

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN: UN REPASO TEÓRICO

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

- Universidad Autónoma "Gabriel René Moreno"
- Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y Relaciones Internacionales.
- Instituto de Investigación Facultativo "Mónica Von Borries Orias"

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN: UN REPASO TEÓRICO

HORACIO ANDALUZ

Profesor de Derecho de Postgrado de la Universidad "Gabriel René Moreno"; Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra. Master of Laws (Harvard Law School). Árbitro (Cámara de Industria, Comercio y Turismo de Santa Cruz). Antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Publicación vinculada a este tema: Aplicación judicial de la constitución (El País/2010). handaluz@post.harvard.edu.

"CRITERIO ACADÉMICO" Revista Facultativa.
Nº 2, Año 1, Santa Cruz de la Sierra- Bolivia

SUMARIO: 1.

1. Planteamiento general.- 2. La justicia constitucional en la jurisprudencia: justificación formal.- (a) *Marbury v. Madison*.- (b) *United Mizrahi Bank v. Migdal Village*.- 3. La teoría liberal y la defensa de la constitución: justificación material.- 4. Críticas externas a la teoría de la democracia liberal.- (a) Teoría de Schmitt.- (b) Teoría de Rousseau.

RESUMEN: La defensa de la constitución entraña su aplicación judicial. Esto presupone que la constitución es una auténtica norma jurídica, que su órgano de aplicación es de naturaleza judicial y que los poderes normativos de éste devienen de su competencia para interpretar la constitución. Acá sólo me ocupo de lo segundo: la naturaleza judicial del órgano de defensa y los problemas teóricos que ello plantea. Los problemas de naturaleza jurídica son abordados desde la jurisprudencia, desentrañándose la teoría del derecho detrás de los asuntos *Marbury v. Madison* (1803) y *United Mizrahi Bank v. Migdal Village* (1995). Los problemas de naturaleza política son abordados desde la teoría liberal y desde las teorías alternativas al liberalismo, poniendo de relieve que la opción por un régimen constitucional es, en sí misma, una opción a favor de la justicia constitucional.

PALABRAS CLAVE: Defensa de la Constitución, Supremacía de la Constitución, Estado de Derecho.

1. Planteamiento general

Presentado en términos formales, en cualquier tipo de Estado el control de constitucionalidad es posible, habida cuenta que todo Estado tiene una u otra forma de constitución, en el sentido material de norma que regula la producción jurídica. Pero es en el Estado de Derecho que la justicia constitucional aparece como un elemento consustancial al mismo. Éste es en esencia una forma de organización de la sociedad reglada por el derecho (*non sub homine, sed sub lege*). Aquí el derecho es el referente necesario para (1) constituir los poderes públicos; (2) para que los poderes públicos ejerzan sus competencias; (3) para que sus actos sean sometidos a control; (4) para regular las relaciones de los administrados con los poderes públicos; y, (5) para regir las relaciones de los administrados entre sí.

El Estado de Derecho, para cumplir su cometido, se construye sobre ciertos presupuestos formales. Junto a sus presupuestos formales, en el Estado de Derecho el sistema jurídico tiene ciertos contenidos connaturales a la forma democrática de gobierno. Ellos son presupuestos materiales infranqueables, como no sea atentando contra el Estado de Derecho en sí. Su contenido esencial son los derechos y garantías constitucionales, por lo mismo que son su primera razón de ser como Estado de Derecho. La institución de gobiernos de poderes limitados se hace para garantizar la efectividad de tales derechos y garantías. Las competencias de los poderes públicos se organizan en la forma de frenos y contrapesos en procura de su efectividad; es este sistema el que obligadamente concluye en el control jurisdiccional de la actividad pública. El papel de la justicia constitucional es efectuar ese control según el rasero de la constitución. Esto pasa por su interpretación. Y como los órganos con competencia para interpretarla autoritariamente producen decisiones finales, la justicia constitucional se concibe como la suprema intérprete de la constitución.

Esta es una justificación formal de la justicia constitucional. Desde el sistema de fuentes, la existencia de la constitución como norma jurídica válida es suficiente argumento para su aplicación judicial. Su defensa es una función normativa, la de aplicación del derecho. Sólo si la naturaleza de la constitución no fuese jurídica, su defensa judicial resultaría conceptualmente insostenible. Así construida, la justicia constitucional calza sin inconvenientes en la teoría jurídica.

No ocurre lo mismo con la teoría política. Aquí es necesario construir una justificación material que legitime a los tribunales como guardianes de la constitución. Debe justificarse que un órgano carente de representatividad política pueda invalidar las decisiones de los órganos políticamente responsables por el destino de la sociedad.

Que un órgano sea electo por voto popular no quiere decir que tenga poder de decisión política. La decisión política se justifica en los fines que persigue. La opción por una entre varias alternativas se apoya en los efectos previsibles de la decisión, con relación al fin que le sirve de fundamento. Por definición, esto no ocurre con la judicatura. Aquí las decisiones sólo pueden estar justificadas si es que sus argumentos son de derecho positivo. Conceptualmente, esto es lo que hace de los jueces constitucionales funcionarios independientes, vinculados sólo a la constitución, aun cuando su fuente de origen fuera electiva. En términos de la eficacia del sistema, sin embargo, la elección por voto popular de los jueces puede devenir en contra del diseño institucional del órgano judicial. Si del voto depende el nombramiento, granjearse la opinión favorable del elector es asunto decisivo. Con esto, la independencia judicial puede ceder ante la opinión pública (verdadero poder en las sociedades democráticas), haciendo del sometimiento a la constitución el sometimiento a las corrientes de opinión preponderantes.

La crítica liberal ve un conflicto entre la política de mayorías, representada por los actos de los poderes públicos sometidos a juicio de constitucionalidad, y el derecho, representado por la supremacía de la constitución. Si el conflicto se admite, lo que estaría en debate sería la propia existencia de la constitución. O bien los poderes públicos la acatan, o bien no es una norma jurídica. Si es lo primero, no hay conflicto, sino sumisión del poder al derecho. Si es lo segundo,

no hay Estado de Derecho. De hecho, en la práctica política, los cuestionamientos a la justicia constitucional pueden ser sintomáticos de que la constitución está en crisis, al evidenciar pugnas descarnadas entre arbitrariedad y marco jurídico. Esto revela la urgencia de su defensa. Acá Schmitt lleva la razón: “La demanda de un protector, de un defensor de la constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la constitución”¹.

La crítica hecha desde la teoría liberal es una crítica interna. Pero la justicia constitucional también ha sido cuestionada desde fuera de la democracia liberal (críticas externas). Estas críticas proceden de teorías alternativas al liberalismo democrático, que se oponen a la justicia constitucional por ser expresión del Estado de Derecho.

2. La justicia constitucional en la jurisprudencia: justificación formal

(a) *Marbury v. Madison*

Por un largo periodo de tiempo la justicia constitucional sólo se practicó en Estados Unidos, aunque el control jurisdiccional de los actos de la Administración ya era aceptado en Europa en el siglo XIX². LO INTERESANTE DEL CASO ES QUE LA COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS EN LA MATERIA NO DERIVA DEL TEXTO EXPRESO DE LA CONSTITUCIÓN, SINO QUE FUE INTRODUCIDA AL SISTEMA JURÍDICO VÍA UNA INTERPRETACIÓN CONSTRUIDA POR LA PROPIA CORTE, A MANOS DE MARSHALL, SU PRESIDENTE, EN *MARBURY V. MADISON*³ (1803).

Marbury v. Madison descansa sobre premisas intelectuales e institucionales que vienen de la revolución americana, cuando menos. Los padres fundadores de Estados Unidos aceptaban el control judicial de constitucionalidad. La Corte positivó la doctrina de la que era depositario el *Federalista* 78, diario de propaganda que defendió la estructura judicial propuesta por la Constitución en proceso de

ratificación. En el *Federalista* Hamilton abogó por el derecho de los tribunales a declarar la nulidad de los actos de la legislatura contrarios a la Constitución⁴.

