *Un dialogue franco-américain* (pp. 215-228). Paris: Dalloz.