

Sobre la pertinencia del control jurisdiccional de constitucionalidad: algunos comentarios críticos¹

On the pertinence of judicial review: some critical comments

Por RAMÓN RUIZ RUIZ
Universidad de Jaén

RESUMEN

Es cierto que la amplia discrecionalidad de la que gozan los jueces a la hora de aplicar el Derecho es difícilmente eludible, pero también lo es que implica algunos riesgos para principios tan básicos como el de igualdad, el de seguridad jurídica o incluso el de separación de poderes. Y estos riesgos son aun mayores en el caso de la justicia constitucional como consecuencia de su potestad para imponer su propia interpretación no solo de la Constitución, sino también de la legislación sometida a su jurisdicción. Ante tal panorama, en este artículo se analizan las causas de tal discrecionalidad y los riesgos que comporta y se plantea la necesidad de articular mecanismos para moderarla con la finalidad de que la voluntad que se plasme finalmente en la legislación sea la de los ciudadanos y no la de los tribunales.

Palabras clave: *Interpretación jurídica, discrecionalidad judicial, separación de poderes, control de constitucionalidad.*

¹ Esta publicación se ha realizado en el marco del Programa Consolider 2010 «El tiempo de los derechos» (HURI-AGE).

ABSTRACT

It is true that the wide discretion enjoyed by judges when applying the law is difficult to avoid, but it is also true that it implies some risks for such basic principles as equality, legal certainty or even separation of powers. And these risks are even greater in the case of constitutional courts because of their power to impose their own interpretation not only of the Constitution, but also of the statute law. So, this article analyzes the causes and risks of such a discretion and proposes to create tools so that the will which finally is translated into legislation is that the citizens and not of the courts.

Key words: *Legal interpretation, Judicial discretion, Separation of powers, Judicial review.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.—2. SOBRE LA DISCRECIONALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—3. SOBRE EL CONTROL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: ON JUDICIAL DISCRETION.—2. ON THE DISCRETION OF THE CONSTITUTIONAL COURT.—3. ON THE CONTROL OF JUDICIAL REVIEW.

1. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Es común, todavía hoy, entre los no juristas —y aun entre algunos que sí lo son—, creer que cuando un tribunal interpreta una norma y dicta una sentencia en virtud de tal interpretación no está haciendo otra cosa que poner de manifiesto el verdadero significado de esa norma; es decir, que no está añadiendo nada a la norma, sino revelando su auténtica significación, que lo que aplica al caso no es más que la ley en sí misma y no su interpretación de la ley, que, en definitiva, no está actuando más que como el instrumento que pronuncia las palabras de la ley². Sin embargo, esta percepción de la actividad judi-

² Se trata de una creencia muy útil, porque, como escribe Martínez García, «la jurisprudencia tradicional se servía de la ficción de univocidad para mantener el ideal de la seguridad jurídica» (MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Derecho e incertidumbre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, p. 106). Y de modo similar, señala Devlin que los propios jueces afirman que, en ocasiones, les gustaría decidir de forma distinta, pero que el Derecho no se lo permite, al ser tan vinculante para ellos como para los litigantes, y que si se alejan de la ley y toman sus propias decisiones, incluso si en sustancia son justas, sacrifican la apariencia de imparcialidad que proporciona la sujeción al Derecho. Se trata, por tanto, de una ficción útil, porque la parte perdedora

cial es actualmente minoritaria entre la doctrina, consciente de que «la interpretación jurídica no es un proceso maquinal en el que se «descubre» lo que la ley dice, sino una actividad creadora que presta a la fórmula de la ley una dimensión de la que carecía sin ella; se suele decir, incluso, que no hay norma sin interpretación»³.

Así opinaba el propio Kelsen cuando escribía que «si por interpretación se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el Derecho por interpretar y, por tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco». Por lo tanto –continúa nuestro autor– «la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, sino a varias, todas las cuales [...] tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo», toda vez que –concluye– «no existe genéricamente ningún método según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el «correcto»⁴.

Por tanto, el juez tendrá la capacidad de elegir, entre estos diversos significados, el que le parezca más adecuado al caso que tiene entre manos. Y si a esta evidencia añadimos el hecho de que el Derecho no es pleno, que tiene lagunas, que las leyes no responden a todas las preguntas, y que los jueces han de decidir a veces sin disposiciones previas, aplicando normas no previstas por el legislador, podemos concluir que los jueces no pueden ser considerados como meros aplicadores del Derecho, sino también como creadores del mismo, al menos en algunos sentidos y supuestos.

Es indudable, por tanto, que en nuestros días el juez –y, especialmente, el juez constitucional, al que prestaré especial atención en estas páginas– goza de una importante discrecionalidad. Señala en este sentido Añón Roig⁵ que hay quienes opinan que la discrecionalidad es un aspecto a la vez central e inevitable del Derecho. Central porque los sistemas jurídicos contemporáneos distribuyen cada vez más poderes expresos de decisión a funcionarios y operadores jurídicos con objeto de realizar los objetivos legislativos de carácter más general; inevitable porque el paso de las normas a la acción, de la abstracción a la realidad, implica sujetos que interpreten, realicen y adopten decisiones. Y esta discrecionalidad se da en todas aquellas

en un proceso pensará que el mazazo se lo ha dado la ley misma, que es igual para todos, no el juez, por lo que no albergará un sentimiento de injusticia individual; «¡y cuántos litigantes derrotados han aliviado sus heridas con el pensamiento de que el Derecho es un cretino!» (vid. DEVLIN, «Judges and Lawmakers», *The Modern Law Review*, vol. 39, núm. 1, 1976, p. 4).

³ FERRERES, V. y XIOL, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 31.

⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, U.N.A.M., México D.F., 1986, pp. 351-352.

⁵ Vid. AÑÓN ROIG, M. J., «Notas sobre discrecionalidad y legitimación», *Doxa*, vol. 15/16, 1994, p. 902.

áreas en las que se confiere un poder de decisión y donde en mayor o menor medida ese poder puede determinar también los criterios de acuerdo con los cuales se ejerce un abanico de competencias.