Este razonamiento venía tomando cuerpo desde 1780, aunque a nivel de las judicaturas estatales⁵. Ya en un caso en Rhode Island, *Trevett v. Weeden* (1786), una de las partes había citado a Vattel para alegar que la legislatura no podía alterar la ley fundamental. En Carolina del Norte, Iredell, luego juez de la Corte Suprema, litigando en *Bayard v. Singleton* (1787), argumentó que el “poder de la Asamblea está limitado y definido por la Constitución”. Por lo tanto, los “jueces deben tener en cuenta que cada acto de la Asamblea que ellos ejecutan debe estar garantizado por la Constitución, ya que, si no, estarían actuando sin autoridad legal”⁶. Por su parte, en la primera década de la nación, los tribunales federales actuaron bajo el supuesto de que podían declarar la inconstitucionalidad de los actos del Congreso. Ocasionalmente también lo hizo la Corte Suprema. En *Hylton v. United States*⁷ (1796), por ejemplo, asumió que podía rechazar la aplicación de una ley inconstitucional. Tratándose de un tributo federal, entendió que era un impuesto al consumo. Si hubiese sido un impuesto directo, el Congreso habría violado la competencia de los Estados (artículo 1.9 de la Constitución).

En un sentido general, la práctica de dejar a los tribunales la decisión sobre la constitucionalidad de los actos legislativos es consecuencia de la idea inglesa de la supremacía del *common law* (derecho común). Esta doctrina se debe a Coke (1552-1634). En su planteamiento, el *common law* era el fundamento del sistema constitucional británico⁸. Coke no concibió que los tribunales ingleses pudiesen declarar la inconstitucionalidad de las leyes en el sentido que Marshall lo concibió para los tribunales americanos (no existía

1 SCHMITT, Carl; *La defensa de la Constitución* (2ª edición, Madrid, Tecnos, 1998), p. 27.

2 Cf. GRIMM, Dieter; *Judicial Activism*, en BREYER, Stephen – BADINTER, Robert (editores); *Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation* (1ª edición, Nueva York, New York University Press, 2004), p. 18.

3 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

4 HAMILTON, Alexander – MADISON, James – JAY, John; *The Federalist Papers* (1ª edición, Nueva York, Buccaneer Books, 1993), pp. 331-332-333-334.

5 Cf. KELLY, Alfred H; HARRISON, Winfred A.; BELZ, Herman; *The American Constitution. Its Origins and Development* (Volumen I, 7ª edición, Nueva York, W.W. Norton & Company, 1991), p. 170.

6 HAINES, Charles Grove; *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (1ª edición, Nueva York, Russell & Russell, 1959), pp. 105-106 y 115-117.

7 3 U.S. 171 (1796).

8 Cit. por KELLY, Alfred H; HARRISON, Winfred A.; BELZ, Herman; en ob. cit. en nota al pie 5, p. 61.

aún la división de poderes). Su doctrina, sin embargo, es la fuente del *rule of law*, la versión inglesa del Estado de Derecho.

Marbury v. Madison trasladó la confrontación partidaria a la arena judicial. En las elecciones nacionales de 1800, Jefferson, candidato republicano, triunfó sobre Adams, Presidente en ejercicio y candidato por el partido federalista. Esta fue la primera transferencia de gobierno de un partido a otro. En una democracia en formación, no sucedió sin controversias. En 1801, durante los últimos días de su gobierno, los federalistas promulgaron una ley que expandió la jurisdicción federal y creó nuevos juzgados. Esto les sirvió para copar la judicatura federal con sus seguidores⁹. Promulgaron también una ley para definir las bases del gobierno del Distrito de Columbia¹⁰. A propósito de ésta, designaron cuarenta y dos jueces de paz. Hechas las designaciones, era competencia del Secretario de Estado enviar los nombramientos a sus titulares¹¹. Pero algunos nombramientos no fueron enviados. Entre ellos estaba el de Marbury, que literalmente esperaba sobre el escritorio. Al asumir la presidencia, Jefferson se esforzó por derogar la legislación federalista de último minuto. Más aún, instruyó que no se envíen los nombramientos faltantes. Ante esto, Lee, Ministro de Justicia durante la administración de Adams, asumió la defensa de Marbury. El asunto quedó planteado cuando solicitó a la Corte un mandamiento que ordene al Secretario de Estado, Madison, entregar el nombramiento a su titular¹². Lo paradójico es que el caso involucra a los padres fundadores de la Unión. Madison fue delegado en la Convención Constituyente, se dice que autor del proyecto de Constitución y se sabe que autor de sus diez primeras enmiendas (la Declaración de Derechos); Adams apoyó activamente la independencia; y Jefferson, mentor de Madi-

son, redactó la Declaración de Independencia y sostuvo con energía que la Constitución no estaría completa hasta que no se incluyera la Declaración de Derechos. Que Marbury hubiese sido patrocinado por un colaborador de Adams prueba que el interés fundamental era político partidario, no su defensa.

Para resolver el caso, Marshall invirtió la metodología convencionalmente aplicada en la práctica judicial. De esta manera, la Corte conoció primero la materia en controversia para luego resolver sobre su competencia; esto le permitió recordarle al Presidente que gobernaba en un Estado de Derecho, a la vez que no fallaba en su contra¹³. Así, la Corte se preguntó: (1) ¿Tenía Marbury derecho a recibir el nombramiento que demandaba?; (2) si así fuera, ¿lo amparaban las leyes por la violación a su derecho a recibir el nombramiento?; y, (3) si las leyes lo amparaban, ¿era la tutela solicitada una que correspondía otorgar a la Corte?

La primera pregunta fue respondida afirmativamente. Distinguiendo entre los cargos de confianza, que por su naturaleza podían ser designados y removidos a voluntad del Presidente, y los cargos en que, a pesar de ser designados por éste, la permanencia y remoción del puesto no dependían de la discreción presidencial, la Corte concluyó que los jueces de paz pertenecían a la segunda categoría. Por tanto, habiendo el Presidente firmado los nombramientos y habiendo su Secretario de Estado estampado en ellos el sello de la Unión, éstos estaban perfeccionados. Esto significaba que los cargos eran un derecho de los jueces designados. Por tanto, retener sus nombramientos era una omisión de acto debido.

En la segunda pregunta también se favoreció a Marbury. En su respuesta, la Corte afirmó que la esencia de la libertad pasa por el derecho a reclamar la tutela de las leyes. Para esto, citó a Blackstone y sus *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra*. “Es una regla general e indiscutible que donde hay un derecho legal existe también un remedio legal a través de demanda o acción para los supuestos en que

9 Se dice que Adams firmó los nombramientos de jueces la noche previa a que Jefferson asuma la presidencia. Esto hizo que al *Judiciary Act* de 1801 le valga el mote de *Midnight Judges Act* (Ley de los Jueces de Medianoche).

10 Era el *District of Columbia Organic Act*, de 27 de febrero de 1801.

11 Marshall fue Secretario de Estado de 1800 (junio) a 1801 (marzo). En 1801 asumió la presidencia de la Corte Suprema. De febrero a marzo de ese año ostentó ambos cargos a la vez. Como Secretario de Estado debió entregar el nombramiento de Marbury. Por esta razón fue llamado como testigo.

12 Cf. REINSTEIN, Robert – RAHDERT, Mark; *Reconstructing Marbury* (57 *Arkansas Law Review*, 2005), p. 739 y ss.

13 Las razones para hacer esto son objeto de bastante especulación en la historia constitucional americana. Lo cierto es que la Corte no podría haber dicho todo lo que afirmó si no invertía la secuencia tradicional: primero verificar competencia para luego, si es que se es competente, conocer el fondo del asunto y resolverlo.

se vulnera ese derecho"¹⁴ (*ubi jus ibi remedium*). También recordó que la Unión era un Estado de Derecho (*a government of laws, and not of men*). En este sentido, tal calificación sería inmerecida si las leyes no previeran su tutela ante la violación de los derechos individuales¹⁵. Lo siguiente fue aplicar este razonamiento al Secretario de Estado. Para ello, la Corte procedió según la tesis dominante en la época sobre interpretación constitucional. Basada en la división de poderes (de ahí su nombre, *departamental theory*), la tesis sostenía que la Constitución era, por un lado, una norma jurídica como cualquier otra, pero, por otro, era también una reunión de reglas políticas¹⁶. De aquí concluía que las cuestiones jurídicas eran competencia del Poder Judicial, mientras que las políticas lo eran del Congreso y el Ejecutivo. En esta línea, la Corte sostuvo que los actos políticos del Ejecutivo dependían de su sola discreción. No eran, pues, objeto de revisión judicial¹⁷. En cambio, al tratarse del nombramiento de un juez de paz, el Secretario de Estado estaba obligado a cumplir ciertos actos que comprometían los derechos individuales del designado. Por tanto, puesto que el Secretario era un "oficial de la ley", las personas lesionadas por sus actos podían buscar protección en el derecho.