Y puede ser cierto también, como sostiene Martínez García⁶, que la flexibilidad del Derecho se encuentra en relación inversa con el de seguridad jurídica y, no obstante, esta incertidumbre es necesaria porque, gracias a ella, se dejan abiertas cuestiones que, dada nuestra incapacidad para anticipar el futuro, no pueden resolverse razonablemente de antemano, sino solo cuando se presentan. La incertidumbre, así, sería inevitable, y aun aconsejable, ante una realidad que se está transformando constantemente y que necesita un sistema jurídico dotado de fluidez y flexibilidad, capaz de realizar compromisos relativos y transitorios entre estabilidad y cambio; lo que se precisa es saber afrontarla conscientemente y con destreza.

No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica porque, como advierte Malem Seña, en la medida en que los jueces tengan discrecionalidad, los cauces para que trasladen sus preferencias idiosincráticas a sus decisiones permanecen, en mayor o menor sentido, abiertos, toda vez que la interpretación es una actividad creativa sujeta a las veleidades ideológicas –en un sentido amplio– del intérprete, lo que podría comportar que las decisiones judiciales pudieran ser diferentes en casos similares, ya que dependerían de aspectos personales del juzgador⁷.

Se suele aducir, sin embargo, que existen diversos mecanismos para limitar los efectos de tal discrecionalidad. El primero de ellos sería la exigencia de la motivación de las decisiones judiciales, lo cual implica que estas deben ser justificadas, es decir, han de estar avaladas por razones. Señala en este sentido, nuevamente, Malem⁸ que la finalidad de la motivación es tanto endoprocésal como extraprocésal. Desde el punto de vista endoprocésal, la motivación trata de evitar la arbitrariedad, ofrece razones a las partes que participaron en el proceso y facilita el control de la actividad jurisdiccional, al dotar de argumentos para los recursos. Desde una perspectiva extraprocésal, la

⁶ Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Derecho e incertidumbre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, pp. 106-107.

⁷ Vid. MALEM SEÑA, J. F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 251. En esta misma línea, escribe Ruiz Miguel que «la independencia judicial se expresa en dos notas habitualmente atribuidas a la magistratura: la apoliticidad y la inamovilidad. La apoliticidad es sin lugar a dudas una pretensión ideológica imposible de realizar a la letra, pues salvo que escindamos al juez de una parte humana y otra profesional será difícil encontrar verdaderos desinteresados de las cosas públicas, que es el significado más general de lo político» (RUIZ MIGUEL, A., «Creación y aplicación en la decisión judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1984, p. 27).

⁸ Vid. MALEM SEÑA, J. F., *El error judicial y la formación de los jueces*, cit., p. 252.

motivación de las decisiones judiciales es una muestra de la responsabilidad del juez que ofrece las explicaciones y razones de su decisión, cumpliendo una tarea de pedagogía social y contribuyendo así a aumentar la confianza del ciudadano. Y sobre todo la motivación señala la sumisión del juez a la Constitución y a la ley⁹.

Pero la duda que surge, llegados a este punto, es qué hay que entender por una «decisión judicial racionalmente justificada». Así, es habitual señalar que el razonamiento judicial es racional si el paso de las premisas a la conclusión tiene lugar de acuerdo con las reglas del razonamiento lógico, el cual tradicionalmente se ha identificado con la aplicación del silogismo judicial. Ahora bien, como señala Iturralde¹⁰, el recurso al silogismo exclusivamente puede ser criticado por varias razones.

En primer lugar, porque algunos afirman que el silogismo no agota el razonamiento judicial puesto que representa solo el *iter* que el juez sigue para alcanzar la decisión, pero no comprende la actividad esencial del juez a través de la que este llega a fijar las premisas empleadas para tal fin, lo cual es esencial. Y, ciertamente, en muchas ocasiones podemos encontrarnos con normas jurídicas en conflicto, o con falta de normas aplicables al caso, por lo que no es posible usar el razonamiento silogístico para determinar la norma aplicable, con la consiguiente indeterminación acerca de qué norma ocupa el lugar de premisa mayor. A lo que hay que añadir el problema que «puede expresarse como sigue: «todos los S son P», pero la cuestión esencial es precisamente si la conducta del demandado o acusado es S; en otras palabras, el problema es de clasificación, de otorgar una cualificación jurídica a los hechos reales, más que de deducción»¹¹.

Pero, lo que es más relevante, puede sostenerse que la teoría del silogismo proporciona una explicación inadecuada e inexacta de la manera en que los jueces realmente deciden los casos, toda vez que – se arguye– su metodología ha sido y continúa siendo claramente no deductiva. Y así lo reconocía, por ejemplo, el famoso magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Benjamin Cardozo, quien comentaba con la mayor sinceridad en su libro *The Nature of The Judicial Process*, cómo resolvía los litigios sometidos a su conocimiento: en términos generales, él no seguía ningún método de interpretación específico, lo que hacía primero era buscar la solución que le parecía justa y después se preocupaba de ver cuál de los métodos de

⁹ Como afirma el Tribunal Constitucional, «si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por lo tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de la voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, sino una decisión razonada en términos de derecho» (STC 131/2000, de 16 de mayo).

¹⁰ Vid. ITURRALDE, V., «Sobre el silogismo judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1991, p. 247.

¹¹ *Ibidem*, p. 249.

interpretación podía servir para justificar la decisión que ya de antemano había tomado¹².

Nos encontramos, en definitiva, ante una situación, a mi juicio, preocupante, porque no es solo los principios de igualdad y de seguridad jurídica lo que está en juego, sino algo más. No podemos olvidar que los jueces cumplen una importante función de promotores de la confianza colectiva en el Derecho, en el sistema, en las instituciones. Y esto es así porque –convengo con Barragán¹³– las sentencias de los jueces no solo son piezas formales protegidas por el principio de legalidad, sino que constituyen el vehículo mediante el cual se procura que agentes sociales que tienen intereses muy diferentes, y aun antagónicos, logren construir un espacio de convivencia colectiva. Por ello, estas decisiones, además de ser técnica y jurídicamente correctas, deberían estar basadas en la aceptación de un código de valores socialmente aceptado como correcto. En definitiva, es necesario que las decisiones judiciales transmitan de manera eficiente una sensación de corrección normativa, de transparencia decisional y de mecanismo eficaz de resolución de los conflictos, al punto de que sean aceptables aun por quienes no han resultado favorecidos por la decisión.

2. SOBRE LA DISCRECIONALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Pero esta gran discrecionalidad de la que goza el juez ordinario –con frecuencia necesaria, pero que tantos riesgos comporta– se hace aún más evidente –a la vez que trascendente– en el caso del juez constitucional debido, fundamentalmente, a la llamada «rematerialización de la Constitución» y al consiguiente abandono del modelo decimonónico que la concebía como la regulación jurídica del poder político y de la creación del Derecho y, en consecuencia, básicamente conformada por normas de competencia y de procedimiento –esto es, por lo que la teoría constitucional suele llamar «parte orgánica» de la Constitución–, en tanto que las declaraciones de derechos y otras disposiciones materiales se consideraban jurídicamente irrelevantes.

Este sería el modelo de Constitución propuesto por Kelsen¹⁴, quien la identifica con un conjunto de reglas sobre la creación de las normas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y sobre el procedimiento de la legislación, excluyendo, idealmente, normas de

¹² Vid. RECASÉNS, L., *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1962, p. 550.

¹³ Vid. BARRAGÁN, J., «Decisiones judiciales y desempeño institucional», OROZCO, J. J., VÁZQUEZ, R. y MALEM, J. F. (comps.), *La función judicial: ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 194.

¹⁴ Vid. KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 142 y 143.

contenido material que establezcan principios, directivas y límites al contenido de las futuras leyes. Evidentemente, Kelsen reconocía que, de hecho, las constituciones contienen también cláusulas de este tipo, pero opinaba que el alto grado de indeterminación que presentan estas normas —«estos principios, a los que nadie, a pesar de todos los esfuerzos que a ello se han dedicado, ha podido hasta ahora dotar de un contenido medianamente unívoco», escribía— hace que solo quepa entenderlas como expresiones carentes de significado jurídico que consagran espacios demasiado abiertos a la discrecionalidad. De ahí que resultara equivocado para Kelsen interpretar las disposiciones de la Constitución sobre «la equidad, la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad, etc.», como directivas relativas al contenido de las leyes, y más aun emplearlas como criterio para enjuiciar su constitucionalidad, puesto que «al faltar una precisión del contenido de estos valores, [...] tanto el legislador como los órganos de ejecución de la ley están autorizados para llenar discrecionalmente el espacio que les dejan la Constitución y la ley»¹⁵.

Lo contrario implicaría un impropio desplazamiento de poder del Parlamento a favor del Tribunal Constitucional —por ello aconsejaba, con el fin de evitar tal desplazamiento, que se evitaran este tipo de contenidos y, en todo caso, que se formularan del modo más preciso posible—. La finalidad de este Tribunal, conforme a tal modelo, se limitaría a verificar un juicio abstracto de normas donde quedase excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y de la ideología¹⁶.

¹⁵ Y añadía: «Sin embargo, estas mismas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada, porque ello no podría ser así más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, es decir, si indicara un criterio objetivo cualquiera. [...] la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible» (ibídem).

¹⁶ En buena medida, el rango definidor del sistema kelseniano residía —como señala Marina Gascón—, en la estricta exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referentia fáctica: la Constitución y la ley. El Tribunal Constitucional venía a representar, así, un intento de recuperación de unas dosis de racionalidad: de un lado porque pretendía garantizar la supremacía de la Constitución sin comprometer la libertad política del Parlamento; de otro, porque asumiendo las enseñanzas del antiformalismo, quiso recuperar uno de los ideales de la filosofía iluminista y de la codificaciones, cual es el de la aplicación «lógica» y controlable del Derecho (vid. GASCÓN ABELLÁN, M., «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, p. 63).

No obstante, lejos de atender las recomendaciones de Kelsen¹⁷, las mayor parte de las constituciones promulgadas a lo largo del siglo pasado siguieron la senda iniciada por la de Weimar, entre otras, acentuando la presencia de contenidos valorativos expresados en su mayoría en un lenguaje deliberadamente impreciso, lo cual se justifica, a juicio Sánchez González, por las siguientes razones: «a) la generalidad inherente a toda norma destinada a organizar la vida política de un pueblo que, a su vez, contiene un conjunto de normas; b) la pluralidad de ideologías e intereses presentes en su texto; c) la utilización de términos que no son, propiamente hablando, técnico-jurídicos; y d) la dificultad inherente a la regulación de la dinámica política y de los derechos fundamentales»¹⁸.

Y va a ser este lenguaje necesariamente vago el que se va a constituir como parámetro de validez material de las normas, en manos de un Tribunal Constitucional facultado para atribuirle un significado concluyente del que se va a valer para decidir si el significado atribuido por el legislador está jurídicamente justificado¹⁹.

Sin embargo, este proceso no es ni tan sencillo ni tan neutro como a veces se nos quiere hacer creer. Así, por ejemplo, en el caso *United States v. Butler*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sostuvo la siguiente tesis: «Cuando una ley del Congreso es debidamente impugnada ante un tribunal, el deber del tribunal es compararla con el artículo constitucional invocado y decidir si se conforma a dicho artículo»²⁰. Sin embargo, como nos recuerdan Mendonca y Guibourg, esto es, obviamente, una sobresimplificación ingenua del mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes en la gran mayoría de los casos, dado que muy rara vez la inconstitucionalidad de una ley aparece demostrada por un mero examen superficial²¹.

Lo cierto es que el control de constitucionalidad no se lleva a cabo comparando, simplemente, los artículos o textos legales con los constitucionales, sino mediante el cotejo de las normas que tales artículos expresan, de acuerdo con determinada interpretación. Esto es, cuando el juez constitucional juzga la constitucionalidad de una norma, lo que está haciendo es, ni más ni menos, que un juicio de contraste entre dos textos, la Constitución y la ley, con el propósito de apreciar si las normas que se expresan en la segunda son compatibles con el sistema de

¹⁷ Vid. LOPERA MESA, G. P., «La aplicación del Derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados», *Cuadernos de Investigación*, núm. 16, 2004, p. 51.

¹⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 12/13, 2003, p. 28.

¹⁹ Vid. BARRANCO AVILÉS, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 98.