14 Cit. en ob. cit. en nota al pie 3, p. 163.

15 Decía Dicey, en la edición de 1886 de su *The Law of the Constitution*, que parte de la naturaleza del Estado de Derecho, tal como se lo entendía en Inglaterra y Estados Unidos, consistía en la tutela de los derechos: "En la Constitución inglesa existe una conexión inseparable entre los medios de defensa de un derecho y el derecho a ser defendido, lo que da fortaleza a la legislación judicial. (...) [Estados Unidos] ha demostrado habilidades indiscutibles para proveer medios de defensa legal para los derechos declarados en las constituciones americanas. El Estado de Derecho es una característica tan marcada en Estados Unidos como lo es en Inglaterra" (DICEY, A.V.; *The Law of the Constitution*, reimpresión 8ª edición, Indianapolis, Liberty Found, 1982, p. 118).

16 Cf. KELLY, Alfred H.; HARRISON, Winfred A.; BELZ, Herman; en ob. cit. en nota al pie 5, p. 172.

17 Esto fue lo que dijo la Corte: "La competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar cómo desarrolla el Ejecutivo, o los funcionarios ejecutivos, sus poderes discrecionales. Los asuntos que, por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, están reservados a la decisión del Ejecutivo no pueden ser sometidos a la opinión de la Corte" (en ob. cit. en nota al pie 3, p. 170). Aún hasta la actualidad este razonamiento es la base jurisprudencial de la regla del asunto político (*political question doctrine*), que hace que las cortes americanas se inhiban de conocer un caso el cual estiman que sería resuelto con mayor propiedad por los otros poderes, debido a su inherente naturaleza política.

La última pregunta fue dividida en dos: (1) la naturaleza de la medida solicitada, y (2) la competencia de la Corte.

Sobre lo primero, al hilo del razonamiento utilizado en la pregunta anterior, enviar un nombramiento no era parte de los poderes discrecionales del Poder Ejecutivo. Por consiguiente, siendo adecuada la naturaleza del remedio demandado, el Secretario de Estado estaba obligado a enviar el nombramiento a su titular.

Sobre lo segundo, la competencia de la Corte en esta materia era de fuente legal¹⁸, no constitucional. Marshall fundaría su decisión en este punto. Años después, Tocqueville diría que la fuente de poder de la judicatura americana consistía en justificar sus decisiones en la Constitución. A diferencia de lo que ocurría en Europa, donde los tribunales concebían a la ley como la fuente del derecho por excelencia, en Estados Unidos a los jueces se "les [había] permitido no aplicar las leyes que les parecieran inconstitucionales"¹⁹. De este modo, si la ley fuera inconstitucional, sería incapaz de conferir autoridad alguna a la Corte. Por tanto, la tutela solicitada no podría concederse. Con estas premisas, la Corte analizó su competencia para ordenar la entrega del nombramiento de Marbury.

Primero, distinguí entre la jurisdicción en primera instancia y la de apelación. Luego, hizo notar que la Constitución expresamente señala los casos que competen a la Corte en primera instancia, mientras que deja a la definición del Congreso los de apelación. Ante esto, Lee dijo que el lenguaje empleado en la cláusula de jurisdicción no era restrictivo del poder del Congreso²⁰. Su lectura sugería que el Congreso podía definir la competencia de la Corte tanto para los asuntos de primera instancia como para los de apelación. Pero esto no cambió la opinión de Marshall. Si la Constitución contuviese la

18 La norma era el *Judiciary Act* de 1789.

19 Cf. DE TOCQUEVILLE, Alexis; *La democracia en América* (10ª reimpresión 2ª edición, México D.F., Centro de Cultura Económica, 2000), p. 107. Si por algo *Marbury v. Madison* jamás será lo suficientemente reivindicado es por haber defendido a la constitución como fuente de validez del sistema jurídico.

20 Dice la cláusula de jurisdicción: "En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, la Corte Suprema poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos (...) conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso" (Constitución de Estados Unidos, artículo III.2.2).

intención sugerida, sería ocioso que definiera la jurisdicción de primera instancia y la de apelación. Le hubiese bastado únicamente con definir la función jurisdiccional y los tribunales con autoridad para ejercerla. Si el Congreso tenía el poder de dar a la Corte jurisdicción de apelación ahí donde la Constitución decía que era de primera instancia y viceversa, entonces la cláusula de jurisdicción carecería de sentido normativo. “No puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto”²¹. Ya en este punto, la Corte hizo un último ataque a la interpretación propuesta por el demandante. Afirmandose en el texto, enfatizó lo obvio: cuando la Constitución dice jurisdicción en primera instancia, no está diciendo jurisdicción de apelación, y cuando dice de apelación, no está diciendo de primera instancia. Si el mandamiento solicitado no era parte de la jurisdicción de primera instancia, la Corte sólo podría emitirlo en vía de apelación. Sin embargo, por su naturaleza, un mandamiento no suponía revisar un proceso ya iniciado, sino, por el contrario, iniciarlo. Por tanto, no tratándose de una apelación, el poder conferido por el Congreso no estaba garantizado por la Constitución.

Correspondía ahora decidir si una competencia así conferida podía ejercerse. Recién en este punto el control de constitucionalidad se volvería una construcción racional de derecho positivo.

Para esto, la Corte dio significado jurídico a la supremacía constitucional. Para dar forma a su argumento, comenzó recordando el derecho original del pueblo americano a establecer su gobierno. Luego, de la supremacía de la voluntad general, infirió su permanencia²². Ya estando aquí, afirmó que el pueblo americano había instituido un gobierno de poderes limitados. Por ello mismo, la Constitución había sido redactada para que el poder público no olvidara sus límites. Así pudo concluir: “es una proposición demasiado obvia para ser contestada que o bien la Constitución controla todas las leyes contrarias a ella, o bien la legislatura puede alterar la Constitución por una ley ordinaria”²³. Por último, confirmó su razonamiento vía una

referencia textual a la cláusula de supremacía. Cuando ésta señala las fuentes del derecho, primero menciona a la Constitución y luego a las leyes “que se hagan de conformidad [con ella]”²⁴.

Al ser la Constitución una norma jurídica, tocaba a la Corte atribuirse su defensa. Volviendo a seguir a Hamilton, sostuvo que la judicatura era el poder a cargo de decir el derecho. Por consiguiente, era su competencia decidir sobre la eliminación de antinomias²⁵. Por tanto, si la Constitución es suprema, una “ley contraria (...) es nula, y los tribunales, así como los demás poderes, [no están vinculados por ella, sino por] la Constitución”²⁶.

El argumento de la supremacía constitucional puede tomarse de distintas maneras: (1) Como expresión de las doctrinas naturalistas de la época (el origen de las instituciones políticas es convencional, los hombres aislados las anteceden). (2) Como consecuencia de la teoría liberal (los gobiernos son instrumentos al servicio de los derechos naturales del hombre). (3) Como interpretación literal de la Constitución (aplicación textual de la cláusula de supremacía). Y (4) como fuente de validez del sistema jurídico (sometimiento de los poderes públicos a la Constitución, organización jurídica del poder).

A una teoría formal de la justicia constitucional interesa esta última interpretación. Sólo si la Constitución es fuente de validez del sistema jurídico, el derecho ordinario contrario a ella puede ser inválido. Como premisa normativa funciona por igual con cualquier fuente de legitimidad. Trátese del principio democrático o del principio monárquico, la unidad material (de contenido) del sistema sólo es alcanzable a través de su unidad formal. Esto es, siempre que la pluralidad de normas que integran el sistema derive, directa o indirectamente, de una única fuente de validez. Puesto que la defensa de la Constitución significa su aplicación a los actos contrarios a ella, la justicia constitucional entraña la eficacia de la constitución, en el modo de aplicación coercitiva que declara la invalidez de la norma inconstitucional.

21 En ob. cit. en nota al pie 3, p. 174.

22 En ob. cit. en nota al pie 3, p. 176.

23 En ob. cit. en nota al pie 3, p. 177.

24 En ob. cit. en nota al pie 3, p. 180.

25 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John; en ob. cit. en nota al pie 4, pp. 332.

26 En ob. cit. en nota al pie 3, p. 180.

Así visto, el razonamiento de Marshall es un argumento de dinámica del derecho, consistente en invertir el proceso de producción jurídica.