²⁰ «When an Act of Congress is appropriately challenged in a Court, it is the duty of the court to compare it with the article of the Constitution which is invoked and decide whether it conforms to that article» [297 US, 1 (1936)].

²¹ Vid. MENDONCA, D. y GUIBOURG, R. A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 152.

normas que se expresan en la primera, lo que demanda no sólo la interpretación de la Constitución, sino algo más, la interpretación del ordenamiento legal.

En esta línea, Gargarella escribe que los jueces llevan a cabo mucho más que una «mera lectura» de la Constitución, pues en algunos casos «incorporan» al texto soluciones normativas que no estaban –al menos explícitamente– incorporadas al mismo. Ilustra su aseveración con el ejemplo de «situaciones tan ajetreadas y conflictivas como la referida al aborto: la mayoría de las constituciones no dicen absolutamente nada acerca del aborto –como no dicen nada acerca de infinidad de otras cuestiones, escapándose (razonablemente) al riesgo de desarrollar una Constitución extensísima–, pero la mayoría de los jueces asumen –en ese caso, como en tantos otros– la tarea de «desentrañar» posibles respuestas a tales dilemas, residentes en los intersticios de la Constitución». Los jueces, entonces –continúa Gargarella–, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: la de reemplazar a los legisladores –a la voluntad ciudadana, en general– en la resolución de cuestiones fundamentales. En «el ejemplo en cuestión, nótese, una minoría de jueces decide en nombre y en lugar del resto de la ciudadanía, qué es lo que deber hacerse en materia de política abortista»²².

Podemos, así, concluir que el control de constitucionalidad es, sin lugar a dudas, un control político y, cuando se impone frente a otros órganos del poder contiene, en toda su plenitud, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen semejante derecho de control, dejan de ser meros órganos de ejecución de decisiones políticas y se convierten, por derecho propio, en órganos de poder²³. Se hacen así realidad los temores de Kelsen: los tribunales constitucionales de nuestro tiempo han acabado por desplazar, al menos en cierto sentido, a los parlamentos como órganos últimos de decisión. Concretamente, escribía Kelsen al respecto lo siguiente:

«[...] No es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por motivo de

²² GARGARELLA, R., «La dificultad de defender el control constitucional de las leyes», *Isonomía*, núm. 6, 1997, p. 29. Y añade que «[...] pero es que incluso en los casos aparentemente más claros se tornan relativamente imprecisos frente a casos concretos y exigen un difícil proceso interpretativo (la libertad de expresión [...] ¿hasta dónde llega?)».

²³ Vid. MENDONCA, D. y GUIBOURG, R. A., *op. cit.*, p. 149. Se trataría, entonces, de un juicio que es a la vez jurídico y político, toda vez que la disposición que se contrasta contra la Constitución, la ley, «viene revestida de una especial dignidad en tanto ha sido aprobada por un órgano democrático ampliamente representativo y popularmente elegido» (DUQUE SANDOVAL, Ó. y FREDDYUR TOVAR, L., «Constitucionalismo y control judicial: entre la incertidumbre y la esperanza», en DUQUE SANDOVAL, Ó. y FREDDYUR TOVAR, L. (comps.): *Justicia constitucional y democracia en el siglo XXI*, Memoria del Primer Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Occidente (Cali, Colombia) y Universidad Carlos III de Madrid (España), 2009, p. 15).

ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de este tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de la justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político»²⁴.

Se ha llegado a sostener, por tal motivo, que la revisión judicial constituye una anomalía del régimen democrático, desde el momento en que el control de las leyes (emitidas por órganos del poder establecidos democráticamente) es ejercido por un tribunal que no ha sido directamente elegido por el pueblo. Además, ni siquiera hay garantía absoluta acerca de la corrección de las decisiones, pues los Tribunales Constitucionales no están libres de abusar políticamente de su poder, frustrando o anulando decisiones de los órganos, elegidos y controlados por el pueblo.²⁵ Estaríamos así, ante lo que Alexander Bickel denominó la *dificultad contramayoritaria*, afirmando que «cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una ley o una acción de un ejecutivo electo, frustra la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría imperante sino en su contra»²⁶.

Podemos, en vista de lo anterior, llegar tan lejos como afirmar que tal situación «tiene consecuencias importantes en lo que afecta a la concepción de la división de poderes, que ahora sufre una reformulación, toda vez que el legislador ya no es soberano: está sometido a la Constitución y a un órgano específico que controla, desde el punto de vista de su constitucionalidad, sus decisiones normativas»²⁷. Pero, sobre todo, parece preocupante que tamaño poder esté en manos de un órgano que carece de legitimidad democrática directa.

²⁴ Kelsen, H., *op. cit.*, pp. 142-143.

²⁵ Señala en este sentido Aguilera Portales que, aparentemente, «podemos manifestar que el constitucionalismo moderno liberal ha sido esencialmente antidemocrático, en el sentido de querer poner límites al poder político sin pretender usurparlo, pero teniendo como referencia última de protección constitucional el marco de derechos fundamentales y libertades públicas; en este sentido, una Constitución no es más que un recurso para limitar el poder de todo gobierno democrático» (AGUILERA PORTALES, R. E., «El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11, 2011, p. 11).

²⁶ BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962 pp. 16-17.

²⁷ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 100.

Ante tal evidencia, podemos preguntarnos, con Tropper, «¿se conforma al principio democrático que los procesos no sean resueltos por el pueblo, sino por jueces?»²⁸. Y, en la misma línea, con Linares, «¿qué justifica que unos jueces que no son elegidos por el pueblo –y que por tanto no rinden cuentas ante él– tengan autoridad para invalidar las leyes del Congreso? ¿qué razones tenemos para pensar que los desacuerdos en la interpretación del texto constitucional deban ser resueltos con carácter final por un grupo de jueces que no representan a nadie?» O, expuesto a la inversa, «¿qué justifica que existan asuntos –como, por ejemplo, los derechos contenidos en una Constitución– sobre los cuales las mayorías no pueden decidir o, al menos, no tengan la última palabra?»²⁹.

Son varias y variadas las respuestas que se han dado a estas preguntas, siendo una de las más conocidas la que proporcionaba *Publius* –Alexander Hamilton, James Madison y John Jay³⁰– a aquellos que criticaban que en la nueva Constitución federal para el conjunto de los recientemente independizados Estados Unidos de América, cuya ratificación se estaba debatiendo, se incluyera la institución de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, en virtud de la cual –aducían éstos– el poder judicial se colocaría por encima del legislativo. La justificación que se expone en *El federalista* de esta potestad del Poder Judicial –que con el tiempo se calificó como «originalismo»– partía de la idea de que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislativo con la finalidad fundamental de hacer que éste se mantenga dentro de los límites asignados a su autoridad sin vulnerar la de aquél que, al fin y al cabo, es el soberano. Ahora bien, la autoridad y la voluntad suprema del pueblo se expresan en la Constitución, por lo que si el Congreso legisla contra el texto fundamental, en realidad lo está haciendo contra la voluntad popular, por lo que sus decisiones han de ser anuladas. Pero «esto no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo, sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad del Congreso, declarada en sus leyes, se halla en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última en preferencia a las primeras»³¹.

²⁸ TROPPER, M., «El poder judicial y la democracia», *Isonomía*, núm. 18, 2003, p. 50.

²⁹ LINARES, S., *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 46.

³⁰ *Vid.* Alexander HAMILTON, James MADISON y John JAY quienes, conjuntamente, bajo el seudónimo de «Publius», publicaron una serie de artículos en diversos periódicos neoyorquinos entre 1787 y 1788 en apoyo del proyecto de Constitución Federal para los EE.UU. que, con algunas adiciones, aparecieron en forma de libro en 1788, con el título de *The federalist papers*.

³¹ MADISON, J., HAMILTON, A. y GRAY, J., *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, F.C.E., México, 1998, p. 332.

No obstante, esta teoría no es aceptable en los llamados casos difíciles, casos para los cuales el texto constitucional se muestra inconcluso. Porque, como escribe Linares³² ¿qué significa gobernarse por la Constitución? ¿nos sirve el razonamiento de Hamilton para determinar si la censura de viñetas religiosas y la prohibición de la pornografía violan la libertad de expresión o para saber si la investigación con células madre conculca la libertad de investigación científica o para saber si la pena de muerte lesiona el derecho a la vida? Estas preguntas y muchas otras no pueden ser resueltas con el argumento originalista, porque los textos constitucionales están plagados de preceptos vagos y ambiguos, conceptos esencialmente controvertidos y principios de contenido moral que tienden a colisionar entre sí en situaciones concretas.

Pero es que, además, no siempre va a ser posible hallar las intenciones originales del constituyente. Si entendiéramos la Constitución o la legislación en términos hobbesianos, es decir, como el producto de «un» legislador, entonces podríamos sentirnos inclinados a adoptar sus intenciones como punto de partida para interpretar las normas que él ha aprobado. Pero el problema es que las constituciones y las leyes no son producto de un único autor experto. Son producidas por las deliberaciones de populosas asambleas, cuya pretensión de autoridad consiste en su capacidad para integrar una diversidad de propósitos, intereses y objetivos entre sus miembros. En esta situación, sería imprudente inferir de la autoridad de la Constitución la autoridad de cualquier propósito por parte de sus miembros particulares³³.

Y junto a estas objeciones al argumento originalista, encontramos otra como la denominada «objeción temporal»: ¿es genuinamente democrático que sean las intenciones de los «artífices» las determinantes en la interpretación constitucional? ¿Por qué las generaciones futuras han de estar obligadas por las intenciones de las generaciones pasadas? Admitir que los preceptos vagos o ambiguos de la Constitución deban interpretarse según las intenciones de una generación precedente, supondría negar a la generación presente su derecho pleno a interpretar una Constitución que deja muchas preguntas abiertas; sería, en definitiva y dicho de forma un tanto brusca, admitir el gobierno de los muertos sobre los vivos³⁴.

Suele aducirse para salvar esta crítica, salvando al mismo tiempo la acción de los Tribunales Constitucionales, que, efectivamente, si la ley es la expresión de la voluntad general y esta no puede enajenarse, no tiene sentido que las generaciones pasadas puedan atar a las generaciones futuras, por lo que ciertamente, puede sostenerse que la legitimidad democrática de las constituciones rígidas se atenúa con el paso del tiempo, pues cuanto más amplia es la brecha entre las deci-

³² Vid. LINARES, S., *op. cit.*, p. 99.

³³ Vid. LINARES, S., *op. cit.*, p. 103.

³⁴ Vid. LINARES, S., *op. cit.*, p. 102.

siones del constituyente y las de la generación presente, tanto más se intensifica la «tiranía del pasado». Sin embargo, se argumenta, este déficit de legitimidad puede atenuarse en la medida en que las constituciones permitan un suficiente margen de indeterminación en sus contenidos, pues de este modo se deja en manos de generaciones futuras la posibilidad de establecer el contenido específico de aquellas expresiones indeterminadas y de resolver las colisiones entre principios conforme a las concepciones valorativas vigentes en un momento dado, lo que no sucedería si el texto constitucional expresara sus contenidos de manera categórica y detallada.

De este modo, la capacidad inclusiva de los principios constitucionales contribuye a compensar la potencial ilegitimidad democrática de las constituciones rígidas, permitiendo una especie de división intergeneracional de la labor constituyente mediante la cual cada generación dota de contenido a los principios según las concepciones valorativas propias de su tiempo. Y aquí es donde el juez constitucional puede jugar un papel decisivo no entorpeciendo una legítima y natural evolución en la atribución de significados por parte del legislador a los principios constitucionales, e incluso, adoptando él mismo estos nuevos significados, introduciendo, así, por vía interpretativa en el Ordenamiento la moral prevalente de la sociedad de su tiempo.

3. SOBRE EL CONTROL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En cualquier caso, y a pesar de estos argumentos, parece oportuno que se establezcan algunos mecanismos de control de la discrecionalidad de las decisiones de un órgano que, como ya se ha mencionado, carece de legitimidad democrática directa y cuyas competencias son tan trascendentales, con el fin de evitar que sus opciones ideológicas, políticas o morales prevalezcan sobre las de la sociedad. O, dicho de otra forma, para conjurar el riesgo de que el Estado de Derecho acabe convirtiéndose en Estado de Justicia; «el primero procura certeza, previsión, seguridad, esto es, igual libertad para todos, mientras que el segundo, como autorizadamente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la arbitrariedad, es decir, de la desigualdad»³⁵.