Marshall presenta la competencia de la Corte para defender la Constitución como una derivación de la supremacía: si la Corte aplica el derecho y la Constitución es derecho incontrovertible, ergo, los actos contrarios a ella no son derecho. Aunque simple, el argumento presupone: (1) que es posible la subsunción de una norma dentro de otra; (2) que la interpretación autoritativa de la Constitución corresponde a la Corte; y, (3) que la Corte decide los límites de su propia competencia.

Primero, que una norma pueda subsumirse dentro de otra es consecuencia de que la primera sea fuente de validez de la segunda. Segundo, que los tribunales produzcan decisiones autoritativas significa que sus opiniones son finales, no que sean racionalmente correctas. Y, tercero, que los últimos órganos de aplicación decidan su propia competencia es consecuencia de que el sistema jurídico termine en ellos: la falta de una instancia superior hace de sus decisiones verdades legales incontrovertibles.

La teoría del derecho no se opone a que sean los propios tribunales quienes reivindiquen para sí el control de constitucionalidad. Al contrario, que lo hagan es consecuencia de las relaciones de validez presentes en el sistema jurídico. La única objeción que opone el pensamiento jurídico es que tal competencia hubiese sido expresamente atribuida por el sistema a otro órgano. No siendo ese el caso, que los tribunales se atribuyan la defensa de la constitución sólo ahonda en la eficacia del sistema jurídico, a manos de los órganos mejor capacitados para la aplicación de sus normas.

El tema es más amplio que su reducción al control de constitucionalidad. Siempre que se conciba al derecho como un sistema estructurado según la dependencia lógica-positiva entre sus normas, un órgano de aplicación puede hacer valer las condiciones de validez y, en consecuencia, declarar la invalidez de las normas contrarias a sus fuentes. Piénsese, por ejemplo, en el caso del derecho internacional. Tradicionalmente el derecho internacional optó por considerar a la legislación interna como un puro hecho. Con esto, una ley contraria a un tratado sería violatoria del tratado, pero el tribunal internacional

no declararía inválida la ley; la invalidez se predica del derecho, no de los hechos. Como resultado, los tribunales internacionales declaraban la responsabilidad internacional de los Estados por violación del orden internacional a través de una ley interna (hecho ilícito), sin que declarasen su invalidez. Sin embargo, en el asunto *Barrios Altos c. Perú* (2001) la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue más allá y reivindicó para sí la tarea de declarar inválida una norma por ser violatoria del derecho internacional. Expresamente dijo que las leyes peruanas “carecían de efectos jurídicos”; es decir, que eran inválidas por contravenir la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

(b) *United Mizrahi Bank v. Migdal Village*

En Israel la fuente del control de constitucionalidad también es jurisprudencial. Ahí la justicia constitucional deriva de una interpretación del derecho consuetudinario.

Después de la independencia en 1948, el Parlamento israelí fue elegido con la doble calidad de asamblea constituyente y asamblea legislativa a la vez. Este Parlamento no aprobó ninguna constitución en sentido formal. Tampoco lo hicieron los siguientes, que fueron elegidos con similares competencias. Sin embargo, aprobaron unas leyes fundamentales, encargadas de la organización de los poderes públicos. Aunque estas leyes habían sido aprobadas por mayoría simple, su modificación requería de mayoría absoluta. Esta exigencia nacía de las leyes mismas, que contenían una disposición regulando el procedimiento para su modificación.

Desde un inicio la Corte Suprema decidió que los sucesivos Parlamentos estaban vinculados por esta disposición. Para ello, tuvo que entender que ésta era una norma relativa a la fuerza jurídica pasiva (capacidad de oponerse a ser derogada) de las leyes que contaban con ella. Así, a pesar de requerir mayoría simple para su formación, las leyes fundamentales no eran derogables por las leyes posteriores, votadas también por mayoría simple. La validez de este razonamiento presupone que (1) las leyes fundamentales son dictadas por una autoridad normativa distinta al legislador ordinario, y (2) que las normas que le confieren poder normativo diferencian

entre el procedimiento de factura y el de modificación de las leyes fundamentales.

En *United Mizrahi Bank v. Migdal Village*²⁷ (1995) la Corte, guiada por su Presidente, Barak, fue considerablemente más lejos, dándose a sí misma competencia para revisar la validez del derecho contrario a las leyes fundamentales. Bien visto, se dio competencia para decidir cuáles eran las leyes fundamentales, pues incluyó entra éstas algunas leyes que no llevaban la disposición relativa a su modificación por mayoría absoluta.

En el caso se consideraron las leyes fundamentales de Libertad de Ocupación y de Dignidad Humana y Libertad, ambas promulgadas en 1994. Ninguna de ellas llevaba la disposición sobre el procedimiento de reforma por mayoría absoluta. Estaba en discusión si una legislación que afectaba la propiedad agrícola familiar violaba los derechos de propiedad recogidos en estas leyes.

Simplificándolo, la Corte dijo que (1) las leyes fundamentales eran tales por ser producto de una autoridad constituyente, mientras que las leyes ordinarias eran creación de la autoridad legislativa ordinaria, aunque ambas autoridades estuviesen reunidas en el mismo cuerpo. (2) Tomadas todas juntas, las leyes fundamentales forman la Constitución en sentido material de Israel; cada una de ellas es un capítulo de ésta. Y (3) las leyes fundamentales no tienen tal carácter por haber sido votadas por la mayoría legislativa; lo tienen porque la “experiencia nacional” se los atribuye.

Toda la carga argumentativa de la Corte descansa sobre el punto (3). No es casual que Barak citase a Hart.

Dice Hart que la validez de un sistema jurídico se identifica por su última regla de reconocimiento. “La regla de reconocimiento existe sólo como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión

de hecho”²⁸. Como criterio de validez es empíricamente verificable. Su carácter normativo deriva de la fuerza de lo fáctico. Por eso, dice Raz que su naturaleza jurídica es consuetudinaria²⁹. La costumbre jurídica es tal por surgir de una convicción de obligatoriedad (la convicción de que el comportamiento contrario merece el reproche del sistema jurídico). En la teoría de Hart, la convicción de obligatoriedad constituye el punto de vista interno sobre el derecho. Este punto de vista está formado por los juicios de validez de quienes aceptan los criterios de la norma de reconocimiento como guías para la identificación de las normas del sistema. En contraposición, el punto de vista externo consiste en la obediencia general a las normas identificadas como válidas por la regla de reconocimiento. Son condiciones mínimas para la existencia de un sistema jurídico su aceptación (punto de vista interno) y su eficacia (punto de vista externo). La aceptación es necesaria respecto de los funcionarios. La existencia del sistema jurídico les exige que usen la norma de reconocimiento en sus juicios de validez, no sólo que la mencionen. De los demás destinatarios se necesita tan sólo su obediencia³⁰.

En este marco, (1) que el carácter fundamental de las leyes derive de la “experiencia nacional” significa que ésta es la última regla de reconocimiento del sistema jurídico israelí; por tanto, (2) la condición para que una ley sea válida como ley fundamental es que sea reconocida por la “práctica de tribunales, funcionarios y particulares” (*consuetudo*) como ley superior a las otras leyes (*opinio iuris*).

En consecuencia, (1) que la experiencia nacional atribuya carácter fundamental a determinados contenidos significa que la disposición relativa a la modificación por mayoría absoluta es tan solo una forma de expresar la convicción jurídica acerca de la superioridad de ese contenido; por lo que, (2) la convicción jurídica puede expresarse a través de otras formas; y, por consiguiente, (3) el carácter fundamental es independiente de la forma legislativa.

27 49 (4) P.D. 221 (1995). Los pasajes más relevantes a estos efectos pueden verse también en DORSEN, Norman – ROSENFELD, Michael – SAJÓ, Andrés – BAER, Susanne; *Comparative Constitutionalism, Cases and Materials* (2ª edición, Nueva York, Thompson West, 2003), pp. 103-111.

28 HART, H.L.A.; *The Concept of Law* (2ª edición, Nueva York, Clarendon Press, 1994), p. 110.

29 Cf. RAZ, Joseph; *The Concept of a Legal System* (2ª edición, Nueva York, Oxford University Press, 1980), p. 198.

30 HART, H.L.A.; en ob. cit. en nota al pie 28, pp. 116-117.

De esta manera, se llega a afirmar que la fuente de supremacía de las leyes fundamentales es la experiencia nacional. En definitiva, la Corte sostiene que la Constitución de Israel tiene naturaleza consuetudinaria. Si bien la Constitución está formada por una serie de actos parlamentarios, su condición de validez como normas constitucionales está definida por la costumbre. De este modo, una ley del Parlamento israelí será una norma constitucional en la medida que la costumbre jurídica le reconozca supremacía. "La Constitución es el reflejo de la experiencia nacional"³¹.

Ya al estar aquí, la Corte se atribuyó la defensa de la Constitución con la apelación a la regla de reconocimiento que ella misma había construido. Como la experiencia nacional confirmaba que Israel era un Estado de Derecho, el control judicial de constitucionalidad era parte de su mismidad.

Para dar forma a su argumento, Barak dio ejemplos que daban cuenta de la difusión de la justicia constitucional. Esto le permitió afirmar: "el siglo xx es el siglo de la justicia constitucional"³²; distinguiéndolo de la realidad europea del siglo xix, cuando los tribunales no estaban autorizados a declarar la invalidez de los actos institucionales.

En el caso de Israel, como no hay una Constitución que expresamente instituya la justicia constitucional, la Corte debía leer ese silencio según la experiencia nacional. Por tanto dijo: "parece que nuestra tradición jurídica nos exige concluir que el remedio contra una ley inconstitucional es su invalidación y que los tribunales han sido investidos con la autoridad para declarar tal invalidez. Tal como un reglamento que contradice una ley es nulo y su nulidad puede ser declarada por la Corte, lo mismo debe ocurrir cuando una ley ordinaria contradice una ley fundamental; la ley es nula y la Corte tiene el poder de declarar su nulidad"³³.

Como determinar la última regla de reconocimiento del sistema jurídico significaba decidir sobre el contenido de la Constitución, Barak necesitaba construir un justificativo material a favor de su

31 En *ob. cit.* en nota al pie 27, p. 105.

32 En *ob. cit.* en nota al pie 27, p. 109.

33 En *ob. cit.* en nota al pie 27 p. 108.

interpretación. Su argumento fue que la experiencia profesional, la objetividad y la independencia judicial hacían de los jueces los mejores capacitados para "reflejar los valores del Estado de Israel como un Estado judío democrático"³⁴. La necesidad de construir este argumento es consecuente con la teoría del reconocimiento, adoptada para abordar el caso. Dice Hart que los tribunales son competentes para decidir sobre la última regla de reconocimiento, y que "lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales, es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho"³⁵. En este sentido, la Corte veía en la experiencia profesional, la objetividad y la independencia judicial, demostradas en el grueso de los asuntos judiciales, las causas de su prestigio. Por tanto, que la Corte lo recordase expresamente significaba que se sentía autorizada para, excepcionalmente, introducir nuevo derecho en el sistema jurídico. Esto es, que a cambio de su incuestionable seguimiento a las reglas, la Corte se permitía un ejercicio de discreción judicial para decidir sobre la última regla de reconocimiento del sistema israelí.

3. La teoría liberal y la defensa de la constitución: justificación material

El contractualismo concibe que los hombres aislados anteceden a toda forma asociativa. Cualquier asociación es obra de su libre acuerdo. Su consentimiento lo somete a las instituciones políticas, que desempeñan un papel instrumental a su servicio. Llevado a la práctica, el contractualismo justificó la ruptura revolucionaria francesa (1789). Dio a sus ideólogos el argumento de cancelar el pasado y crear, de cero, un nuevo orden social. En cambio, en el caso inglés, justificó la restauración de las libertades perdidas a manos de la monarquía. La Revolución Gloriosa (1688) no reivindicó la fundación de un nuevo orden social, sino que retomó los principios de la Carta Magna (1215) violados por el absolutismo, como se constata en el *Bill*

34 En *ob. cit.* en nota al pie 27, p. 110.

35 HART, H.L.A.; en *ob. cit.* en nota al pie 28, p. 154.

of Rights (1689). Del mismo modo, la Declaración de Independencia de Estados Unidos (1776) reivindicó el derecho de los colonos de ejercer el mismo grado de libertad del que gozaban los ingleses; no aspiraba a cancelar el pasado³⁶.

Para los racionalistas o empiristas, las declaraciones constitucionales del siglo XVIII fueron contractualistas. Fundaron el derecho de rebelión y el acto de institución de los nuevos gobiernos en la ideología naturalista.

Dice Hume que el contractualismo arrastra una contradicción interna. "Supone que el consentimiento de los padres obligue hasta la más remota de las generaciones de sus hijos (lo que nunca sería permitido por los autores republicanos)"³⁷. En efecto, filósofos como Locke³⁸ y Rousseau, juristas como Pufendorf, escritores revolucionarios como Paine³⁹ y hombres de Estado como Jefferson⁴⁰, coinciden en prohibir a una generación regir el futuro de otras.

Al cuestionarse la naturaleza trascendente del acto constituyente se pone en duda el carácter vinculante de la constitución. Toma-

dos literalmente, Rousseau⁴¹ y Pufendorf⁴², dos teóricos liberales, coinciden con Bodin⁴³ y Hobbes⁴⁴, dos teóricos absolutistas, en la imposibilidad de sujetar el poder al derecho. Con esto, la justicia constitucional cae por su base.

Como sus decisiones invalidan las decisiones de los representantes electos, la justicia constitucional se presenta contrapuesta a la política de mayorías. Así, se dice con tono denunciatorio que la justicia constitucional instaura un "gobierno de los jueces", como queriendo decir que ya no sería el proceso político el que decida el destino de la sociedad, sino un tribunal irresponsable ante el electorado. Al respecto, dice Duverger: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes fue objeto de ciertas críticas. Se ha dicho que conduce a un gobierno de los jueces, puesto que transfiere la decisión suprema a éstos, quitándola de manos del Parlamento y

36 Cf. SARTORI, Giovanni; *¿Qué es democracia?* (1ª edición, Madrid, Taurus, 2003), p. 55.

37 HUME, David; *Of the Original Contract*; en *Essays. Moral, Political and Literary* (edición revisada, Indianapolis, Liberty Fund, 1985), p. 471. Hume también denuncia el carácter ahístico del contractualismo: "Casi todos los gobiernos que existen al presente o de los que la historia guarda recuerdo se han establecido originalmente con base en la usurpación o en la conquista o en ambas, sin ninguna pretensión de consentimiento o de sujeción voluntaria del pueblo". "Ese es todo el contrato original que pueden ostentar". "Mi intención no es excluir el consentimiento del pueblo como base para la fundación de gobiernos allí donde así se hayan establecido, que es con seguridad la mejor y más sagrada fundación. Sólo pretendo recordar que rara vez ha tenido lugar en algún grado y nunca en toda su expresión. Y que, por tanto, otras formas de fundación deben ser admitidas" (pp. 471 y 474).

38 "Cualquier acuerdo o promesa que uno haya hecho está en la obligación de cumplirlo, pero no se puede por ningún convenio obligar a los hijos o a la posteridad" (LOCKE, John; *Two Treatises of Government*, reimpresión, Londres, Everyman's Library, 1936, p. 176).

39 "Cada edad y generación debe ser tan libre de actuar por sí como lo fueron las edades y generaciones que la precedieron" (PAINE, Thomas; *The Rights of Man*, reimpresión, Nueva York, Major Writings, 1959, p. 251).

40 En una carta a Madison, fechada en 1789, Jefferson abordaba "la pregunta sobre si una generación tiene el derecho de obligar a otra". Respondió que "por las leyes de la naturaleza una generación es hacia otra lo que una nación independiente es a otra". Su argumento fue "que la tierra pertenecía a los vivos y no a los muertos". Años después, en una carta de 1816, repetiría lo mismo: "los muertos no tienen derechos, son nada" (JEFFERSON, Thomas; *Writings*, 1ª edición, Washington D.C., Library of América, 1984, pp. 959, 962, 963 y 1402).

41 Rousseau sostuvo que es "en sí mismo contradictorio que una autoridad soberana se obligue a ella misma", porque es "contrario a la naturaleza del cuerpo político que el soberano se auto imponga una ley que él mismo no puede transgredir", "en el Estado no hay ley fundamental que no pueda ser revocada, ni siquiera el contrato social" (ROUSSEAU, Jean-Jacques; *The Social Contract*, 1ª edición, New Heaven, Yale University Press 2002, pp. 7 y 18).