Y de hecho, hay quienes incluso se muestran partidarios de «un mundo sin tribunales que garanticen la aplicación de la Constitución»³⁶. Afirma en este sentido Habermas que «es digna de tenerse en cuenta la consideración de si la revisión de tal decisión parlamentaria no

³⁵ GARCÍA-CALVO, R., «La doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley», en OROZCO, J. J., VÁZQUEZ, R. y MALEM, J. F. (comps.), *op. cit.*, p. 273.

³⁶ SAGER, L. G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p.199.

podría efectuarse a su vez en forma de un autocontrol del legislador mismo, organizando tal autocontrol a modo de tribunal e, institucionalizándolo, por ejemplo, en una comisión parlamentaria compuesta también por profesionales del Derecho»³⁷.

Uno de los más claros partidarios de la supremacía parlamentaria es Waldron³⁸, quien opina que el constitucionalismo que incluye a los jueces constitucionales sufre de una profunda contradicción conceptual interna y que el gran giro de los estados democráticos hacia el establecimiento de sistemas de control judicial es un grave error. Waldron argumenta que, precisamente, porque nos consideramos seres con derechos, debemos evitar la intervención judicial en nuestra vida política en nombre de los derechos; somos nosotros quienes debemos decidir sobre estos derechos, puesto que somos criaturas dotadas de capacidad para formular juicios sobre los mismos y tenemos derecho a participar en el proceso deliberativo sobre los derechos en términos de igualdad, por lo que también se proclama partidario de la supremacía parlamentaria.

Los argumentos que emplea Waldron³⁹ para sostener su tesis podrían resumirse de la siguiente forma. A la hora de dilucidar quién ha de tener la última palabra, sostiene que necesitamos un procedimiento de toma de decisiones que permita la acción colectiva sin necesidad de ponernos de acuerdo en aquellas cuestiones en las que no lo hay. Podemos imaginar, dice Waldron, una decisión que es tomada a través de un proceso determinado, y podemos imaginar a un ciudadano (pongámosle Cn) que está en desacuerdo con esa decisión y se pregunta por qué ha de respetarla. Una respuesta plausible podría consistir en que dicha decisión se adoptó de una manera legítima. La teoría que subyace a tal respuesta basada en el procedimiento es la teoría de la legitimidad democrática, que debe justificar, primero, por qué resulta apropiado que unos individuos y no otros tengan el privilegio de participar en la toma de decisiones y, segundo, por qué se utiliza un determinado procedimiento y no otro. Así, Cn podría preguntar ¿por qué aquellos participan y yo no?; y una teoría plausible de la legitimidad política debería dar respuesta a esta pregunta.

Apliquemos ahora este razonamiento al poder legislativo y al procedimiento de revisión judicial. Un ciudadano que está en desacuerdo con una decisión legislativa puede preguntar ¿por qué estas 200 o 500 personas tienen el privilegio de tomar decisiones políticas que me afectan? Y también puede preguntar ¿por qué prevaleció la opinión mayoritaria? Pues bien, a juicio de Waldron, la respuesta a la primera cuestión descansa en el modo en que son elegidos los legisladores: a

³⁷ Vid. HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez, Trotta, Madrid, 1998, pp. 313-314.

³⁸ Vid. SAGER, L. G., *op. cit.*, p. 199.

³⁹ Vid. WALDRON, J., «The Core of the Case Against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1386-1391.

través de unas elecciones periódicas, transparentes y libres en las que todos los ciudadanos cuentan por igual para determinar quién ha de ser privilegiado para participar en las decisiones políticas. La respuesta a la segunda pregunta, por su parte, se basa en el principio de las mayorías empleado por el poder legislativo, que satisface el principio de igualdad política mejor que cualquier otro procedimiento, toda vez que la regla de la mayoría es la única neutral en relación con los resultados que los participantes persiguen, es la única que no privilegia ni el cambio ni el mantenimiento del estado de cosas y que da a cada opinión el mayor peso posible compatible con igual peso dado a todas las demás opiniones.

Ahora, apliquemos el mismo razonamiento a la revisión judicial. Imaginemos que Cn se enfrenta a una decisión del Tribunal Constitucional que afecta a sus derechos. Este ciudadano se hace la misma pregunta ¿por qué estas cinco o nueve o quince personas tienen el privilegio de decidir con carácter definitivo esta cuestión en la que todos estamos interesados? y ¿por qué, para tomar esta decisión, usan el procedimiento que usan, en lugar de otro procedimiento? Según Waldron no hay respuestas convincentes para estas preguntas.

¿Por qué estos jueces (y solo estos jueces) tienen el privilegio de decidir estas cuestiones? Una respuesta puede ser que los jueces han sido nombrados por cuerpos o instituciones democráticas, como sucede en la mayoría de los países. Es verdad –pueden decir los defensores de la revisión judicial–, los jueces no rinden cuentas del modo que lo hacen los legisladores, pero no estamos buscando la perfección, buscamos solo una legitimidad razonable. Pero sucede, responde Waldron, que el sistema electoral puede que sea imperfecto, pero es superior, desde un punto de vista democrático, y a la luz del principio de igual dignidad y autonomía, a la legitimidad democrática del poder judicial, entre otros motivos, precisamente, porque los legisladores rinden cuentas de su gestión y los jueces no.

Pero la situación se agrava cuando tratamos de responder a la segunda pregunta. Incluso aunque admitamos que es justo que estos jueces tengan el privilegio de decir la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, ¿por qué toman decisiones por mayoría? Después de todo, cualquier ciudadano podría decir «algunos jueces apoyan mis opiniones, y lo hacen con argumentos convincentes, entonces, ¿por qué no prevalece su opinión?» Pero aquí sucede, a diferencia del caso del legislativo, que no existe ninguna base moral para invocar este procedimiento de toma de decisiones judiciales, porque ellos no representan a nadie. La regla de la mayoría, aplicada a los tribunales, se emplea solo como un medio eficaz para resolver el desacuerdo entre jueces; detrás de ella no pende ninguna pretensión moral de ser tratado como iguales. La conclusión, por lo tanto, es que no existen razones de peso generales para otorgar a los jueces la última palabra sobre la interpretación constitucional; antes bien, es el poder legislativo quien debería tenerla.