42 Para Pufendorf el pueblo tiene la misma posición como poder constituyente que ocupaba el monarca absoluto en la teoría de Hobbes. Por tanto, concluía que nada podía evitar que el pueblo soberano abrogase todas sus leyes fundamentales en cualquier momento: "Un hombre no puede obligarse él mismo ni a contratar consigo mismo o a prometerse algo que sólo a él le concierne. Quien obtiene por derecho una obligación es libre de renegar de ella si es que ello no daña a otra persona. En este caso, deudor y acreedor, es decir, quien obtiene un derecho y quien lo debe, son el mismo y, por ello, no importa cuánto un hombre trate de obligarse a sí mismo, todo será en vano, desde que puede liberarse de su obligación a su libre voluntad sin haber acarreado ninguna obligación de reparar, y el que puede hacer algo así es porque es libre" (PUFENDORF, Samuel; *De Jure Naturae et Gentium*, Nueva York, Clarendon Press, 1934, p. 1064).

43 "El príncipe soberano no puede estar obligado por las leyes u ordenanzas que él hace, porque si bien un hombre puede recibir una ley de otro hombre, es imposible por naturaleza que un hombre dé una ley para sí" (BODIN, Jean; *The Six Books of a Commonwealth*, reimpresión, Cambridge, Harvard University Press 1962, p. 92).

44 "El soberano de una república, sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes positivas. Teniendo poder para hacer y derogar las leyes, él puede cuando le plazca liberarse de tal sujeción con solo derogar aquellas que le incomoden y hacer unas nuevas y ser libre como lo era antes. Él puede ser libre cuando le plazca: no es posible para ninguna persona obligarse consigo misma, porque quien puede obligarse puede también liberarse y, por tanto, quien está solo obligado consigo mismo no está obligado" (HOBBS, Thomas; *Leviathan*, 1ª edición, Nueva York, Penguin 1968, p. 313).

el Gobierno. La objeción no es válida si los jueces se limitan a aplicar unos textos constitucionales relativamente claros. Pero si los jueces extrapolan mucho, se corre evidentemente el riesgo de que asuman un verdadero papel legislativo”⁴⁵.

Contraponer la justicia constitucional a la política de mayorías, es artificial y negatorio de la existencia de la constitución como norma jurídica. Habiendo una constitución, sólo es política de mayorías la que se ubica dentro de su marco. Por tanto, la justicia constitucional no se contraponen a la política, sino que las pretensiones (no puede ser llamado política lo que rebasa los límites constitucionales) se contraponen a la constitución. En un Estado de Derecho los conflictos políticos se resuelven intrasistémicamente, usando al poder como freno de sí mismo. Dice el *Federalista* 51: “¿A qué expediente recurriremos entonces para mantener en la práctica la división necesaria del poder entre los diferentes departamentos, tal como la estatuye la Constitución? La única respuesta que puede darse es que como todas las precauciones de carácter externo han resultado inadecuadas, el defecto debe suplirse ideando la estructura interior del gobierno de tal modo que sean sus distintas partes constituyentes, por sus relaciones mutuas, los medios de conservarse unas a otras en su sitio”⁴⁶. Tales relaciones mutuas son los frenos y contrapesos entre poderes. Este sistema es el que lleva al control jurisdiccional de los actos de los poderes constituidos. La justicia constitucional ejerce ese control con el rasero de la constitución, eso supone su aplicación, ergo, su eficacia. De la eficacia de la constitución depende que el Estado de Derecho sea un gobierno *sub lege*: un gobierno en el que los poderes constituidos sólo pueden hacer aquello para lo que son competentes. Del cumplimiento de esta premisa depende la eficacia de los derechos y garantías constitucionales, primera razón de ser del Estado de Derecho.

La idea de que la toga no puede corregir a la política no deja de estar presente, aunque más como expresión de una tradición lar-

gamente arraigada que como acto consciente del desmedro que conlleva para la fuerza vinculante de la constitución.

De hecho, en la propia Francia que afirmó que “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes establecida, no tiene Constitución” (artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano), la justicia constitucional no ha sido aceptada. La Constitución de la Quinta República (1958) prefirió un sistema de control que opera durante el proceso de formación de las leyes (hasta antes de su promulgación). Esta opción es el resultado de las teorías revolucionarias que conciben a la ley como expresión de la voluntad general⁴⁷, a modo de una derivación perfecta del contrato social. La sacralización de la ley impide su control constitucional, que sería un insulto al pueblo soberano, autor de la ley a través de sus representantes electos.

Tampoco en Estados Unidos la justicia constitucional se ha librado de la acusación de instaurar un gobierno de los jueces, a pesar de ser una democracia verdaderamente cimentada en la Constitución desde sus orígenes.

Por un lado, se pone en duda la fuente de legitimidad de la justicia constitucional. Dice Bickel que la justicia constitucional es “el poder de aplicar e interpretar la Constitución en contra de los deseos de una mayoría legislativa impotente de oponerse a la Corte”⁴⁸. Ya que las antinomias no son necesariamente evidentes (textuales o literales), nada impediría que la Corte Suprema tome la Constitución tal como fue interpretada por el Congreso. Lo contrario supondría usurpar la voluntad general del pueblo soberano. Según esta tesis, la justicia constitucional es una fuerza política contra mayoritaria.

Dworkin, en cambio, justifica la intervención de la Corte como parte del proceso democrático⁴⁹. Que la democracia americana funcione, supone que un cuerpo judicial políticamente irresponsable tome decisiones de política moral sobre los derechos en los que se

45 DUVERGER, Maurice; *Instituciones políticas y derecho constitucional* (5ª edición, Barcelona, Ariel, 1970), p. 243.

46 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John; en ob. cit. en nota al pie 4, pp. 219.

47 En la generalidad y abstracción que caracterizaban a las leyes liberales del siglo XIX se veía el límite al poder absoluto del legislador, tanto que ya en el siglo XX Duguit decía que la redacción general de las leyes reducía al mínimo el peligro de su injusticia.

48 BICKEL, Alexander; *The Least Dangerous Branch* (1ª edición, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962), p. 20.

49 Cf. DWORKIN, Ronald; *the Forum of Principle* (56 New York University Law Review, 1981), p. 516.

asienta el sistema constitucional. La justicia constitucional no es un veto sobre la política de mayorías, sino una pieza para el funcionamiento de la democracia.

En el mismo sentido, Rawls justifica el control de constitucionalidad como elemento que previene la erosión de la constitución, causada por la legislación de las mayorías circunstanciales o de una bien organizada minoría con habilidad para imponer sus intereses. Si la justicia constitucional cumple este papel, es incorrecto decir que sea antidemocrática: es contra mayoritaria respecto al derecho ordinario, pero no lo es respecto a la constitución, porque es la autoridad superior del pueblo la que autoriza el control de constitucionalidad⁵⁰.

Por otro lado, también se duda de la corrección racional de las decisiones constitucionales. Esta es la tesis de Waldron, que cuestiona la necesidad de la justicia constitucional en democracias como la americana⁵¹. Según sus hipótesis de trabajo (1) las instituciones democráticas están funcionando bien, incluyendo las legislaturas. (2) En lo que respecta al Poder Judicial, su funcionamiento también es bueno y, en general, es capaz de fallar con imparcialidad. (3) La sociedad civil está comprometida con la protección de los derechos individuales. Y (4) aunque existe consenso respecto a la protección de los derechos individuales, no existe consenso respecto a su contenido específico; tampoco existe consenso respecto a su determinación por métodos racionales. Esto lo lleva a concluir que (1) los tribunales no están mejor posicionados que las legislaturas para definir correctamente un derecho, ya que ambos están ante la misma tarea imposible, y (2) que si la tarea es racionalmente imposible, entonces la justicia constitucional no tiene sentido. La decisión de los tribunales se sostiene en su sola autoridad formal, no en su intrínseca corrección racional.

Fallón ha respondido a esto⁵². Su tesis se centra en los errores que los poderes públicos son más propensos a cometer. Mientras que los tribunales tienden hacia la sobreprotección de los derechos, las legislaturas tienden hacia su protección inadecuada, su violación o la devaluación de su contenido. El hecho de situarse frente a un caso concreto revela a los jueces la sensibilidad del presunto lesionado, como indicador del consenso social respecto al contenido de un derecho. A pesar de justificar el control de constitucionalidad en el diseño institucional de los tribunales, en su respuesta hay un argumento de filosofía moral. Y es que tanto los tribunales como las legislaturas deben estar prestos a proteger los derechos constitucionales, porque debe preferirse su sobreprotección a su desprotección.