No obstante, esta no parece ser la postura mayoritaria entre la doctrina, donde estos argumentos y otros similares encuentran todo tipo de reparos. Así, por ejemplo, Xiol⁴⁰ se muestra reacio a «las ideas jacobinas o populistas», según las cuales, la interpretación constitucional y la no aplicación de la ley inconstitucional por los jueces va en contra del principio democrático. A su juicio, serían numerosas las objeciones que se podrían oponer a esta opinión, fundadas en la crisis del principio de representación, en el funcionamiento de la democracia, en la dinámica propia de las asambleas legislativas, en la actuación de las mayorías empujadas por intereses sectoriales y, finalmente, en que resulta operativamente dudoso conceder a la mayoría política la facultad de legitimar constitucionalmente sus propias intenciones –sin embargo, concede que los riesgos de elitismo que comporta confiar al poder judicial el control constitucional de las leyes han determinado que a lo largo de la historia se ofrezcan varias soluciones intermedias que conviene tener muy presentes cuando se reflexiona sobre la legitimidad y el valor de la jurisprudencia–.

Y, en efecto, una de las respuestas más habituales frente a la crítica contramayoritaria, consiste en sostener que el papel de los jueces se justifica debido a la grave crisis que afecta a los órganos de representación popular. Conforme a esta postura, hoy no puede sostenerse seriamente que el poder legislativo (ni el ejecutivo) representen adecuadamente a la ciudadanía, puesto que la legislación, en líneas generales, responde más bien a las presiones de determinados grupos de poder y al autointerés de los políticos; y, justamente, la intervención judicial vendría a remediar esa falta de imparcialidad que distinguiría a las decisiones legislativas, puesto que, supuestamente, los jueces están mejor situados que el legislativo para razonar conforme a principios. Sin embargo, recurriendo de nuevo a Waldron, podría contraargumentarse que para aceptar tal tesis había que demostrar que verdaderamente los jueces siempre razonan con arreglo a principios y no se mueven por intereses egoístas, y segundo, demostrar que lo hacen comparativamente mejor que los legislativos; pero ninguna de estas dos aseveraciones puede asumirse como una verdad incontrovertible⁴¹.

La respuesta a estos argumentos puede venir de la mano de Gargarella⁴² –que comparto plenamente–, quien reconoce que, efectivamente, los órganos políticos atraviesan una severa crisis. Ahora bien, en

⁴⁰ Vid. XIOL, J. A., «Notas sobre la jurisprudencia», en FERRERES, V. y XIOL, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 118.

⁴¹ Vid. WALDRON, J., *op. cit.*, p. 1382, quien añade que «a menudo se piensa que la gran ventaja del procedimiento decisorio judicial sobre asuntos relacionados con derechos individuales es el razonamiento explícito y la justificación racional del mismo; los tribunales dan razones para sus decisiones, se nos dice, y esto es una prueba de que se toman en serio los asuntos de que conocen, mientras que los legislativos no lo hacen. Pero de hecho, esta es una falsa dicotomía, porque los legisladores sí dan razones de sus votos, de igual modo que lo hacen los jueces».

⁴² Vid. GARGARELLA, R., *op. cit.*, p. 70.

este caso lo que procede no es deslegitimar las instituciones políticas, sino perfeccionarlas y abrirlas –de un modo en que hoy no lo están– a la ciudadanía. El hecho de que los órganos de representación no funcionen bien no nos permite defender el rol de los jueces en reemplazo de aquellos, del mismo modo que no tendríamos razones para proponer, en reemplazo de un Parlamento en crisis, la autoridad incuestionada de un dictador o de un grupo cualquiera de «reyes filósofos».

A mi juicio, no parece particularmente problemático que los tribunales constitucionales conserven la facultad de garantía de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, por medio del recurso de amparo o cualesquiera otros instrumentos que se pudieran arbitrar en el futuro. Asimismo, tampoco parece desacertado que tengan la potestad de revocar aquellas disposiciones normativas que vulneren los procedimientos legislativos formales establecidos en los textos constitucionales, toda vez que tal decisión –en principio– no debería implicar ningún juicio de valor ni ninguna postura subjetiva. Ahora bien, lo que sí parece, al menos, opinable es que asuman la potestad de anular una norma elaborada por los representantes de los ciudadanos por no ajustarse, según su particular criterio, a los contenidos materiales de la Constitución.

Señala en este sentido, nuevamente, Waldron que en los países que no permiten que la legislación sea invalidada por los tribunales, el pueblo mismo puede decidir finalmente, por medio de los procesos legislativos ordinarios, si quieren permitir el aborto, las acciones de discriminación positiva o el matrimonio entre personas del mismo sexo, y si están en desacuerdo con algunas de estos asuntos, pueden elegir representantes que deliberen y resuelvan la cuestión votando en el parlamento⁴³. En cambio, en los Estados Unidos, el pueblo o sus representantes pueden abordar estas cuestiones si así les place, pero no tienen certeza de sus decisiones prevalezcan: si cualquiera que no esté de acuerdo con la resolución legislativa decide llevar el asunto ante un tribunal, la opinión que finalmente prevalecerá será la de los jueces⁴⁴.

⁴³ Vid. WALDRON, J., *op. cit.*, pp. 1349-1350, quien añade lo siguiente: «Esto es lo que sucedió, por ejemplo, en Gran Bretaña en los años 60, cuando el Parlamento debatió la liberalización del aborto, la legalización de las relaciones homosexual consentidas entre adultos y la abolición de la pena capital. En cada asunto, una amplia deliberación pública fue acompañada de un debate serio en la Cámara de los Comunes. La calidad de estos debates (y de debates similares en Canadá, Australia, Nueva Zelanda y en otros lugares) desmiente la aseveración de que los legisladores son incapaces de abordar tales cuestiones de forma responsable, así como la habitual asunción de que las mayorías populares no siempre respetarán los derechos de las minorías».