Una justificación material de la justicia constitucional supone justificar materialmente el carácter normativo de la constitución. Las generaciones presentes están obligadas por la constitución porque representa el entendimiento fundamental sobre el que se erigen las sociedades modernas. Este entendimiento es (1) la concepción democrática de la política, (2) el sometimiento del poder al derecho y (3) la primacía de los derechos y garantías constitucionales. Esto es lo que se resume en el nombre Estado de Derecho. A través de la justicia constitucional las generaciones presentes son leales a este entendimiento, que es la esencia de su existencia presente y la condición para su existencia futura. Así entendido, el Estado de Derecho es lo que da contenido a la regla mayoritaria. Respecto de ésta, la justicia constitucional no es una fuerza contraria, sino su ejercicio. En esto tiene razón Sartori: "La democracia es el mandato de la mayoría si se entiende por mayoría que en la democracia se someten las decisiones a la regla mayoritaria. Pero no es el mandato de la mayoría si por ello se entiende y se pretende que gobierne el mayor número y que el menor número sea gobernado"⁵³. La tesis de la fuerza contra mayoritaria pierde de vista la concepción democrática de la política, para distraerse en la aritmética de la organización de los poderes públicos.

50 Cf. RAWLS, John; *Political Liberalism* (1ª edición, Nueva York, Columbia University Press, 1993), p. 233.

51 Cf. WALDRON, Jeremy; *The Core of the Case Against Judicial Review* (115 Yale Law Journal, 2006), pp. 1346-1406.

52 Cf. FALLON, Richard; *The Core of Uneasy Case for Judicial Review* (121 Harvard Law Review, 2008), pp. 1693-1736.

53 SARTORI, Giovanni; en ob. cit. en nota al pie 36, p. 130.

Por su propio carácter de norma fundacional, los textos constitucionales suelen ser indeterminados, dando un amplio margen de libertad a sus intérpretes para la discreción judicial. En el Estado de Derecho la fuente de legitimidad de la judicatura es la justificación de sus decisiones. Esto es lo que hace que la creación judicial del derecho no sea un poder arbitrario. La justicia constitucional es confrontada con el lugar común de acusar a los tribunales de no resolver según lo que dicen las constituciones, sino según lo que ellos dicen que las constituciones dicen. Tal acusación incide en la aceptación de las decisiones constitucionales, a pesar de su estabilidad formal.

Que la constitución tenga un texto indeterminado, significa que su interpretación se mueve dentro de un margen mayor de discreción judicial. Su indeterminación posibilita los cambios jurisprudenciales. Una característica técnica de todos los sistemas jurídicos, es que toleran un cierto margen de indeterminación. Como la aplicación de una norma supone una transferencia del poder de creación jurídica del órgano de producción al órgano de aplicación, cuando la norma es de texto indeterminado la transferencia es mayor, porque le corresponde al órgano de aplicación la especificación de los elementos indeterminados.

Llevada a la práctica, la justificación material de la justicia constitucional debiera evitar fricciones institucionales provocadas por eventuales excesos interpretativos. Que una norma sea inconstitucional significa que no hay duda razonable a favor de su constitucionalidad. Este es el principio de conservación de la norma. Para la teoría del derecho este principio se funda en la unidad del sistema jurídico; para la teoría política lo hace en la división de poderes. En el Estado de Derecho los poderes deben asumir como punto de partida que sus pares han querido dar cumplimiento a la constitución. Si el punto de partida fuese presumir la actuación inconstitucional, la división de poderes caería por su base. Si se sospecha de los poderes públicos para actuar con apego a la constitución, entonces la división del trabajo y la consecuente especialización que conlleva la separación de poderes carecería de sentido. Por tanto, en principio, debiera darse por descontado la aceptación de las decisiones constitucionales que respetasen el principio de conservación de la

norma. Este sería el *minimum* de corrección racional demandable a la justicia constitucional.

4. Críticas externas a la teoría de la democracia liberal

(a) Teoría de Schmitt

La crítica más vigorosa en su momento contra la justicia constitucional fue la de Schmitt. La Constitución Austriaca de 1920 introdujo, en el sistema jurídico de cuño romano germánico, el control de constitucionalidad, que para esa fecha ya estaba bien arraigando en el sistema americano (*judicial review*). Debido a la inexistencia de una tradición de respeto al precedente en la práctica judicial continental, se reservó para un único tribunal el control de constitucionalidad⁵⁴.

Kelsen fue el autor intelectual y primer presidente del Tribunal Constitucional de Austria. En 1928 publicó *La garantía jurisdiccional de la constitución*⁵⁵, que abriría su debate con Schmitt. Éste respondió en 1929 con *El Tribunal del Reich como guardián de la Constitución*, obra dedicada a demostrar la imposibilidad conceptual de la "solución austriaca", como él la llamaba. En 1931 presentó su tesis final en *El Guardián de la Constitución*⁵⁶, sosteniendo la competencia del Presidente del Reich en la materia. Para ello tomó como base el artículo 48 de la Constitución de Weimar (1919). Con esto, su argumento perdió terreno, por tratarse de una interpretación del derecho alemán vigente. En cambio, Kelsen mantuvo su argumento al nivel de una teoría general, aplicable por tanto a cualquier sistema jurídico. Finalmente, y también en 1931, Kelsen puso punto final a la discusión con *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*⁵⁷, reafirmandose en su modelo.

54 Kelsen, Hans; *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution* (4-2 The Journal of Politics, 1942), pp. 188-189.

55 Kelsen, Hans; *La garantía jurisdiccional de la constitución* (1ª edición, Cochabamba, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales/Kipus, 2006), p. 76.

56 Ambos ensayos están publicados en Schmitt, Carl; en *ob. cit.* en nota al pie 1.

57 Kelsen, Hans; *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* (reimpresión, Madrid, Tecnos, 2002).

Schmitt opuso contra la justicia constitucional argumentos de teoría del derecho y de teoría política. En el marco de la teoría del derecho, adujo que era conceptualmente imposible el control judicial de constitucionalidad. Argumentaba que (1) la decisión judicial consiste en la aplicación de normas, no en su enjuiciamiento; las normas son el fundamento de las sentencias, no su objeto (esto lleva a memorar un decreto de Graciano del siglo XII: “no corresponde al juez juzgar a las leyes sino según ellas”⁵⁸). (2) El contenido indeterminado de las normas constitucionales impide su aplicación judicial. Su texto abierto impide deducir una decisión ya incluida en él. Y (3) la aplicación de una norma supone hacerlo respecto de hechos. Es inconcebible la subsunción de una norma bajo otra.

Para la teoría pura estos argumentos no son problema. A las razones (1) y (3) la respuesta es la teoría formal del sistema de fuentes. Como toda norma es fundamento de validez de otra, la que hace de fundamento es superior a la norma que recibe validez de ella. Ergo, es lógicamente posible formular un juicio respecto a la correcta aplicación de la norma superior en el proceso de producción de la inferior. A la razón (2) la respuesta es la concepción de la interpretación como acto de voluntad, no de conocimiento. Que la disposición sea indeterminada significa que el órgano productor ha transferido la especificación de su contenido al intérprete. Esto no impide la deducción de una decisión judicial, sino que exige una argumentación cualitativamente mayor para justificar el significado jurídico de la disposición.

Respecto a sus argumentos de teoría política, su oposición se asienta en su particular concepción de la democracia. De ésta deriva su propuesta de un poder neutral como garante de la constitución.

Schmitt acusa a la democracia liberal de ser una democracia sin *demos*, una forma de organización de la legislatura antes que una forma de Estado. Dice que el individualismo y la división de poderes son principios apolíticos por restringir el poder estatal. Su concepción de la democracia es etnicista. El pueblo existe en la unidad étnica y cultural de la multitud. La esencia de lo político es

58 Cit. por NIETO, Alejandro; *Crítica de la razón jurídica* (1ª edición, Madrid, Trotta, 2007), p. 153.

la voluntad del pueblo de preservar sus propiedades distintivas y su unicidad. De aquí deriva que los miembros que no comparten la homogeneidad del pueblo están conceptualmente excluidos de él. Sus derechos políticos no son iguales.