⁴⁴ Así lo exponía también Kelsen cuando temía que la revisión constitucional basada en contenidos materiales podría suponer un desplazamiento «del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que expresa el parlamento» (KELSEN, H., *op. cit.*, pp. 142-143). Lo cual no es, en absoluto, descabellado cuando observamos la –a mi juicio– abusiva práctica que se está imponiendo desde hace un tiempo por parte

En cualquier caso, dado lo improbable de que, al menos aquí y ahora, se llegara a suprimir la revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas, lo que sí parece, al menos, necesario es reforzar la exigencias de racionalidad y de argumentación de los altos tribunales y, sobre todo, dotarlos de una mayor legitimidad democrática de origen –ya se ha señalado que nadie pone en duda su legitimidad de ejercicio– por medio de la instauración de unos procedimientos de elección de sus miembros más abiertos al conjunto de la ciudadanía, de modo que algunos de ellos fueran designados por organismos, instituciones, asociaciones y corporaciones de todo tipo, representativas de la sociedad civil.

Otra de las posibles soluciones de compromiso que se han propuesto para salvar el carácter democrático de la revisión judicial es el «textualismo»⁴⁵. La corriente textualista, básicamente, sostiene que solo el texto de la Constitución debe servir como fuente de interpretación, es decir, que el juez no debe ir más allá del texto, no debe buscar las oscuras (y tal vez contradictorias) intenciones de quienes la redactaron, ni debe acudir a la teoría política y moral. El juez solo debe circunscribirse al significado «convencional» del texto, de manera que si se encuentra con preceptos constitucionales vagos y ambiguos, debe siempre elegir el significado que respeta la decisión del legislativo, aplicando, por tanto, el principio, *in dubio pro legislationis*.

En esta misma dirección podría situarse la conocida como «doctrina deferente», desarrollada por el constitucionalista norteamericano James Bradley Thayer. Según este autor⁴⁶, los tribunales deben declarar la inconstitucionalidad de una ley solo cuando no se pueda dudar razonablemente de que es inconstitucional. En otros términos, la inconstitucionalidad debe ser «tan manifiesta que no deje espacio para una duda razonable», debe ser patente y clara, debe sustentarse en un error muy claro del legislador, tan claro que no esté abierto a discusión racional. De modo que si alguna persona instruida, competente, que ha estudiado detenidamente el caso cree que la norma impugnada es compatible con la Constitución, debería rechazarse la objeción constitucional y defenderse la ley. Y esto debe ser así porque los jueces, después de todo, no son dioses ni superhombres, sino que disponen de los mismos elementos de juicio que cualquier jurista bien informado, y nada indica que sean de hecho infalibles –por no hablar de que a veces hay una fuerte oposición a algunos de sus fallos en la comunidad jurídica–. En definitiva, conforme a esta doctrina, la declaración de inconstitucionalidad debería ser un recurso extremo al que solo debería apelarse excepcio-

de los partidos políticos que están en la oposición de recurrir ante el Tribunal Constitucional aquellas leyes votadas en el Parlamento con las que no se muestran conformes. Es decir, convierten el recurso de inconstitucionalidad en una acción política más de cara a la opinión pública, con el fin de, por un lado, desgastar al partido en el gobierno y, por otro, tratar de ganar en los tribunales lo que no han sido capaces de ganar en el Parlamento.

⁴⁵ Vid. LINARES, S., *op. cit.*, p. 110.

⁴⁶ Vid. MENDONÇA, D. y GUIBOURG, R. A., *op. cit.*, pp. 163-164.

nalmente, cuando no existan dudas razonables acerca del conflicto normativo; en caso contrario es preciso agotar antes las alternativas de interpretación que conformen la ley a la Constitución.

Creo que ambas tesis –muy cercanas entre sí– son acertadas; dado que los contenidos materiales de la Constitución son con frecuencia vagos y, por ello, susceptibles de diversas –y, en ocasiones, contradictorias– interpretaciones, puede ser razonable que éstas se ajusten, en la mayor medida posible, a las compartidas mayoritariamente por la sociedad en el momento de su aplicación, siendo los órganos legislativos los que, en principio, están más capacitados para reconocer y representar el sentir ciudadano. Por ello, los tribunales constitucionales deberían respetar las normas que, en aplicación de ese sentir, aprueben sus representantes, a menos que estén clarísima y flagrantemente en contradicción con el texto constitucional. Y para tratar de asegurar, al menos en cierta medida, que esto es así, se podría aventurar como propuesta –que, indudablemente, requeriría mayor desarrollo y justificación– que las decisiones del Tribunal Constitucional que implicaran la abolición total o parcial de disposiciones legislativas por presunta vulneración de los preceptos constitucionales debieran ser tomadas por unanimidad o, al menos, por una mayoría muy cualificada de sus magistrados, toda vez que no parece casar bien con el principio democrático que decisiones de tal trascendencia sean adoptadas por apenas unos votos de diferencia, lo que en ocasiones crea desasosiego entre la ciudadanía y resta al alto tribunal adhesión y confianza en su objetividad.

Porque, precisamente, siguiendo en este punto a Garzón Valdés, dado que las cortes constitucionales no son democráticamente responsables, deberían, al menos, ser *confiables* en el sentido de que adopten buenas decisiones desde el punto de vista democrático-constitucional. Esta confiabilidad es puesta a prueba con cada sentencia y solo se da si existe, por lo general, coincidencia entre la interpretación constitucional del tribunal y la interpretación que sustenta la *communis opinio*. En otras palabras, «esta confiabilidad puede verse severamente afectada por dos factores: el procedimiento de designación de los jueces y/o una reiterada o permanente divergencia entre los fallos del tribunal constitucional y la *communis opinio*, que puede conducir a una pérdida de confianza por parte de la ciudadanía»⁴⁷. Solo así, creo, la sociedad podría aceptar el deslizamiento «de la democracia constitucional del presente hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en la que la democracia de la ley se encuentre corregida por la aristocracia de los jueces»⁴⁸.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

⁴⁷ GARZÓN VALDÉS, E., «El papel del poder judicial en la transición a la democracia», *Isonomía*, núm. 18, 2003, p. 132.

⁴⁸ GARCÍA-CALVO, R., *op. cit.*, p. 273.