Dado este paso, el siguiente es oponerse a la forma de representación liberal. Schmitt reconoce que en la democracia de masas, el grado alcanzable de autenticidad y congruencia en la voluntad del pueblo tiene que lograrse a través de la representación. Pero no por medio de la representación liberal, sino por una representación simbólica de las cualidades esenciales del pueblo. Esta representación la ejerce la persona con la capacidad de expresar la verdadera identidad popular. De esta manera, su concepto de representación democrática acaba siendo una racionalización del autoritarismo. Para él, la verdadera dictadura sólo puede tener un fundamento democrático. La dictadura es un tipo de democracia si el dictador encarna exitosamente la identidad del pueblo⁵⁹. Llegado aquí, el último paso fue investir al Presidente del Reich con el concepto de poder neutral de Constant: poder neutral es el que corresponde al Jefe del Estado, y es tal porque su fuerza no está a nivel de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sino sobre ellos, pues su tarea consiste en ponerlos “en su lugar” cuando se “cruzan, colisionen o estorben”⁶⁰.

(b) Teoría de Rousseau

La expresión poder negativo, al parecer acuñada por Catalano, expresa el poder político del ciudadano para contraponerse democráticamente al gobierno. Rousseau lo describe como el “poder que nada puede hacer y todo puede impedir”⁶¹. Por un lado, el poder negativo podría ejercerse directamente por el pueblo en circunstancias de lucha política. El concepto sería la premisa del derecho a la

59 Cf. SCHMITT, Carl; *The Liberal Rule of Law*, en JACOBSON, Arthur – SCHLINK, Bernhard (editores), *Weimar, A Jurisprudent of Crisis* (1ª edición, Los Ángeles, University of California Press, 2000), pp. 294 y ss.

60 CONSTANT, Benjamín; *Principios de política aplicables a todos los gobiernos representativos*, en *Escritos políticos* (1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989), pp. 21 y ss.

61 Cf. CATALANO, Pierangelo; *Un concepto olvidado: Poder negativo* (LXXX-3 Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1980), p. 242.

resistencia o la huelga. Por otro lado, también podría institucionalizarse, a modo de una garantía constitucional no jurisdiccional.

Rousseau pensó que un tribunalado “prudentemente moderado” sería el apoyo más firme de una constitución⁶². Al parecer, en este punto Rousseau no venía solo, pues atisbos similares también habrían en Maquiavelo, Mariana, Robespierre y Fichte⁶³. Habría sido en sus comentarios críticos a los eforatos⁶⁴ imaginados por Fichte, que Hegel distinguió entre el poder efectivo (patente) y el poder posible (latente). Mientras que el primero es ejercido por los poderes constituidos, el segundo es manifestación abstracta de la voluntad general de los pueblos. Esto le permitió concluir en la imposibilidad conceptual de institucionalizar el poder posible, a la vez que mantener su carácter negativo. Una vez institucionalizado, el poder posible no sería expresión dormida de la voluntad popular, sino ejercicio del poder del gobierno, una forma más de ejercitar el poder efectivo⁶⁵.

Por remontar sus raíces hasta la organización política romana, Catalano denomina “romanidad resucitada” a los intentos modernos de institucionalizar el poder negativo. Según él, un ejemplo de romanizada resucitada sería la Constitución boliviana de 1826⁶⁶,

62 “Cuando no se puede establecer una proporción exacta entre las partes constitutivas del Estado o cuando causas indestructibles alteran sin cesar las relaciones, entonces se instituye una magistratura particular que no forma cuerpo con las demás, que vuelve a situar cada término en su verdadero relación y que constituye un enlace o término medio, bien entre el príncipe y el pueblo, bien entre el príncipe y el soberano, bien ambas cosas a la vez si es necesario”. “Este cuerpo al que llamaría tribunalado, es el conservador de las leyes y del poder legislativo. (...)”. “El tribunalado no es una parte constitutiva de la ciudad y no debe tener parte alguna en el poder legislativo ni en el ejecutivo, pero ahí radica precisamente que su poder sea mayor, porque, aunque no puede hacer nada, puede impedirlo todo”. “El tribunalado, prudentemente moderado, es el apoyo más firme de una buena constitución; pero, por poca fortuna que tenga de más, lo echa todo abajo; la debilidad no está en su naturaleza, y con tal que sea algo, nunca es menos de lo que debe ser” (ROUSSEAU, Jean-Jacques; *El contrato social*, 1ª edición, Madrid, Edimat, 1999, pp. 166-168).

63 Todos ellos citados por Catalano (cf. en ob. cit. en nota al pie 92).

64 Existieron éforos en Esparta. Su función era brindar respaldo a los reyes en tanto que éstos respetasen las leyes.

65 La crítica de Hegel es mencionada por DE VEGA, Pedro; *Democracia, representación y partidos políticos* (2 Pensamiento Constitucional, 1995), p. 18.

66 Cf. CATALANO, Pierangelo; *Principios constitucionales bolivianos: origen y actualidad* (2 El nuevo Derecho Constitucional latinoamericano, 1996), pp. 548-557.

dada la filiación rousseauiana de su redactor, Bolívar. Habrían sido expresión del poder negativo (1) el Poder Electoral, desempeñado “inmediatamente por los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada ciento un elector” (artículo 20). (2) El Poder Legislativo de tres cámaras (tribunos, senadores y censores), que “emana inmediatamente de los cuerpos electorales nombrados por el pueblo” (artículo 27). Y (3) la Cámara de Censores, atribuida de velar por el cumplimiento de la Constitución, acusar ante el Senado las infracciones del Ejecutivo y pedir la suspensión del Vicepresidente y de los Ministros de Estado “si la salud de la República lo demandare con urgencia” (artículo 51).

Dice Catalano que los censores no deben confundirse con el defensor del pueblo⁶⁷. Es cierto que en Roma la censura fue cosa distinta al defensor del pueblo. Pero eso obliga a preguntarse si fue un caso de institucionalización del poder negativo. Al parecer no.

La censura apareció con la introducción de los Comicios Centuriales. A partir de Servio Tulio la representación política se basó en el patrimonio. De ahí que fuese necesaria una institución que levantase los datos estadísticos sobre la fortuna de los romanos. Esa era la labor de los censores. En el cumplimiento de sus funciones los censores podían emitir juicios morales sobre la conducta de sus entrevistados. En estos casos su autoridad no devenía del derecho positivo, sino de la moral. No se trataba, por tanto, del ejercicio de un poder institucionalizado. Que los censores hubiesen personificado la moralidad romana fue consecuencia espontánea de que conociesen la situación personal y patrimonial de sus entrevistados. Por ello que en su escala moral importasen los intereses del ciudadano en cuanto que contribuían a la grandeza de la sociedad romana⁶⁸. Prueba de esto son los ejemplos que da Ihering. Merecía reprobación moral el celibato, pues la sociedad necesitaba de nuevas generaciones para asegurar su existencia. También eran pasibles de censura el desorden en las faenas de la agricultura o la prodigalidad, ya que

67 CATALANO, Pierangelo; en ob. cit. en nota al pie 61, p. 241.

68 Cf. VON IHERING, Rudolph; *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo* (1ª edición, Granada, Comares, 1998), pp. 322 y ss.

el bien de la sociedad sólo se aseguraba si cada hombre honraba sus deberes como propietario.

La Constitución dedica uno de sus títulos a la “sociedad civil organizada”, que podría verse como un intento de institucionalización del poder negativo. En forma distinta a la democracia representativa, el pueblo soberano “[participaría] en la toma de decisiones de las políticas públicas”, “[ejercería] el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado” (artículo 241), “[presentaría] informes que fundamenten la solicitud de la revocatoria de mandato” y “[conocería y se pronunciaría] sobre los informes de gestión de los órganos y funciones del Estado” (artículo 242).

Connatural al intento de institucionalizar la sociedad civil, es que la misma se desnaturalice como fuente de poder posible. Cuanta mayor institucionalidad se brinde al ejercicio del poder negativo de la sociedad, menos poder negativo es, y, por tanto, menos poder genuinamente social. Al asimilarlo al aparato oficial, pasa a ser más bien un poder efectivo. Siempre que sea desde el Estado que se organice a la sociedad civil, fortalecerla es debilitarla, y afirmarla, negarla. Aquí lleva la razón Sartori: “Para que el pueblo tenga poder (en serio), la condición irrenunciable es que el pueblo impida cualquier poder ilimitado. Esta condición debe ser mantenida intransigentemente, cualquiera que sea la maximización esperada para atribuir al pueblo más poder. En términos de *feedback monitoring*, esto quiere decir que el principio todo el poder al pueblo se debe transformar, poco a poco, en el principio todo el poder a ninguno”⁶⁹.

69 SARTORI, Giovanni; en ob. cit. en nota al pie 36, p. 80.